



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO EN DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS Y ESTUDIOS DE POSGRADO
(CIJUREP)

Tesis:

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y JUEZ DE CONTROL. ANÁLISIS Y PROPUESTA DE UN
MODELO ARGUMENTATIVO EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
ADVERSARIAL**

Presenta:

MTRO. YASSER ALEJANDRO DEL CASTILLO GARCÍA

Para optar por el grado de:

DOCTOR EN DERECHO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Director de Tesis:

DR. SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

Co-Director:

DR. OMAR VÁZQUEZ SÁNCHEZ

Tlaxcala de Xicohtécatl, Tlax., diciembre 2021.

Agradecimientos

El autor agradece al director de este trabajo, Doctor Serafín Ortíz Ortíz así como al Co-Director, Doctor Omar Vázquez Sánchez, la orientación, los comentarios, las correcciones, el voto de confianza en el tema propuesto, así como la libertad en el desarrollo de las ideas bajo sus sabios consejos.

Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, por su noble tarea de la promoción del avance científico, y que permite consolidar a través del Padrón del Programa Nacional de Posgrados de Calidad en conjunto con las universidades públicas, el aporte de nuevos conocimientos al mundo de la ciencia y su producción a favor de México.

Agradezco al Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, a su cuerpo directivo, administrativo y académico, la oportunidad de permitirme cursar estos estudios de postgrado, así como las atenciones prestadas durante mi estancia en esta institución.

Resumen

En el presente trabajo de investigación, se encontrará un análisis a la forma en que argumentan los jueces de control cuando emiten un auto de vinculación a proceso.

Este análisis se verifica a través de una propuesta sobre un modelo de argumentación jurídica, que fija sus criterios con base en las realidades que se viven en nuestro sistema jurídico mexicano.

A su vez, del proceso analítico de las teorías, se extrae la idea de que los modelos de la argumentación jurídica no necesariamente tienen una correspondencia con las realidades de nuestro sistema jurídico mexicano,

El modelo se ideó bajo un cruce entre los pasos generales del método científico, la metodología jurídica, y los usos forenses que se han desarrollado en la emisión de una sentencia, fijando cinco rubros en los que se puede verificar la argumentación emitida por el órgano jurisdiccional en materia penal en el momento de pronunciar una resolución judicial.

En lo particular, se decidió implementar el modelo propuesto para identificar características detectadas cuando se pronuncia por parte de un juez de control, el auto de vinculación a proceso, tomando doce videgrabaciones de diversas audiencias de control de detención, a efecto de detallar si se actualizaba en el discurso que se pronuncia oralmente, alguno de los criterios fijados.

Se concluyó que los criterios propuestos son una muy buena base que permite identificar la argumentación emitida en materia penal, pues se insiste, se construyeron pensando en diversas particularidades que se presentan en esta materia, haciendo referencia a esos requisitos legales que deben observarse.

INTRODUCCIÓN I

CAPÍTULO 1

ENCUADRE EPISTEMOLÓGICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1

Introducción 1
1.1. Los niveles epistemológicos del derecho 3
 1.1.1. El desarrollo de la argumentación 13
 1.1.2. Concepción de la argumentación jurídica..... 17
1.2. Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica 21
 1.2.1. Precursores de la Teoría de la Argumentación Jurídica..... 24
 1.2.2. Teóricos de la teoría estándar de la argumentación jurídica..... 28
1.3. Modelos argumentativos en relación con los sistemas jurídicos..... 30
 1.3.1. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza 31
 1.3.2. Argumentación jurídica de Javier Ezquiaga 33
 1.3.3. La teoría de la argumentación de Jaime Cárdenas Gracia 34
Resumen de capítulo 37

CAPÍTULO 2

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

41

Introducción 41
2.1. Génesis del Código Nacional de Procedimientos Penales 42
2.2. Principios del sistema procesal penal..... 45
 2.2.1. Oralidad 47
 2.2.2. Inmediación 48
 2.2.3. Igualdad 49
 2.2.4. Imparcialidad 50
 2.2.5. Publicidad 51
 2.2.6. Concentración 52
 2.2.7. Contradicción..... 52
 2.2.8. Continuidad 53
2.3. Los intervinientes 53
 2.3.1. Juez 54
 2.3.2. Ministerio Público 55

2.3.3. Policía.....	58
2.3.4. Imputado.....	59
2.3.5. Defensor.....	61
2.3.6. Víctima	61
2.4. Desahogo del procedimiento penal	63
2.4.1. Fase de investigación.....	63
2.4.2. Fase intermedia o de preparación a juicio	65
2.4.2.1. Fase escrita.....	66
2.4.2.2. Fase oral	67
2.4.3. Fase de Juicio.....	70
Resumen de capítulo	76

CAPÍTULO 3

LA ARGUMENTACIÓN DE LOS ORGANISMOS JURISDICCIONALES PENALES

77

Introducción	77
3.1. Los órganos jurisdiccionales en materia penal.....	79
3.1.1. Juez de Control	84
3.1.2. Tribunal de Juicio Oral	85
3.2. Resoluciones judiciales en materia penal.....	87
3.2.1. Clasificación	89
3.2.2. Formalidades constitucionales.....	90
3.2.3. Formalidades legales	90
3.3. Proyección de un modelo argumentativo para las resoluciones en materia penal.....	92
3.3.1. Razones del modelo.....	94
Resumen de capítulo	98

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE CASO: LA ARGUMENTACIÓN DE LOS ORGANISMOS JURISDICCIONALES PENALES EN EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

103

Introducción.....	103
4.1. Enfoque metodológico.....	103
4.2. Universo y unidades de análisis	107
4.3. Procedimiento	115
4.4. Hallazgos.....	117
Resumen de capítulo.....	140
CONCLUSIONES	145
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	VII

INTRODUCCIÓN

El fin práctico de la argumentación jurídica es hacer inteligible las razones de aplicar una regla del comportamiento previsto en un ordenamiento legal, ya que encierra un razonamiento que justifica esas conductas. Este ejercicio se hace desde una perspectiva de explicación racional. Los argumentos jurídicos entonces nos proveen de razones para hacer inteligibles estos comportamientos.

La inteligibilidad de un razonamiento parte de la lógica. A través de la lógica se exploran las formas por las cuales nuestra mente junta las percepciones que tenemos del mundo y que se afirman a través de nuestros sentidos, y se organizan para que sean expresadas.

Otra función de la lógica es la de desprender las consecuencias de las enunciaciones que realizamos los humanos sobre aquellos fenómenos que han impactado nuestros sentidos y que expresamos. Con ella se localizan estructuras con las cuales expresamos las realidades y que hacen válida la inferencia (o desprendimiento) que resulta.

Que la oración guarde inteligibilidad es importante para guiar el comportamiento de las personas, pues existe una exigencia práctica de ordenar el actuar; entonces, se debe ser cierto y preciso del comportamiento que se desea.

Para que exista la inteligibilidad, debe de existir un emisor, un receptor, un mensaje y un código unificado. El código unificado se identifica con el lenguaje y la lengua a través de su estructura básica que es la palabra, y las estructuras complejas que son las oraciones se transforman en los “barcos” con los cuales transportamos el mensaje.

Mucho en la argumentación jurídica trata sobre la forma de expresar las consecuencias jurídicas que tiene el actuar de las personas, tomando como referencia conductas establecidas en la ley. A lo largo de la historia, los modelos lógicos que explican las inferencias y deducciones de nuestra mente, se vinculan directamente con la argumentación jurídica.

Todas esas explicaciones (teorías) se centran en dar cuenta y razones de cómo se realiza la expresión de lo que pasa en el mundo, con relación a la noción de juridicidad de las relaciones humanas.

También muy clásico el ejemplo que se utiliza en varios textos sobre las consecuencias jurídicas que se imputan a quien priva de la vida a otra persona (homicidio). En el artículo 302 del Código Penal Federal se establece: “Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Ésta es norma general, aplica a cualquier persona, y es obligatoria. Supongamos lo siguiente: *Juan privó de la vida a Pedro*. Llegaríamos a la deducción (conclusión) que Juan ha cometido el gravísimo “delito de homicidio”.

Hasta aquí, todo parecería que no existe complicación. No hace falta más que “subsumir” (realizar la operación de deducción o extraer la conclusión) la premisa mayor a la menor y listo... obtenemos la conclusión. Pero no siempre se obtiene algo “coherente”, porque esta forma de obtener conclusiones parte de otros supuestos implícitos y explícitos que encuentran sus reglas en “la lógica de formas”.

¿Pero esta operación vale para cualquier operador jurídico? ¿Existen contextos o condiciones en las cuales esto deba cambiar?

En aras de generar elementos de comprensión, se acude a la Teoría de la Argumentación Jurídica (en adelante TAJ), precisamente para reconocer las formas en que debe de argumentarse jurídicamente.

Cuando se habla de la TAJ, hay que establecer criterios para su conceptualización, y se la puede concebir por medio de los siguientes elementos:

- La argumentación es un elemento fundamental del derecho.
- La mayoría de los problemas que interesa a la argumentación jurídica se refieren a cuestiones de interpretación normativa.
- La TAJ centra buena parte de la actividad en proponer reglas y métodos a través de cuyo uso se resuelvan los casos difíciles que en particular se presentan como problemas interpretativos (Ortiz, 2014: 42-43).

Si bien es cierto que esta concepción nos permite advertir el contenido material de la TAJ, no está de más identificar los elementos inmersos en esta concepción desde diversa óptica, pero íntimamente relacionada.

Es necesario recalcar que esta teoría es eso, teoría, pero no está desligada de la práctica forense de litigantes, magistrados, o incluso de los legisladores o consultores, ya que no puede desdeñarse que la práctica del derecho es tan importante para la TAJ, pues representa nada menos que su objeto de estudio.

Como teoría, la TAJ tiene una dualidad al ser descriptiva y prescriptiva e incluso normativa. Desde una perspectiva descriptiva, la TAJ se emplea para hacer la descripción de la forma en que se toma una decisión jurisdiccional, considerando esta toma de decisión como un fenómeno social, y para ello es imprescindible mirar perspectivas psicológicas, antropológicas o propiamente sociológicas de la actividad.

El objeto de la TAJ desde el punto de vista conceptual o analítico, es el de ofrecer un concepto y determinar la sistematización de la argumentación jurídica, lo que implica la reconstrucción de manera racional de las prácticas sistemáticas con las que se construye un argumento jurídico.

Por último, la TAJ en su punto de vista normativo, desea proveer de métodos para hacer mejor la argumentación que emplean en su quehacer cotidiano los operadores jurídicos, y hace propuestas de la forma en que se debe decidir ante una situación concreta.

No existe una TAJ unitaria porque diversos autores otorgan una identidad distinta al mismo objeto de estudio. Así, por ejemplo, la TAJ ha sido expuesta por Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Aulis Aarnio, Luigi Ferrajoli, Alf Ross, Ronald Dworkin, Aleksander Peczenik, Jerzy Wrowbleski, Luis Recasen Siches, por hacer mención de algunos.

Al final de esa revisión, nos encontramos con dos grandes problemas: el primero, que todos estos referentes están describiendo escenarios de sistemas jurídicos vinculados al *Common Law*, y los que se refieren a la familia del derecho romano están pensados en sistemas jurídicos centro-europeos —con los que tendremos mucha cercanía en las instituciones jurídicas Wroblewski—, y segundo, que también responden a mecánicas que no necesariamente se presentan en nuestro sistema jurídico mexicano.

Por una percepción personal, la argumentación jurídica que debe emitirse en materia penal, tiene un grado de complejidad, y que si bien debe guardar esos contextos lógicos en la emisión de un razonamiento, en mucho podría requerir algunos otros ejercicios que el de la subsunción entre una norma general, los hechos y la conclusión a la que se arriba.

La aplicación de la ley penal, supone la implementación del poder coactivo del Estado con la finalidad de represión de conductas que, al estar catalogadas como delitos, causan algún perjuicio a diversos bienes jurídicos, y esta respuesta tiende a preservar —y en algunos casos a restaurar— el orden social.

Cuando se aplica la ley penal, se parte de la premisa de que un juez decidirá sobre la inocencia o culpabilidad de una persona —y que de alguna manera se la señaló en la participación de un hecho u omisión que la ley señala como delito—, y esto lo obliga a considerar una serie de parámetros con los que se tutelan los derechos humanos inmersos en el tema, así como los derechos fundamentales y garantías.

También esta aplicación de la ley penal supone que debe de observarse el principio de legalidad genérico, y algunos otros principios legales que le son propios a esta materia.

Como podemos apreciar, el ejercicio de la aplicación, de la interpretación y de la integración de la ley penal, cuando se ocupa con finalidades de operar el sistema para llevar a delante el juzgamiento en materia penal, no es un ejercicio fácil y que necesita una argumentación jurídica que pueda soportar el escrutinio de diversas instancias jurisdiccionales, y también algunos otros exámenes de carácter académico, para verificar lo correcto o incorrecto de la decisión pronunciada.

Pero me produce interés reconocer en lo particular, la carga argumentativa que debe sostener el juez de control cuando emite un auto de vinculación a proceso, derivado de la trascendencia procesal que tiene esta resolución judicial.

En el momento en que se plantea esta investigación, no localizo un referente que me permita con esta particularidad, establecer bajo la óptica de la argumentación jurídica esas cualidades y características con las que se debe de pronunciar dicha resolución.

Si bien es cierto que estos referentes sobre las cualidades y características del auto de vinculación a proceso podrían ubicarse en la jurisprudencia vía tesis por reiteración o en un

criterio aislado, solamente ubico un criterio,ⁱ y en sí mismo, no proporciona un parámetro que pueda tomarse como un patrón o estándar con el que deba dictarse dicha resolución judicial.

Derivado de esta situación, expresamente formulo la siguiente pregunta de investigación: *¿Cuáles son las características con las que se produce la argumentación jurídica en el contexto del sistema penal acusatorio adversarial en México?*

La hipótesis que formulo en este momento y que guiará el trabajo de investigación es la siguiente: *La sectorización del uso de la argumentación vinculada al tipo de operador jurídico del sistema penal en el sistema jurídico mexicano, permite identificar las características de la carga argumentativa en las actividades procesales que desempeña.*

Planteada esta hipótesis, se fijan los siguientes objetivos de investigación:

Objetivo general

Producir un modelo de argumentación que sirva no sólo para analizar y conceptualizar, sino también para guiar la argumentación de los operadores jurídicos en el sistema penal acusatorio mexicano.

Objetivos específicos:

Describir los usos que tiene la argumentación jurídica en relación con el dictado de las resoluciones judiciales que emite el Juez de Control.

Analizar la práctica argumentativa del Juez de Control en el sistema penal acusatorio.

ⁱ Al respecto véase la tesis XVII.1o.P.A. J/5 (10a.) emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, con número de registro digital 2007811 de rubro: “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE CONTROL, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, NO DEBE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, SINO VALORAR LA RAZONABILIDAD DE LAS MANIFESTACIONES EXPUESTAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y, EN SU CASO, LA CONTRA-ARGUMENTACIÓN O REFUTACIÓN DEL IMPUTADO O SU DEFENSOR (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA)”.

CAPÍTULO 1

ENCUADRE EPISTEMOLÓGICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Introducción

Desde mi punto de vista, la Teoría de la Argumentación Jurídica (ya apuntada con el acrónimo TAJ) es trascendental para los operadores jurídicos, porque en la sociedad existen un conjunto de reglas que están vigentes y que deben ser observadas, porque fueron dictadas por el Estado y deben mostrarse las razones en virtud de las cuales se aplican.

Una de las funciones fundamentales del derecho, es minimizar la violencia tanto intersubjetiva como estructural, que será la razón de existir del derecho, de manera tal que las personas siempre deberán ceñir su comportamiento a las reglas escritas por el Estado para mantener la cohesión social.¹

Para materializar parcialmente este fin del derecho, las sociedades han organizado las reglas de comportamiento en forma de códigos, leyes, reglamentos, que contienen las hipótesis y disposiciones jurídicas que disciplinan ese comportamiento de los seres humanos ante distintas situaciones.

La argumentación es la herramienta a través de la cual se hace racional la selección de conductas, e incluso, la imposición de conductas, pues con ella se está en aptitud de establecer racionalmente dónde encuentra su justificación una decisión sobre el comportamiento de un humano. Esto es, decir las razones por las cuales una persona se comporta de tal o cual manera, cuando se está en presencia de una circunstancia o actividad desplegada, y que tiene consecuencias jurídicas.

¹ Sobre una conceptualización epistemológica del tridimensionalismo jurídico y preguntas reflexivas en torno al derecho desde la Teoría de la Argumentación Jurídica, ver la obra de ORTIZ ORTIZ, Serafín (2014), *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, México: Editorial Porrúa, pp. 1-18.

Independientemente de mi perspectiva, estimo conveniente dar un referente axiológico y heurístico a este trabajo, para lograr el entendimiento del fenómeno que analizo, ya que es importante conocer la trascendencia de la argumentación jurídica.²

Iniciemos por el concepto de derecho. Existen diversas formas de mirar al derecho, y se le puede conceptualizar como el grupo de reglas que están impuestas por el Estado cuya finalidad es el disciplinar las relaciones estructurales, así como las interpersonales en una sociedad.

Esta conceptualización tiene el contexto de observar al derecho como un elemento plano, sólo como regla del comportamiento, tal y como propone la definición que se apunta anteriormente.

El derecho como fenómeno, puede mirarse desde tres perspectivas o enfoques: al primero se le identifica como enfoque estructural, al segundo como enfoque sociológico, y al tercero como enfoque valorativo.

Desde el enfoque estructural, se observa al derecho como un edificio, el cual se construye de las distintas normas en donde se describe cómo es el edificio. Desde el enfoque sociológico se observa al derecho como una realidad social, es decir, el comportamiento que tienen los humanos frente a este edificio. El dato relevante desde este enfoque se ciñe a describir cómo es funcional el edificio. Desde el enfoque valorativo, se observa al derecho por sus cualidades en relación a lo justo.

Para Manuel Atienza (2004), existe un cuarto enfoque en el cual se observa el derecho como un medio para la solución a problemas prácticos, que en el ejemplo del edificio, estaría en la construcción activa de dicho edificio. Esto es mirar al derecho como una herramienta de solución de los problemas prácticos.

Siguiendo la propuesta de Serafín Ortiz Ortiz, para mirar desde el plano epistemológico a la argumentación jurídica, es menester entender al derecho como un objeto tridimensional, y en este sentido (siguiendo a Manuel Atienza Rodríguez), conceptualiza epistemológicamente

² Respecto de la aplicación teórica y práctica de la argumentación jurídica, ver VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar (2009), “De lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede hacer por la práctica de la Argumentación Jurídica”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 12, 2009, pp. 99-134, Madrid.

al derecho como un fenómeno social e histórico, en donde la argumentación jurídica sólo tiene cabida en el denominado “Estado constitucional de derecho” (Ortiz, 2014).

1.1. Los niveles epistemológicos del derecho

Mario Bunge define a la epistemología como la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico (2015: 21).

Bunge establece que la epistemología tiene utilidad, porque en virtud de ella se identifican problemas que se presentan al momento de generar ciencia por medio de la investigación. Expresa que la epistemología es útil cuando satisface estas condiciones:

- Conciérne a la ciencia propiamente dicha.
- Se ocupa de problemas filosóficos referentes a los métodos y teorías sobre la ciencia.
- Propone soluciones claras a estos problemas que son teorías rigurosas e inteligibles y adecuadas a la realidad de la investigación científica.
- Tiene capacidad de distinguir la ciencia auténtica de la pseudociencia.
- Manifiesta capacidad de criticar programas y resultados erróneos y sugerir nuevos enfoques.

En este sentido, es importante reflexionar lo que René Descartes advierte en su “Discurso del Método” (1984: 29 y 31). A Descartes le enseñaron técnicas (a escribir, a leer, a sumar, a restar), pero él mismo se percató que la técnica por sí sola no en todas las ocasiones le daba capacidad de generar un nuevo conocimiento. Debía integrar otras tareas para “descubrir nuevos conocimientos”, y esto se logra con los métodos.

El derecho se vale de técnicas (herramientas) para generar ese conocimiento, y entre ellas están la lógica, la hermenéutica, la epistemología, hasta de las matemáticas, para explicar el comportamiento que debe seguir una persona, las consideraciones que se han tomado para establecer que ese comportamiento es benéfico para la sociedad y para el ser humano, y la forma de proponer las consecuencias (castigos en algunas ocasiones) ante la omisión de seguir un comportamiento.

De esta reflexión de conceptos, concluyo que la epistemología del derecho trata de examinar los factores en virtud de los cuales se da origen al fenómeno del “derecho” desde una perspectiva científica de la generación del conocimiento.

Para comprender a la epistemología jurídica, sigo a Juan de Dios González Ibarra (2013) que en un primer momento se formula esta pregunta: ¿conocimiento o teoría del conocimiento jurídico?, que está encaminada a problematizar si es posible la existencia del conocimiento, y que en el mundo jurídico identifica como *jusconocimiento*; respondiendo a esto, nuestro autor pregunta nuevamente el cómo de esto, y prosigue con las formas del conocimiento, sus obstáculos y las maneras de potenciarlo.

Para González Ibarra, el universo jurídico se forma de cuatro elementos. El primero es el objeto jurídico, que identifica con las leyes, sentencias, autos o reglamentos. El segundo son los sujetos jurídicos, que son las personas físicas o morales como entes capaces de tener derechos y obligaciones. El tercer elemento es el proceso, visto como el mecanismo jurídico donde se regula la actividad procesal, y que se representa en los códigos adjetivos, donde se establece tanto la técnica procesal, hasta las prescripciones positivas como negativas. El último objeto son los valores y disvalores, que ejemplifica como justicia-injusticia; equidad-inequidad; bien común, seguridad jurídica e inseguridad.

Derivado de su reflexión, González Ibarra identifica 3 momentos cognitivos que se presentan en el derecho, visto como una ciencia, y son:

El óntico-jurídico, al que le llama *Jusóntico*, y estima que se apoya en la capacidad humana de la memoria. Es un conocimiento descriptivo y utiliza como herramienta didáctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje diccionarios, códigos, leyes y enciclopedias. Encuentra en la definición su culminación, y en la práctica la acumulación de información en individuos u objetos, por medio de cualquier forma de captura.

El ontológico jurídico, que es un conocimiento explicativo, que busca encontrar la génesis o dinámica, momentos o estructuras que permiten el conocimiento de los procesos, sujetos, objetos y valores por sus causas, funcionamiento, finalidades, motivos, fundamentos, estructura, sistematicidad u organicidad. Utiliza el recurso material en el ser o realidad de la ciencia jurídica de las construcciones, códigos, reglamentos, y en el proceso de enseñanza-aprendi-

zaje, libros especializados como recursos didácticos. En la práctica se materializa en las acciones y escritos que se integran en los expedientes de los juicios o gestiones en las diversas materias jurídicas.

El metacognitivo, que es para el autor aludido, lo que etimológicamente define a la palabra *episteme* como “saber”, y derivado de ello, este tercer momento exige emplear la capacidad humana de la reflexión aplicada al conocimiento del *conocimiento* o *saber jurídico*, de regresar al objeto del conocimiento jurídico, pero en un volver inmediato, por el de la capacidad de la reflexión, que implica autoconocimiento del propio conocimiento y del conocimiento jurídico (González Ibarra, 2013: 30-32).

Aquí es necesario formular la siguiente pregunta: ¿cómo se genera el derecho? Héctor Fix-Zamudio está convencido de la existencia de una ciencia jurídica, y por medio de la misma, se está en la posibilidad de obtener conocimientos ordenados, generalizados y sistematizados, al igual que cualquier otra ciencia, y cuyo propósito será la convivencia gregaria (2007: 416).

El derecho como una disciplina social, tiene dentro de otros objetos, permitir que exista una gregaria convivencia. Existen un conjunto de reglas que se encuentran vigentes en una sociedad y que deben ser observadas porque fueron dictadas por el Estado, y cuyo propósito —como ya se apuntó—, es el de permitir la convivencia entre las personas, ya que sus intereses, en potencia, pueden estar en conflicto.

Para materializar parcialmente este fin del derecho, las sociedades han organizado las reglas del comportamiento en forma de códigos, leyes, reglamentos, que contienen las hipótesis y disposiciones jurídicas que disciplinan el comportamiento de los seres humanos ante distintas situaciones.

Pero este fin debe materializarse, sea a través de una heterocomposición o de una auto-composición, observadas como los géneros más grandes para solucionar un conflicto de intereses, porque no basta con prescribir que el derecho disciplina la conducta humana, sino que es necesario que trascienda a la realidad de los humanos, de manera tal que se impongan las conductas prescrita en las normas, en las sentencias, en los contratos.

La forma de resolver el conflicto de intereses, es disciplinando la conducta de las personas, en términos generales, para que hagan, dejen de hacer o se abstengan de ser, por lo que se deben imponer dichos comportamientos.

Para realizarlo, se puede acudir a la adopción “voluntaria” de la conducta (autocomposición) o a la adopción “forzosa” de la conducta (heterocomposición). La adopción forzosa conlleva entonces a crear otras figuras para observar ese comportamiento. En su creación, se encuentra el grado de juridicidad.

Manuel Atienza establece que algunos autores han partido de que los sistemas jurídicos se caracterizan por:

1. Mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas que conlleva la existencia de la participación de una tercera persona y no de los involucrados en la disputa.
2. Tribunales, si, además de lo anterior, la decisión de ese tercero vincula las partes.
3. Policía, que es la fuerza armada encargada de hacer cumplir la normas.
4. Juristas profesionales o abogados, que son las personas que tienen como actividad la de asesorar a las partes y proponer determinadas interpretaciones de las normas (Atienza, 2004: 28-29).

A partir de aquí se podría dar una clasificación de las sociedades, según tengan o no tengan dichas instituciones. Además, cabe concebir una escala a cada una de estas características que para Atienza Rodríguez, es condición necesaria pero no suficiente para la siguiente, porque a su parecer, prácticamente no existen sociedades con tribunales en las que no haya también mediación; ni policías sin tribunales y mediación; ni abogados sin policía, tribunales y mediación:

En definitiva, se podría decir que hay un grado cero de juridicidad, un grado uno (representado por la mediación), un grado dos (mediación más tribunales), un grado tres (mediación, tribunales y policía), un grado cuatro (mediación, tribunales, policía y abogados), y un grado cinco (cuando aparece la legislación) (Atienza, 2004: 30).

Esta perspectiva tiene un corte “positivista”. El positivismo jurídico es la teoría en la cual, desde una perspectiva epistemológica, sostiene la legitimidad de la explicación de la generación del derecho, tomando en consideración sólo los elementos descriptibles, soslayando cualquier elemento valorativo.³

Así pues, por mucho tiempo se ha considerado que el derecho se explica con esa definición positivista, en la cual debe establecerse la distinción entre el derecho que es y el derecho que debería ser, la separación entre derecho y moral, y la diferencia entre la validez de la norma jurídica y el valor del derecho.

Retomando a Manuel Atienza y a Serafín Ortiz Ortiz concibo que para que la argumentación jurídica tenga cabida, hay que mirar al derecho desde una perspectiva epistemológica ligada al neoconstitucionalismo,⁴ donde se le entiende como un objeto del conocimiento que es tridimensional.

Desde la perspectiva de la epistemología, es necesario otorgar un orden a la explicación de la aparición del derecho. Así pues, deben tomarse lugares comunes para expresar la forma en que se genera el mismo.

Para Manuel Atienza, existen cinco corrientes filosóficas que explican epistemológicamente al derecho.

La primera es el *formalismo jurídico* —teniendo a Rodolfo Stammler como uno de sus máximos exponentes—, en la cual se estima que hay reglas dadas con anterioridad al aplicador, por lo que tomar una decisión jurídica no contempla una deliberación, y es relativamente previsible la consecuencia que ha de existir.

En esta teoría se entiende que:

- Sólo los legisladores crean el derecho.
- El cambio jurídico debe reducirse, ya que la certeza y la previsibilidad es premisa necesaria en el sistema jurídico.

³ Para reconocer la conceptualización de la pureza del derecho, ver KELSEN, Hans (2015), *Teoría pura del Derecho*, México: Editorial Porrúa, pp. 15-16.

⁴ Respecto de esta corriente de pensamiento jurídico, ver COMANDUCCI, Paolo (2009), “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (coord.) (2009), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta.

- El derecho es una serie de reglas generales y abstractas fijadas en codificaciones.
- Los conceptos jurídicos tienen lógica propia para deducir de ellos soluciones sin tomar en consideración elementos extrajurídicos.
- La decisión judicial se obtiene por deducción y es revisando la correcta conclusión en términos del silogismo lo que justifica una decisión de esta índole (Atienza, 2013: 22-30)

La segunda postura es el *positivismo normativista*. A decir de nuestro autor, los positivistas normativistas conciben al derecho como una norma del comportamiento, la cual debe prescindir de un aspecto moral. Hans Kelsen y Lionel Hart son los dos autores más destacados en el siglo XX que trabajan el positivismo.

Kelsen tiene una postura radical porque considera que el derecho es un conjunto de normas coactivas. Hart tiene un tinte moderado porque el derecho es una combinación de normas primarias y secundarias; las primarias establecen que las personas hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no, y las secundarias indican qué normas pertenecen al sistema, cómo se crean, modifican nuevas normas y quién puede hacerlo y qué órganos deciden si se ha infligido o no una norma primaria y las consecuencias (Atienza, 2013: 25).

La tercera postura es el *realismo jurídico*. Como autores destacados tenemos a Philip Heck, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Francois Géný, Leon Duguit, Maurice Hauriou, Axel Hägerström, Anders Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross (Atienza, 2004: 279-281).

Para el realismo jurídico, el derecho es una realidad que está en construcción, y es una práctica social que está en desarrollo y transformación, bajo las siguientes premisas:

El derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales [...] Las fuentes sociales del derecho y de la separación conceptual dentro del derecho moral están basadas en una concepción empirista e instrumentalista del derecho, esto los

lleva a rechazar que el derecho se identifica con reglas sobre el papel [...] Para utilizar adecuadamente el derecho hay que considerar las normas eficaces, los intereses, los fines, los valores sociales y otros elementos que comprenden al derecho (Atienza, 2013: 253).

La cuarta corriente es el *iusnaturalismo*. De acuerdo con Imer B. Flores Mendoza, tenemos que la escuela del derecho natural tiene como sus grandes exponentes a Samuel Pufendorf, John Locke, Baruch Spinoza, Thomas Hobbes, Christian Wolf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant, entre otros.

La teoría del iusnaturalismo basa su explicación en un “derecho natural”, es decir, que debe haber un principio a favor del hombre para sostener la validez de cualquier norma, y que es atemporal y ubicuo. Esos principios deben estar sobre la validez del derecho positivo.⁵

Los iusnaturalistas observan al derecho como una realidad que se determina desde la perspectiva social e histórica, y es una ideología escapista dirigida a justificar el derecho positivo en cuanto a la existencia de valores suprapositivos, es decir, un derecho natural extraíble de la “naturaleza de la cosa”. Esa naturaleza descansa principalmente en la idea de justicia.

La quinta postura es el *escepticismo jurídico*. Encontramos algunos de sus representantes como Duncan Kennedy, destacado profesor de la Universidad de Harvard y de los miembros más reconocidos del movimiento *Estudios Críticos del Derecho*, así como Boaventura de Souza Santos (Atienza, 2013):

Se trata de una derivación del realismo jurídico, en donde se adiciona posturas teóricas vinculadas con el marxismo, la crítica al racionalismo, al cientificismo del pensamiento postmoderno, y el feminismo jurídico [...] Esta teoría observa al derecho de manera escéptica en relación con el papel de las normas y los hechos del derecho y coloca en duda la funcionalidad del derecho como un instrumento de construcción y de cambio social, porque es una expresión de voluntad de una clase

⁵ Para un reconocimiento contemporáneo del iuspositivismo, ver TRUJILLO, Isabel (2015), “Iusnaturalismo Tradicional Clásico, Medieval e Ilustrado”, en Fabra Zamora, Jorge L. y Núñez Vaquero, Álvaro (coords.) (2015), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Ciudad de México: IJ-UNAM.

dominante, por ello se verá destinado a desaparecer en una sociedad emancipada (Atienza, 2013: 28).

Para Manuel Atienza, todas estas teorías no dan cabida a la argumentación jurídica por las siguientes razones:

A. En el formalismo jurídico se está en presencia de una concepción desacreditada teóricamente, porque supone una simplificación excesiva de la justificación judicial. Así también destaca que formalismo y positivismo no son términos sinónimos. En lo relativo a la argumentación jurídica, en el formalismo jurídico, el razonamiento está operado en límites que no están fijados por la moral, sino por el ordenamiento jurídico.

B. El positivismo normativista plantea la validez de la norma basándose en dos criterios, uno es la creación de la regla y el otro es la interpretación que se le da, por lo que se aprecia que el derecho es una realidad que ya está construida, y no se ve como una actividad.

C. El realismo jurídico no produce una Teoría de la Argumentación Jurídica porque existe un escepticismo axiológico; en primer lugar, si bien es cierto se destaca la importancia de los juicios de valor, se comprende que caían fuera del campo de la razón; en segundo lugar, el interés por la retórica queda limitado por el hecho de que el realismo en lo esencial tiene un enfoque conductivista que explica o predice el comportamiento de los operadores jurídicos, más que justificarlo. Y en tercer lugar, está un elemento en contra, en que se piensa que la decisión judicial está determinada por elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiosincrásicos.

D. El iusnaturalismo plantea la tarea de indagar los requerimientos de la razón práctica en relación con el bienestar del hombre, pero la “razón natural” no suministra una respuesta correcta para cada caso que se puede presentar ante la aplicación de la ley.

E. Desde la óptica del *escepticismo jurídico*, la argumentación no tiene cabida, pues se hace desde una perspectiva sociológica, en la cual se explica la realidad, no se pretende mejorarla sino reconstruirla sobre otras bases. Por ello, se sostiene que el derecho es indeterminado y la aplicación y administración de justicia toma un papel político.

Epistemológicamente, ¿dónde cabe la argumentación jurídica? Para Atienza Rodríguez, la argumentación cobra vida en una perspectiva del derecho fundada en una teoría “constitucionalista” o en el “post-positivismo”.

El derecho debe observarse con una perspectiva reciente debido a los acontecimientos históricos y políticos que se suscitaron desde la Segunda Guerra Mundial: “En este sentido debe apreciarse que el derecho es una construcción conceptual coherente a la dimensión autoritativa propia de las reglas positivas, en la cual existe una serie de valores expresados en los principios constitucionales” (Atienza, 2013: 29).

En este panorama, la interpretación es una actividad necesaria a efectos de satisfacer tanto los valores como los fines que dan sentido en la práctica al derecho, donde priman los valores que existen en el derecho, sin desconocer al legalismo y pasando sobre las creencias de autoridad que existen en este campo.

La argumentación tiene la importantísima tarea —de corte tanto cualitativo como cuantitativo—, de proveer de razones morales y políticas, sin desconocer que existen diferencias entre el derecho, la moral y la política, pero que se pueden traer a efectos de encontrar justificaciones en la aplicación de una norma positiva.

Se considera importante establecer los “niveles epistemológicos del derecho” para complementar la conceptualización de la tridimensionalidad del mismo.

Ortiz Ortiz (2014) nos explica claramente que los tópicos del derecho se observan desde tres dimensiones, una dimensión epistemológica, una dimensión fáctica y una dimensión normativa.

Es importante entonces formularse estas tres preguntas, que corresponden a un nivel epistemológico del derecho: ¿cuál es el fin del derecho? Esta pregunta estará en una perspectiva valorativa, porque la norma jurídica tiene un propósito, lleva atrás una finalidad. Esto es, los valores que se pretenden proteger con una norma jurídica, y lo que comúnmente se denomina “bienes jurídicos tutelados”, como lo pueden ser la vida, el libre tránsito, la protección a los menores de edad, la libertad de determinarse como persona.

¿Qué es el derecho? Desde la perspectiva normativa, el derecho es un enunciado que sirve para disciplinar la conducta de las personas en sociedad cuyo continente es “la legislación”,

esos documentos en donde están prescritas las reglas del comportamiento, el cual tiene su referente tanto en el sistema político como en el sistema jurídico.

¿Cuál es la función del derecho? Esta es una perspectiva práctica, viendo al derecho como manifestaciones vivas, reales, presentes en la sociedad. Es el ir con un juez a solicitar la imposición de una conducta, o la actividad administrativa del Estado para otorgar una concesión. Pero desde una perspectiva muy general, el derecho sirve de barrera de contención ante la violencia intersubjetiva y estructural que está latente en nuestras sociedades.

Una vez que se ha determinado la perspectiva del derecho que se utilizará, ahora es momento de tomar un rumbo epistemológico, y esto se hará desde la visión de la Teoría de la Argumentación Jurídica.

La TAJ tiene su referente epistemológico en el Estado constitucional de derecho.⁶ El derecho es un fenómeno ligado a la actividad del Estado. Así, debemos inquirir: ¿cómo son los Estados contemporáneos? ¿En qué modelo de Estado contemporáneo vivimos?

En la era contemporánea de la historia de la humanidad, ha existido una predilección por instaurar el liberalismo, que puede mirarse como un sistema social que tiene componentes filosóficos, económicos y políticos, y cuya estructura fundamental descansa en la promoción de la libertad de las personas, y en el cual una de las formas de gobierno se hace presente en la denominada “democracia moderna”.

En el caso del Estado mexicano, avanzó hasta fines del siglo XIX, dando cabida con posterioridad a los caracteres de un Estado intervencionista, que se evidencia de manera sobresaliente en las políticas adoptadas por el gobierno mexicano de aquella época, y se afirma en nuestra Constitución, de modo que con matices de un Estado liberal y de un Estado intervencionista, avanzamos hasta la séptima década del siglo XX. En ese periodo se advierte una reforma constitucional que se muestra tendencial hacia la configuración de un Estado social de derecho, sobre todo en las políticas sociales orientadas a la satisfacción de necesidades básicas (Ortiz, 2014: 14-15).

⁶ Al respecto de esta dogmática, así como sobre los derechos fundamentales, ver FERRAJOLI, Luigi (2004), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta.

A partir de la construcción de los “organismos autónomos constitucionales”, se abre la puerta en México a la identificación del Estado constitucional de derecho, ya que se observa la diseminación del poder en distintos órganos. Junto con ello, las importantes reformas en materia de derechos humanos integradas a la Constitución, en aras de su tutela, han cristalizado un modelo político y una nueva forma de Estado, porque el fenómeno jurídico se puede apreciar desde la triple dimensión que establece Ortiz Ortiz.

Así pues, en el derecho desde la perspectiva epistemológica, se advierte esa tridimensionalidad propuesta: en el primer nivel se advierte el tránsito del iusnaturalismo a la hermenéutica, en donde el trabajo hermenéutico es sobre la justificación jurídica que está en toda la legislación *legal*, las razones y argumentos que dan base a una decisión de autoridad.

El segundo nivel está materializado en la importancia de conocer al derecho, partiendo de enunciados jurídicos y no al estilo iuspositivista.

En el tercer nivel se ha transitado hacia la configuración de una ciencia autónoma, la sociología jurídica, tal y como propone Ortiz Ortiz, cuyo objeto es ver el fenómeno en la práctica, es decir, en sus causas y efectos. “En suma, importa tanto conocer la eficacia de las normas como la acotación del riesgo a través de las mismas” (2014: 15).

1.1.1. El desarrollo de la argumentación

Según Roberto Marafioti (2005), la argumentación se desarrolló en la antigua Grecia, con los planteamientos de Aristóteles, y desde ese momento se distingue de la argumentación lógica, puesto que ésta presupone una forma de realización del lenguaje partiendo de la construcción de razonamientos y la demostración de su validez, no así la argumentación dialéctica que es la manera en que una persona se propone ganar la adhesión del otro a través del desarrollo de argumentos o razones a favor de una opinión.

Los griegos establecieron una división en los argumentos que Platón y Aristóteles manejan en su obra literaria sobre los argumentos discursivos, los lógicos y los dialécticos. La distinción entre argumentación discursiva frente a la argumentación lógica supone la formalización del lenguaje para asegurar la validez de los razonamientos.

La argumentación para ello, se asume como la forma de realizar la exposición de razones, a efectos de que otro interlocutor admita la conexión entre unos supuestos argumentos y una conclusión sostenida por esos supuestos, sin que la relación entre esos elementos corresponda necesariamente a un proceso de validación lógica del razonamiento.

La argumentación dialéctica identifica a la ambigüedad y la incertidumbre en el desarrollo de argumentos a favor de un punto de vista frente a un tópico determinado. Es por este motivo que se expresa que la argumentación no se valora como correcta o incorrecta, ni como verdadera o falsa. Lo que se podría establecer es que el destinatario final acepte o no lo que se le propone.

Desde este mismo enfoque se mira a la “contra-argumentación”, que es un concepto que se plantea con Aristóteles y Platón, entendiéndose como la posibilidad de refutar la perspectiva del interlocutor utilizando el desarrollo de argumentos válidos.

Marafioti explica que en la “Carta Séptima” de Platón, se destaca el valor de la refutación, y que es el alma de la dialéctica. En este texto, a decir de Marafioti, se ilustra el proceso en virtud del cual se llegan a aprender los principios diciendo: “...que sólo cuando se refuta con refutaciones benévolas, haciendo uso de las preguntas y respuestas sin hostilidad, brillan la comprensión y la inteligencia alrededor de cada cosa” (2005: 25).

En refuerzo de estas ideas, Graciela Fernández Ruiz (2011: 76), nos narra los antecedentes griegos del nacimiento de la argumentación, exponiendo la relación íntima que existe entre el derecho y la argumentación, y que se debe a las circunstancias sociales, políticas y económicas que imperaban en ese momento, que demandó personas que tuvieran experticia en litigios, sobre todo los relacionados con la posesión de tierras, y en el tratamiento de asuntos públicos lo que llevó al desarrollo de la argumentación “retórica” que fue herramienta primordial para ganar simpatía y adhesión a las posturas que se defendían.

La relación de la argumentación con el derecho surge por la actividad de los “logógrafos”, ya que las personas tenían que defender sus derechos ante los tribunales, y como no tenían el conocimiento previo para enfrentar un litigio, contrataban a los “logógrafos”, quienes elaboraran un alegato para que se los aprendieran de memoria y lo expusieran ante el tribunal.

En relación con la vida social, Fernández Ruiz (2011) nos expone que en Atenas, la expansión del comercio intervino directamente en la forma de organizar el gobierno, lo que derivó en que la retórica se utilizara de manera importante y, paralelamente, se acrecentase su importancia.

El desarrollo y expansión comercial propició el desarrollo de la democracia ateniense, porque nuevos grupos sociales obtuvieron mayor poder económico, lo que les abrió la posibilidad de participar con mayor peso en la vida política, pero dicha participación no se realizaba de manera inmediata, porque debían prepararse para ello, y el medio fue la educación.

En Grecia se formó la idea de que el buen ciudadano sólo podía materializarse en la clase más rica, los nobles. Debido a las circunstancias económicas ya referidas, se abrió la posibilidad intervención de las clases sociales marginadas en la participación política, y por ende, existió la necesidad de una educación para ellas, lo que requirió que los maestros enseñaran cómo manejarse en los asuntos de la ciudad así como los protocolos y actividades inherentes. ¿Dónde se desarrollaban estas actividades políticas? Principalmente en las asambleas públicas, en donde el arte de la persuasión era vital para convencer sobre las posturas que se defendían.

Otro lugar donde se desarrolló la retórica, en el contexto del ascenso de otras clases sociales distintas a la nobleza, fueron los tribunales. Los nobles debieron ampliar sus habilidades retóricas porque los jurados ante los cuales tenían que hablar, no eran ya los mismos, o porque los jueces que pertenecían a clases sociales bajas, eran más en número.

Se presentó el problema para los nobles de que estos jueces no eran muy educados y no tenían la capacidad para seguir una demostración jurídica complicada; entonces, hubo la necesidad de prepararse con mayor esmero para estudiar los mecanismos de persuasión, y hablar de forma convincente ante cualquier persona.

Una de las teorías modernas de la argumentación se conoce como la “nueva retórica”, concebida y desarrollada por Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, en su *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, en el cual plantean una argumentación coherente con el concepto de argumentación dialéctica reconocido por Aristóteles.

A Perelman y Olbrechts-Tyteca les importa establecer la diferencia entre los conceptos de argumentación y demostración, que tienen íntima relación con la dialéctica y la lógica, respectivamente. También hacen énfasis en el carácter dialógico de la argumentación, considerando el estudio del auditorio. Asimismo, aluden a las bases para el establecimiento de acuerdos, y desarrollan distintas maneras de estructuración de los argumentos.

Perelman y Olbrechts-Tyteca parten de la premisa de que las personas y los grupos de personas se adhieren a las opiniones con una intención variable, y para conocer dicha intención, se deben poner a prueba:

Las creencias que se analizan no siempre son evidentes y pocas veces su objeto consiste en ideas claras y distintas. Las ideas admitidas con más frecuencia permanecen implícitas y sin formular durante mucho tiempo, pues en la mayoría de los casos sólo con motivo de un desacuerdo en cuanto a las consecuencias resultantes se plantea el problema de su formulación o de su determinación más precisa (Marañoti, 2005: 96).

En sus desarrollos sobre la argumentación, Perelman y Olbrechts-Tyteca tienen interés en diferenciar los conceptos de argumentación y demostración, que guardan relación directa con la dialéctica y la lógica, respectivamente, haciendo énfasis en el matiz dialógico de la argumentación; al tomar en consideración el estudio del auditorio, aluden a las bases para establecer acuerdos, y desarrollan distintas maneras de estructuración de los argumentos.

En la década de los años 60 del siglo XX, Jean-Claude Anscombe y Oswald Ducrot en su obra *La argumentación en la lengua*, conceptualizan la “argumentación discursiva”, la cual se mira desde una perspectiva dialéctica, y le dan gran importancia a los aspectos lingüísticos de la argumentación, además del razonamiento lógico.

Según Ducrot, el sentido de un enunciado es hacer posible un discurso argumentativo. Así pues, nuestros autores consideran que las razones aparecen como soporte de nuestros argumentos. Expresar verbalmente una situación es convocar a propósito de ella, diversos principios o lugares comunes que permiten justificar a partir de esta situación un cierto número de conclusiones. “En esta perspectiva la retórica no se superpone a la lingüística. El valor lingüístico de nuestras frases ya es retórico. Sólo que este valor consiste en transformar las cosas

en justificaciones de nuestras necesidades, deseos o intenciones” (Anscombe y Ducrot, 1994: 14).

Entre los principales aportes de Ducrot y Anscombe en el estudio de la argumentación, tenemos los marcadores argumentativos, que desde la perspectiva lingüística, contribuyen a “la naturaleza dialógica de la argumentación discursiva, el carácter polifónico de la argumentación, las frases evaluativas, las escalas argumentativas, las presuposiciones, el sentido de las oraciones hacia la conclusión, el reconocimiento de los aspectos pragmáticos como la intención, entre otros” (Reygadas y Haidar, 2001: 110).

1.1.2. Concepción de la argumentación jurídica

Manuel Atienza (2013) explica que existen diversas disciplinas que se interesan por la argumentación, así como distintas nociones de argumentación. No obstante esta divergencia, existe un común denominador cuando se observa a la argumentación como actividad o como un arte, que tiene su finalidad en establecer o descubrir las premisas. Así también, se la observa como una técnica para persuadir a otro de determinada explicación. También se la ve como un proceso de comunicación.

Para orientar el concepto de argumentar, y sus derivados argumento, argumentación, Manuel Atienza parte de una distinción entre:

[...] concepto y concepción, es decir entre una noción muy amplia, correspondiente a concepto, que se caracteriza por las propiedades generales que se dan siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e interpretaciones que se corresponde a las concepciones que son distintas de esos mismos elementos (Atienza, 2013: 13).

Los elementos con los que se construye el concepto de argumentación desde un plano abstracto son cuatro, a saber:

- Como existe la necesidad de dar razones ante la emisión de un discurso, se le aprecia como una actividad vinculada con el lenguaje.

- Hay que dar respuesta a una problemática en particular, esa respuesta debe de evidenciar las razones en las que se justifica la solución.
- Tiene una dualidad, porque es una actividad con la que se justifica una postura, y es un resultado de esa actividad justificativa, y el resultado se presenta en una estructura de premisas, conclusión e inferencia.
- Se puede evaluar lo correcto o incorrecto de la estructura con que se presentan las premisas, conclusión e inferencia.

Para Atienza, existen tres aproximaciones de la argumentación: la formal, la material y la pragmática.

En la argumentación formal, lo que interesa es revelar lo “correcto” de la abstracción que se realiza. Dados ciertos enunciados de una forma, se puede pasar a otro de forma determinada, es decir, que de las premisas se desprenda la conclusión que se propone. La actividad se centra en el resultado, en que se hayan aplicado correctamente los criterios de validez de las “reglas de inferencia”.

Desde la aproximación material, lo relevante es aquello que los hace verdaderos o correctos. En esta perspectiva se pone énfasis a las premisas como razonamientos que sirven para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción y en la conclusión. No se soslaya la corrección formal, pero deben existir condiciones sustantivas para establecer lo verdadero o correcto.

Por último, la concepción pragmática, entendida como una “disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los hablantes, así como los enunciados que estos profieren y las diversas circunstancias que concurren en la comunicación” (RAE, 2002: 289).

Lo relevante aquí es la interacción; en ella se producen argumentos, pero las premisas y conclusiones son enunciados interpretados como verdaderos o correctos, están aceptados. Así pues, el éxito depende de la persuasión o el acuerdo que se tenga del interlocutor, a fin de que acepte lo propuesto.

Existen dos variantes de la concepción pragmática de la argumentación, una denominada “retórica”, en la cual la argumentación tiene un papel estático, ya que la idea es la de persuadir

a un auditorio. La otra variante es la “dialéctica”, en donde la argumentación tiene lugar entre participantes que asumen un rol dinámico, al tener una persona que propone y otra que se opone.

Como lo comenté con anterioridad, la argumentación tiene un concepto amplio según se utilice para resolver distintos problemas. Desde la perspectiva del problema jurídico, ha de partirse de la premisa en la que existen varias formas de la lógica, entendida la lógica como la forma en que expresamos lo que impacta a nuestra mente a través de los sentidos, y que guarda inteligibilidad para transmitir el mensaje a otros seres humanos.

Como lo afirma Juan Abelardo Hernández Franco, al referirse a Herman Lotze en su lógica, distinguió el acto psíquico de pensar (el cual sólo acontece como un determinado hecho temporal) del contenido del pensamiento (que tiene como modo de ser el valor de verdad o la validez). Gottlob Frege en 1884, en sus *Fundamentos de la aritmética*, de acuerdo con esta distinción, afirmó: “Una proposición no cesa de ser verdadera en cuanto ya no la piense más, así como el sol no deja de existir cuando cierro los ojos” (Hernández Franco, 2010: 8).

El fin práctico de la argumentación es hacer inteligible el porqué de aplicar una regla del comportamiento al ser humano, ya que establece la forma en que debe ceñir su comportamiento a lo prescrito en la ley. La explicación racional tiene por objeto el entendimiento de cuál será la conducta que se deba seguir. Los argumentos entonces nos proveen de razones para hacer inteligibles estos comportamientos.

La inteligibilidad de un razonamiento parte de los principios de la lógica. Por medio de la lógica se examinan las formas por las cuales nuestra mente junta las percepciones que tenemos del mundo, y las organiza para que sean expresados.

Hernández Franco (2012) nos da a conocer el origen etimológico de la palabra *lógica*, indicando que proviene del griego *logos*, que significa *pensamiento, palabra o razón*. Entonces nos detalla que es el término empleado para referirnos a la expresión que explica nuestro pensamiento. Es la exposición discursiva que revela nuestro modo de pensar sobre algo.

La lógica se conforma como una verdadera ciencia que ordena metodológicamente el pensamiento humano para darle corrección y claridad. Es decir, lleva a cabo el estudio de las formas y estructuras que empleamos para pensar de un modo ordenado y sistemático (Hernández Franco, 2012: 55).

Otra función de la lógica es la de desprender las consecuencias de las enunciaciones que realizamos los humanos sobre aquellos fenómenos que han impactado nuestros sentidos y ante los que nos expresamos.

Con ella se localizan estructuras con las cuales expresamos las realidades y hacen válida la inferencia que resulta. Parafraseando a Hernández Franco, así como una persona que sabe matemáticas entiende por qué la adición de dos unidades más dos unidades da como resultado cuatro unidades, con las estructuras de las oraciones y sus contenidos se entienden las expresiones de aquello que ha impactado los sentidos de los seres humanos. Cuando una persona ha recibido un impacto con algún objeto en la cabeza, expresará que siente dolor en esa parte del cuerpo y no hará referencia a un pie o la cadera:

De este modo, podemos decir que la lógica estudia las leyes del pensamiento correcto que son naturales a todo raciocinio coherente, y que no podemos modificar de ninguna manera, sin caer en el error. La razón, al seguir estas leyes de inferencia, opera de modo recto y ordenado” (Hernández Franco, 2010: 55-56).

Que la oración guarde inteligibilidad, es importante para guiar el comportamiento humano, pues existe una exigencia práctica de ordenar el actuar; entonces, se debe ser cierto y preciso del comportamiento que se desea.

Para que exista la inteligibilidad, debe de existir un emisor, un receptor, un mensaje y un código unificado. El código unificado se identifica con el lenguaje y la lengua a través de su estructura básica que es la palabra, y las estructuras complejas que son las oraciones se transforman en los “barcos” con los cuales transportamos el mensaje.

La lógica proporciona el elemento racional y de inteligibilidad a la expresión de nuestro pensamiento, lo que permite trasladar un mensaje a otro ser humano, quien a su vez está en aptitud de comprenderlo y trasladarlo a una materialidad que se manifiesta en su conducta frente a otras personas.

La forma en que se expresan las “realidades” que percibimos, tiene una secuencia desde que impactan en nuestra mente hasta su manera de expresar. A lo largo de la historia de la

humanidad se han establecido cuáles son las formas en que se perciben “las cosas” y en que se expresa la existencia de “las cosas”:

Actualmente, gracias a recientes estudios, sabemos que no existe un solo modelo de lógica, sino que se habla de diferentes lógicas. Incluso se ha formado un campo de estudio llamado filosofía de las lógicas, en el cual se abordan las distintas manifestaciones de este saber (Hernández Franco, 2010: 56).

Dados los diversos lugares en que un operador jurídico aplica la argumentación jurídica, y relacionándola con su creación, encuentro un esquema de argumentación propuesto por Stephen Toulmin, mismo que por ser de corte dialéctico, encaja en cualquier área de aplicación para un operador jurídico.

La argumentación se conforma de 4 elementos, que son por su orden: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. Toulmin, a efectos de diagramarlos, les asigna una letra, que es la inicial de cada palabra en inglés.

Luisa Rodríguez Bello (2004) nos explica la forma en que opera el esquema de Toulmin. Se parte de una evidencia, que son los datos, en virtud de los cuales se hace una aserción, o pretensión, como lo identifica nuestra autora. Existe una garantía que sirve de conector entre los datos con la aserción, lo que ofrece una base teórica, práctica o experimental que no es sino el respaldo. Se prevé la existencia de cualificadores modales, como lo son las palabras ciertamente o sin duda y que son indicadores del modo como se interpreta la aserción como verdadera, probable o contingente. Por último, se establece una previsión de reservas u objeciones.

1.2. Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica

La teoría es un conjunto de conceptos interrelacionados, definiciones y proposiciones que presentan una visión sistemática de los fenómenos, al especificar las relaciones entre variables, con el propósito de explicar y predecir los fenómenos (Hernández Sampieri *et al.*, 2009).

Cuando se habla de la Teoría de la Argumentación Jurídica, hay que establecer criterios para su conceptualización, lo que se puede hacer a través de los siguientes elementos:

- La argumentación es un elemento fundamental del derecho.
- La mayoría de los problemas que interesa a la argumentación jurídica se refieren a cuestiones de interpretación normativa.
- La TAJ centra buena parte de la actividad en proponer reglas y métodos a través de cuyo uso se resuelvan los casos difíciles que en particular se presentan como problemas interpretativos (Ortiz, 2014: 42-43).

Si bien es cierto que esta concepción nos permite advertir el contenido material de la TAJ, no está de más identificar los elementos inmersos en esta concepción desde diversa óptica, pero íntimamente relacionada.

Es necesario recalcar que esta teoría es eso, teoría, pero no está desligada de la práctica forense de litigantes, magistrados, o incluso de los legisladores o consultores, ya que no puede desdeñarse que la práctica del derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio.

Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa (2003), conciben que la TAJ es teoría, y por este motivo su finalidad radica en hacer una descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica.

Entonces tenemos que la TAJ y la práctica del derecho dos entidades distintas porque ocupan diversidad de discursos, lenguajes y niveles operativos varios. La TAJ hace la descripción de las cuestiones prácticas en el ejercicio de las actividades jurídicas, y en ocasiones hace prescripciones de la forma en que se debe practicar el derecho. Estamos frente a un metalenguaje que utiliza el jurista en su quehacer, para lo cual se dispone de una serie de categorías que se ocupan de varias formas.

Por lo tanto, la TAJ es una explicación del discurso de los juristas en su actividad de operadores jurídicos que se construye con instrumentos y presupuestos, pero hay términos y conceptos propios del derecho que se convierten en un lenguaje que no es claro y que requiere un plano conceptual para identificar a lo que se refiere.

Como teoría, la TAJ tiene una dualidad al ser descriptiva y prescriptiva e incluso normativa. Desde una perspectiva descriptiva la TAJ se emplea para hacer la descripción de la

forma en que se toma una decisión jurisdiccional, considerando esta toma de decisión como un fenómeno social, y para ello es imprescindible mirar perspectivas psicológicas, antropológicas o propiamente sociológicas de la actividad.

El objeto de la TAJ desde el punto de vista conceptual o analítico, es el de ofrecer un concepto y determinar la sistematización de la argumentación jurídica, lo que implica la reconstrucción de manera racional de las prácticas sistemáticas con las que se construye un argumento jurídico.

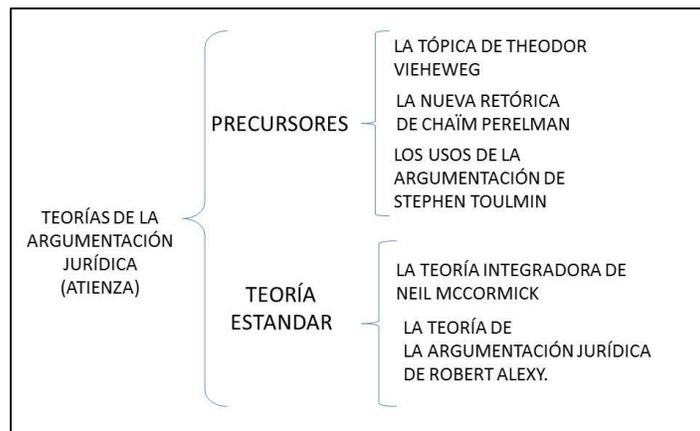
Por último, la TAJ en su punto de vista normativo, desea proveer de métodos para hacer mejor la argumentación que emplean en su quehacer cotidiano los operadores jurídicos, y genera propuestas de la forma en que se debe decidir ante una situación concreta.

No existe una TAJ unitaria, porque diversos autores otorgan una identidad distinta al mismo objeto de estudio. Así, tal como se menciona en la parte introductoria de este documento, la TAJ ha sido expuesta por Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Aulis Aarnio, Luigi Ferrajoli, Alf Ross, Ronald Dworkin, Aleksander Peczenik, Jerzy Wroblewski, Luis Recasen Siches, por hacer mención de algunos. ya que sería irrespetuoso no nombrar a todas las personas que han contribuido en la configuración de la TAJ.

Es a Manuel Atienza a quien debemos una forma de clasificar a los autores de la TAJ que es bastante práctica e ilustrativa (2003: 203). Así pues, se presenta una división de dos grupos, en donde por un lado tenemos a los denominados “precursores” de las teorías de la argumentación jurídica actuales, en donde encontramos a Viehweg, Perelman y Toulmin. En un segundo grupo se encuentran los representantes de la “teoría estándar de la argumentación jurídica” en donde encontramos a las obras de MacCormick y de Alexy.

A efecto de ilustrar esa clasificación, se presenta el siguiente cuadro sinóptico —que es de elaboración propia— retomando la división de Manuel Atienza:

Cuadro 1. División de las teorías de la argumentación jurídica.



De esta forma, no puede hablarse de una teoría única que explique suficientemente la TAJ, y para hacer más cómodo su estudio, se ha propuesto la existencia de dos fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, que como quedó plasmado, son las de los precursores y la de la elaboración de la teoría estándar (Atienza, 2013: 30-31).

1.2.1. Precursores de la Teoría de la Argumentación Jurídica

En el grupo de los precursores, ubicados temporalmente en los años 50 del siglo pasado, se establece la tesis de que el razonamiento jurídico no era un razonamiento deductivo; lo peculiar del razonamiento jurídico es la noción tradicional de tópica, y que es una técnica referida al paso de las premisas a la conclusión, que tiene como finalidad descubrir de las premisas el contenido y centrado en la noción de problema.

En primer lugar, revisemos a Theodor Viehweg, jurista y filósofo del derecho de origen alemán, quien se destaca con su obra *Tópica y Jurisprudencia*, que se considera como la más importante de la filosofía argumental.

Viehweg sostuvo que la cerrada sintaxis jurídica creada por Hans Kelsen, debía estar libre de todo contacto con el contexto pragmático, era algo que en la praxis no funcionaba. Consideraba inviable la creación de un lenguaje jurídico práctico consistente en la fijación de

significados aislados y válidos en todo momento y en todo lugar, por un proceso semántico-sintáctico meramente descriptivo.

Su idea principal se basaba en establecer el interés que tiene para la práctica jurídica la reflexión retórica, así como la contraposición de la lógica y la retórica:

También observaba que los tópicos funcionaban porque ponen el puente capaz de unir el mundo jurídico pensante o legal y el mundo jurídico actualmente judicial o notarial, y fundamenta la posibilidad de la tópica jurídica como instrumento de la argumentación jurídica y la tópica es una técnica que se orienta hacia el problema.

De igual forma señaló la existencia de los tópicos de primer y segundo grado:

- Tópica de primero grado: Se aplica para examinar un conflicto jurídico, [que] es el momento que hay que buscar desde fuera del conflicto los puntos de apoyo sobre los que gravita.

- Tópica de segundo grado: Se aplica en el momento posterior porque ayuda a ponderar aquel primer análisis general con el fin de ordenarlas [razones] en repertorios que puedan servir para construir razones a favor o en contra que vayan surgiendo al tratar de solucionar un enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional (Otero e Ibáñez, 2012: 85).

Establecía que la jurisprudencia se va a determinar con base al problema, al caso concreto, y en tal sentido, los tópicos que determine la conclusión del enunciado, evitarán la predeterminación formal de razonamientos y preposiciones predispuestos.

De acuerdo con Viehweg, en el derecho, las decisiones se determinan a partir de tópicos aceptados como válidos, que se podrán reputar como justos o injustos.

Al continuar con esta descripción de autores que se consideran precursores, mencionaremos a Chaïm Perelman, quien fundamentalmente sostiene que la importancia de la argumentación radica en la finalidad de convencer a un auditorio sobre una proposición concreta.

Su teoría se contiene en la obra ya mencionada *ut supra*, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, en coautoría con Lucie Olbrechts-Tyteca. En lo principal, la obra expone

las maneras en que se hace la exposición de ideas frente a un auditorio, y el eventual comportamiento que asumen ante la persuasión que se pretende ejercer sobre ellas. Establece el concepto de auditorio universal y particular: el primero es la sociedad en general, mientras que el segundo es un grupo de personas determinado.

Perelman explica que el razonamiento que hace un juez al aplicar el derecho es básicamente a lo que se identifica como “la lógica del derecho”. Dicha lógica es la que tiene como tarea el estudiar la forma del razonamiento judicial.

Desde la perspectiva de Ortiz Ortiz —al explicar la postura de Perelman—, estima lo que sigue:

[...] el razonamiento jurídico es la búsqueda de una síntesis, la que tiene en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho. El razonamiento jurídico es la búsqueda de una solución conforme con la ley y además también equitativa, razonable y aceptable. Es jurídica una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y su función en la sociedad (Ortiz, 2014: 58).

Ahora, en relación a otro precursor como es Toulmin, propone un enfoque procedimental, dialéctico, es decir, una lógica operativa construida a partir del modelo del derecho.

Se ha considerado a Stephen E. Toulmin como uno de los precursores de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Su obra principal se intitula *The uses of argument (Los usos de la argumentación)*. Apunta Atienza al respecto:

La intención de Toulmin es “radical”, y consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin, por el contrario, se propone desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica [...] A Toulmin no le interesa una “lógica idealizada”, sino una lógica operativa o aplicada (working logic) y para efectuar esa operación elige como modelo la jurisprudencia (Atienza 2003).

El gran aporte de Toulmin es establecer un modelo de análisis de los argumentos, y para él existen las siguientes partes en un argumento:

- Pretensiones. Es el punto de partida y llegada en el argumento. Se incluye el argumento y la conclusión.
- Razones. Hechos que justifican nuestra pretensión. Tienen que ser relevantes y suficientes.
- Garantía. Como podría existir una oposición, es necesario otorgar una justificación con la que se sustentan las razones; la garantía forma parte de esa justificación en la medida en que puede existir el escrutinio del ejercicio.
- Respaldo. Es el artículo de la norma que respalda la garantía. La garantía es el contenido del artículo o el contenido de la jurisprudencia

El modelo completo incluye lo siguiente:

- Cualificadores modales. “Los podemos identificar con las palabras presumiblemente, con toda probabilidad, plausiblemente, según parece (Atienza, 2003: 87).
- Condiciones de refutación. Son circunstancias extraordinarias o excepcionales que socavan la fuerza de los argumentos (Atienza, 2003: 87).

Toulmin establece que existen cinco ámbitos en donde se desarrolla la argumentación: el derecho, la ética, las artes, la ciencia y los negocios. Pone énfasis en el ámbito de la jurisprudencia, al cual toma como modelo para desarrollar su teoría. Asimismo, distingue entre el esquema de la argumentación y las reglas especiales de la argumentación (Atienza, 2013: 111-121).

En el recuento de los precursores de la TAJ, tenemos a Neil MacCormick, quien estudia el razonamiento jurídico a partir de la práctica de la argumentación ante los estrados, especialmente los de la justicia británica. Su obra principal se intitula *Legal Reasoning and Legal Theory (Razonamiento jurídico y teoría del derecho)*.

La teoría de MacCormick se centra en establecer que la argumentación sirve para justificar una decisión judicial en busca de la aplicación de la norma jurídica, y también busca el ideal de la justicia, tratando de integrar ambos elementos.

Para MacCormick, existen fuentes que dan lugar a la argumentación jurídica en el marco de lo que identifica como un caso difícil; las fuentes son:

- a) cuando un problema se torna relevante;
- b) cuando un problema plantea el tema de la valoración probatoria;
- c) cuando el problema implica una calificación, y
- d) cuando el problema está en torno a la interpretación que debe darse a un texto normativo.

El mismo autor establece un parámetro para que se evalúe la argumentación que toma un juez, y con ello distinguir entre la resolución correcta de la incorrecta, y plantea un marco de justificación externa y otro de justificación interna.

Pondera tres pilares para justificar la decisión y para saber cuándo una decisión está mal tomada. En cuanto a la justificación externa, MacCormick distingue entre el ajuste de la decisión con el sistema y el ajuste con el mundo.

MacCormick plantea, retóricamente, la contraposición entre dos tópicos: por un lado, la afirmación de que el derecho es una actividad esencialmente argumentable y, por el otro, la necesidad de que el estado de derecho realice la seguridad y la certeza jurídica como atributos que le son propios.

Se considera que la teoría de MacCormick desea explicar el elemento racional del comportamiento humano, tomando como elemento central el aspecto volitivo de dicha conducta.

1.2.2. Teóricos de la teoría estándar de la argumentación jurídica

Al retomar la división propuesta por Atienza, abordamos ahora a los autores que integran la concepción estándar que se elabora a partir del final de la década de los años 60 del siglo

pasado. Establecen que el razonamiento jurídico no aparece contrapuesto al deductivo; lo que Wroblewski, Peczenik, Aarnio, Alexy o MacCormick afirman es que para comprender al razonamiento jurídico en toda su complejidad, es necesario traer otros recursos extras al de la lógica.

A decir de Atienza (2013), Robert Alexy establece su aportación en el libro titulado *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, y su tesis es explicar que la argumentación jurídica debe mirarse como un fragmento del discurso práctico general, que se define a partir de una serie de reglas que no son lógico-formales.

Establece las reglas del discurso práctico general, como son:

- Reglas fundamentales: principio de no contradicción, sinceridad, universalidad y de uso común del lenguaje.
- Reglas de la razón: fundamentación; igualdad de derechos, universalidad y no coerción.
- Reglas sobre la carga de la argumentación: establecen la igualdad de las partes.
- Las formas de los argumentos: es la forma de fundamentar el enunciado normativo, puede ser por referencia a una norma o indicando las consecuencias.
- Reglas de fundamentación: referente a las características de la argumentación y establecen la forma de fundamentación.
- Reglas de transición: aplicables a problemas relacionados con hechos, lenguaje y de discusión, son de suma importancia ya que se puede estar de acuerdo en la norma mas no así en los hechos o significados lingüísticos (Atienza, 2003: 145).

Señala que las reglas jurídicas son necesarias para indicar los límites del discurso práctico general.

Para Manuel Atienza (2013), las explicaciones de Alexy determinan que los argumentos jurídicos nacen en la sede jurisdiccional, y desde este supuesto elabora su TAJ, la cual considera a la argumentación jurídica como una especie de la argumentación general, y por lo tanto supone el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general.

Argumentar es la exposición de razones con las cuales se evidencia o se demuestra una proposición, y así también, las razones que existen para convencer de una afirmación o negación propuestas.

Argumentar es una actividad propia del ser humano, de la que se hace gala de la capacidad de inducción y deducción para la cual está dotado. Es propia de todas las ramas del conocimiento, y por ello hay que colocarla en un contexto para entender a la argumentación jurídica.

1.3. Modelos argumentativos en relación con los sistemas jurídicos

Bajo la idea de los sistemas jurídicos, se identifica la presencia de mecanismos sociales que regulan la conducta de sus miembros bajo reglas establecidas por la autoridad política y que son coercibles.

Como los sistemas jurídicos son incontables, hay necesidad de proceder a una forma de agrupación que nos dé cuenta de sus características generales y específicas. La ciencia auxiliar del derecho que se encarga de esta tarea es el derecho comparado.

Konrad Zweigert y Hein Kötz (2012), explican que el derecho comparado es el ejercicio de diferenciación entre los sistemas legales del mundo, con el objetivo de percibir la forma y formación de las diversas instituciones del derecho que pueden encontrarse en los distintos sistemas, además ofrecer la posibilidad de obtener un sentido unitario de lo que es la justicia.

Básicamente, la idea es hacer la comparación de los sistemas jurídicos de países varios, por medio de ejercicios de *macro-comparación* y *micro-comparación*.

La macro-comparación en un sistema jurídico, se verifica por el análisis del formato de gobierno que tiene, la formación de su legislación, el estudio de la conformación del poder judicial, así como la formación de los juristas profesionales.⁷

La micro-comparación tratará de establecer las particularidades de una institución jurídica concreta en contraposición de su presencia en dos sistemas; por ejemplo, la regulación del homicidio en dos países, o en los subsistemas que existan en un mismo país, pensando en el fuero federal y en el fuero local como es el caso de nuestro sistema jurídico mexicano (Zweigert y Kötz, 2012: 5-6).

En la tarea de identificación de las diferencias entre los diversos sistemas jurídicas, se hace una agrupación, categorizándolos en “familias”. Aunque existen algunas divergencias entre la propuesta de la conformación de las familias, es por lo regular el identificar a la familia que tiene como base de su conformación al derecho romano,⁸ y que se identifica como *familia jurídica romana*, así como la que tiene su origen en el *Common Law*, y que se le denomina *familia jurídica angloamericana*.

Esta división tiene una profunda importancia para reconocer el formato de argumentación que se ocupa en los sistemas que pertenecen a alguna de estas familias.

La reflexión tiene cabida con relación a la clasificación de los autores de la TAJ propuesta por Manuel Atienza; se puede mirar una serie de autores que son referentes hacia los sistemas de la familia del *Common Law*. Pero para efectos de este trabajo, es necesario rescatar algunos autores que podemos identificar con la familia jurídica romana, y que en nuestra opinión son representativos para el sistema jurídico mexicano por esta identidad que tenemos como familia jurídica.

1.3.1. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza

Si bien es cierto que Manuel Atienza no ha construido una TAJ como tal, en sus obras ha establecido diversas ideas en torno al tema que vislumbra, o como él mismo lo señala, un

⁷ Al respecto ver la misma obra de Zweigert y Kötz, así como el trabajo de LAN ARREDONDO, Arturo Jaime (2017) *Sistemas Jurídicos*, Ciudad de México: Oxford University Press, Capítulo 1. Terminología y método.

⁸ Respecto de esas variantes, ver Zweigert y Kötz (2012: 71-330).

“proyecto de una Teoría de la Argumentación Jurídica” (2003: 203), donde ha señalado que deberá considerar el objeto, método y su función.

Respecto del objeto, señala que debe tener un alcance general, es decir, deberá considerar los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, la elaboración de la dogmática y “la producción del derecho” (Atienza, 2003: 205).

Toda TAJ debe de contar con un método, el cual permita representar el proceso real del razonamiento, lo que conlleva a la falta de un procedimiento que permita mostrar como fundamentan sus decisiones los operadores jurídicos. Al efecto, presenta el siguiente modelo para el proceso de argumentación:

- Identificación y análisis del problema;
- Propuesta de una solución;
- Comprobación y revisión de la solución;
- Redacción del texto: etapa fundamental de la argumentación, organizando el discurso

en:

- *Exordium*: identifica el problema;
- *Narratio*: se precisan los hechos;
- *Divisio*: división de los puntos;
- *Argumentatio*: ofrecimiento y refutación de los argumentos;
- *Peroratio*: recapitulación de los argumentos, se apela a la emoción o sentimientos del

auditorio (Atienza, 2013: 649).

De acuerdo con Atienza, la TAJ deberá cumplir tres funciones:

- Teórica o cognoscitiva: la contribución de la TAJ al desarrollo de disciplinas jurídicas y no jurídicas, así como la práctica de argumentar.

- Práctica o técnica: la TAJ debe “ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho”, para ofrecer un método o para reconstruir el

proceso de argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección (Atienza, 2003: 217).

- Política o moral: la TAJ deberá comprometerse con una ideología política o moral más crítica del derecho.

1.3.2. Argumentación jurídica de Javier Ezquiaga

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas ha realizado importantes investigaciones y aportaciones respecto a la formación y función de los principios respecto a la argumentación jurídica; para tal efecto, estudia las sentencias emitidas por parte del Tribunal Constitucional de España, en su obra *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*.

Ezquiaga señala que el problema de la argumentación surge de la existencia de principios constitucionales y principios generales del derecho, que puede evitar la creación de una teoría general de los principios.

Dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español, Ezquiaga determina la existencia de una función integradora y una interpretativa, siendo utilizados los principios constitucionales para interpretar la ley.

Señala que cuando existe oposición entre principios, el Tribunal resuelve conforme a la armonización, aplicando así el método de argumentación con principios; sin embargo, su armonización no es absoluta, toda vez que resulta posible detectar en las sentencias una jerarquía en los principios.

Con base en las sentencias emitidas por el Tribunal, establece un orden jerárquico de los principios contenidos en la Constitución Española:

- Principio del Estado social y democrático de derecho.
- Principio de legitimidad democrática.
- Principios de libertad.
- Principio de justicia.

- Principio de igualdad y pluralismo político.
- Principio de seguridad jurídica, etc. (Ezquiaga, 2006).

1.3.3. La teoría de la argumentación de Jaime Cárdenas Gracia

Jaime Cárdenas García afirma alrededor de las distintas posturas de las teorías de la argumentación, que se debe sentar la premisa en el sentido de que la argumentación es determinada por las características de las escuelas jurídicas, y en este sentido, nos evidencia que no existe neutralidad posible, pues el modelo de derecho explica la forma de entenderlo, de justificarlo y de argumentarlo (Cárdenas, 2005).

No obstante, esta disparidad, se puede llegar a una serie de puntos comunes a cualquier teoría de la argumentación jurídica, a saber:

- La extensión del material jurídico.
- El papel del intérprete.
- El concepto que se tenga del derecho en el sentido si es algo más que normas emitidas por el legislador y otros órganos del Estado.
- El rol que desempeña el caso y el ordenamiento en cada interpretación concreta.
- El papel que juegan las perspectivas del intérprete.
- El papel de los derechos humanos y el compromiso que se tenga con ellos.
- La función de las técnicas argumentativas más allá del silogismo formal y los métodos interpretativos tradicionales.
- El significado que se tenga sobre la Constitución y del resto de las fuentes del sistema jurídico.
- La cultura jurídica de los operadores jurídicos.
- El desarrollo institucional desde una perspectiva del Estado de derecho y la democracia.

Estos puntos son torales para identificar la argumentación jurídica que se desarrolla en un lugar y época determinadas, puesto que en sociedades democráticas, pluralistas y heterogéneas, habrá un escenario de argumentación distinto en comparación con las sociedades autoritarias, no pluralistas y homogéneas.

La teoría estándar de la argumentación jurídica descansa en la base conceptual del neoconstitucionalismo, que es una forma contemporánea de comprender el derecho, y que coloca en primera instancia la garantía plena a los derechos fundamentales; hace una distinción entre los materiales normativos, preponderantemente entre reglas y principios, y, en general, son teorías que abandonan el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, adoptando un modelo argumentativo del derecho, y concibe al derecho como argumentación (Cárdenas, 2005).

Para advertir manera gráfica las distinciones entre el neoconstitucionalismo y las teorías positivistas tradicionales, es ilustrativo el siguiente cuadro, de elaboración propia, basado en las reflexiones de Cárdenas Gracia:

Cuadro 2. Distinción entre neoconstitucionalismo y teorías positivistas tradicionales.

Criterios de distinción	Neoconstitucionalismo	Teorías positivistas tradicionales
Extensión del material jurídico	Distinción entre los materiales normativos, preponderantemente entre reglas y principios.	Los principios morales que pueden dar o fundamentar al sistema normativo, dependen de visiones ideológicas previas que casi siempre obedecen a visiones parciales <i>a priori</i> e incompletas de la moral.
Papel que tiene el intérprete (jueces)	Concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico, más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley	El juez tiene que interpretar el derecho a partir de estándares generales inteligibles.
Concepto del derecho	Adopta un modelo argumentativo del derecho, y concibe al derecho como argumentación.	Conciben el derecho a partir de reglas. Una concepción dinámica del derecho que se orienta hacia fines sociales.
Rol desempeñado en el caso y el ordenamiento en cada interpretación concreta	El juez, en cada caso, debe tener en cuenta la Constitución, el ordenamiento y, por supuesto, las exigencias de las circunstancias concretas.	Asignan al juez una dosis más o menos fuerte de discrecionalidad; el juez es un ser humano que presta atención a su tarea social, tomando decisiones que siente como correctas, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural.

Interpretación del conocimiento jurídico	La Constitución y el derecho se interpreta mediante la ponderación, que implica la concordancia práctica entre principios.	Se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa; se trata de averiguar el sentido de la práctica social, se elige la teoría interpretativa que tenga su base en los valores que puedan demostrar a la práctica en cuestión, como “el mejor ejemplo posible” del género al que pertenece.
Importancia de los derechos humanos	Se coloca en primer lugar la garantía plena de los derechos fundamentales.	Tiene aspiración ética del derecho y le señala una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación en los derechos humanos, y de puente entre derecho y moral.
Función de las técnicas argumentativas	Argumentar equivale a justificar.	No se concibe un método argumentativo; se ocupan posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico.
Desarrollo institucional desde una perspectiva del Estado de derecho y la democracia	Concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico, más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.	No hacen ningún esfuerzo por buscar la justificación y el control racional de las decisiones: la interpretación es un hecho empírico que determina significados.
Cultura jurídica de los operadores jurídicos	Interpretación garantista que consiste en ensanchar y maximizar el contenido y sentido de los derechos fundamentales.	Interpretación desde la aplicación del silogismo, la subsunción y los métodos tradicionales del derecho.

De acuerdo con Cárdenas Gracia,

[...] el neoconstitucionalismo supone que la Constitución no es un documento formal, se entiende como la norma jurídica más importante del sistema cuya fuerza normativa obliga a todos y, por eso, todas las autoridades deben aplicarla, motivo por el cual la Constitución no requiere la disposición de ningún acto jurídico para desplegar su fuerza vinculante (Cárdenas, 2005: 98).

En relación con el aplicador de la norma —como es el caso del juez—, debe tener en cuenta la Constitución, el ordenamiento y, por supuesto, las exigencias de las circunstancias concretas; por ende, la interpretación constitucional y la del derecho se hace por medio de la ponderación, la que lleva implícita una concordancia práctica entre principios.

Resumen de capítulo

En resumen, de este capítulo podemos concluir con lo siguiente:

En relación con los niveles epistemológicos del derecho, la epistemología del derecho trata de examinar los factores en virtud de los cuales se da origen al fenómeno del derecho, desde una perspectiva científica de la generación del conocimiento.

Para que la argumentación jurídica tenga cabida, hay que mirarla desde una perspectiva epistemológica ligada al neoconstitucionalismo, y desde aquí el derecho se entiende como un objeto del conocimiento que es tridimensional.

En el primer nivel se advierte el tránsito del iusnaturalismo a la hermenéutica, en donde el trabajo hermenéutico es sobre la justificación jurídica que está en toda legislación *legal*, las razones y argumentos que dan base a una decisión de autoridad.

El segundo nivel está materializado en la importancia de conocer al derecho partiendo de enunciados jurídicos y no al estilo iuspositivista.

En el tercer nivel se ha transitado hacia la configuración de una ciencia autónoma, la sociología jurídica, tal y como propone Ortiz Ortiz, cuyo objeto es ver el fenómeno en la práctica, es decir, en sus causas y efectos: “En suma, importa tanto conocer la eficacia de las normas como la acotación del riesgo a través de las mismas (2014: 15).

En lo relativo al desarrollo de la argumentación, tuvo su referente en la antigua Grecia, con los planteamientos de Aristóteles, y desde ese momento se distingue de la argumentación lógica, puesto que ésta presupone una forma de realización del lenguaje, partiendo de la construcción de razonamientos y la demostración de su validez, no así la argumentación dialéctica, que se refiere a la manera en que una persona se propone ganar la adhesión del otro a través del desarrollo de argumentos o razones a favor de una opinión.

Alrededor de sus trabajos sobre la argumentación, Perelman y Olbrechts-Tyteca tienen interés en diferenciar las nociones de argumentación y demostración, que tienen relación directa con la dialéctica y la lógica, respectivamente; enfatizan el carácter dialógico de la argumentación al tomar en consideración el estudio del auditorio; aluden a las bases para el establecimiento de acuerdos, y desarrollan distintas maneras de estructuración de los argumentos.

Para contestar en este resumen a la interrogante planteada sobre qué significa argumentar jurídicamente, debemos considerar los elementos con los que se construye el concepto de argumentación desde un plano abstracto, que son cuatro, a saber:

1. Es una acción relativa a un lenguaje. Está presente por la necesidad de dar razones.
2. Presupone la existencia de un problema, del cual la respuesta que se otorgue debe tener razones inherentes al tipo de problema de que se trate.
3. Supone un proceso, una actividad, con un producto o resultado de esa actividad. En relación a la actividad, es todo lo que tiene lugar entre el plantear el problema y la solución del mismo; como un resultado, en una argumentación se distinguen las premisas, la conclusión e inferencia.
4. Es una actividad racional orientada a un fin, y en donde hay criterios para evaluar lo correcto o incorrecto de las proposiciones, la conclusión y la inferencia.

La creación de la norma es la parte medular de la argumentación jurídica para el sistema jurídico mexicano. En el acto de creación, existe la intervención de diversos actores sociales, quienes pactan políticamente su creación y esto de modo eventual puede producir normas contradictorias, caóticas u oscuras.

El operador jurídico es la persona que utiliza la argumentación jurídica, pues en su actividad cotidiana tiene la necesidad de aplicar una regla de comportamiento estatal para disciplinar su conducta o la conducta de otros. A lo que se aspira es que cualquier operador jurídico perito en derecho, obtenga esta competencia argumentativa en su formación académica y en el desempeño de su trabajo.

Por último, y en relación a los fundamentos de la TAJ, hay que señalar su condición de teoría, y por este motivo su finalidad radica en hacer una descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica.

Cuando se habla de la TAJ, hay que establecer criterios para su conceptualización, a partir de los siguientes elementos:

- La argumentación es un componente fundamental del derecho.
- La mayoría de los problemas que interesan a la argumentación jurídica, se refiere a los problemas de interpretación normativa.

Como teoría, la TAJ tiene una dualidad, al ser descriptiva y prescriptiva, e incluso normativa.

Desde una perspectiva descriptiva, el objeto de la TAJ es el describir las decisiones judiciales vistas como un fenómeno social, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.

No puede hablarse de una teoría única que explique suficientemente la TAJ, y para hacer más cómodo su estudio, se ha dividido en dos momentos la exposición de la misma: la de los precursores y la de quienes realizaron la elaboración de una teoría estándar.

La teoría estándar de la argumentación jurídica descansa sobre el concepto del neoconstitucionalismo, que es la forma contemporánea de comprender el derecho, que coloca en primera instancia la garantía plena de los derechos fundamentales, realizando una distinción entre los materiales normativos —preponderantemente entre principios y reglas—, con teorías que adoptan un modelo argumentativo del derecho, concibiéndolo como argumentación.

Para una mayor comprensión gráfica de los elementos comunes y distintivos de las concepciones varias de la TAJ, se presenta el siguiente cuadro comparativo de elaboración propia en la página posterior:

Cuadro 3. Elementos comunes y distintivos de las concepciones varias de la TAJ.

	Theodor Viehweg	Chaim Perelman	Stephen E. Toulmin	Robert Alexy	Manuel Atienza	Javier Ezquiaga
Definición (problema lógico)	Consideraba inviable la creación de un lenguaje jurídico práctico.	Contrapone los argumentos lógicos deductivos o demostrativos a los retóricos	Se opone a hacer de la lógica una ciencia formal, sino una lógica operativa o aplicada (working logic).	La argumentación jurídica debe mirarse como un fragmento del discurso práctico general.	Falta de un procedimiento que permita mostrar cómo los operadores jurídicos fundamentan sus decisiones.	Principios constitucionales y principios generales del derecho pueden evitar la creación de una teoría general de los principios.
Contexto sociológico	Establece el interés que tiene para la práctica jurídica en la reflexión retórica, así como la contraposición de la lógica y la retórica.	Plantea una concepción de argumentación coherente con el concepto de argumentación dialéctica.	Propone una lógica operativa construida a partir del modelo del Derecho.	La argumentación jurídica que se define a partir de reglas que no son lógico-formales.	Desarrolla un Proyecto de una Teoría de Argumentación Jurídica	Establece el orden jerárquico de los principios
Ético	La legitimación de los tópicos se realiza por la aceptación.	Argumentación como proceso en el que todos los elementos interaccionan de forma constante. Auditorio Universal y particular	El derecho representa un foro para argumentar sobre distintas versiones de un hecho	Considera al discurso jurídico como un discurso moral.	Reformula el método de argumentación.	Argumentos que invocan los jueces cuando apelan un principio.
Político	La jurisprudencia se va a determinar en base al problema.	Elaboración de argumentos que convengan a un auditorio universal (comprensión de sus argumentos)	Pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría.	los argumentos jurídicos nacen en la sede jurisdiccional.	Considera los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, la elaboración de la dogmática y "la producción del derecho".	Los jueces solucionan conflictos entre principios mediante la armonización.
Teleológico	Señalar la tónica jurídica como instrumento de la argumentación jurídica.	Los argumentos del juzgador van dirigidos a un auditorio específico.	Ofrecer una guía para el ejercicio práctico de la argumentación	Las reglas determinan los límites del discurso practico general,	Elaborar una Teoría de la Argumentación Jurídica que pueda ser evaluada	Establecer un orden jerárquico de los principios contenidos en la Constitución Española
Axiológico	Señaló la existencia de los tópicos de primer y segundo grado.	Alude a las bases para el establecimiento de acuerdos; y desarrolla distintas maneras de estructuración de los argumentos.	Establece un modelo de análisis de los argumentos, estableciendo las partes que lo integran: razones; garantía; y respaldo.	Establece la reglas del discurso practico general: reglas fundamentales; de la razón; sobre la carga de la argumentación; las formas de los argumentos; de fundamentación; y de transición.	Su proyecto de Teoría de la Argumentación Jurídica contempla el objeto, método y función.	Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España determina la existencia de una función integradora y una interpretativa
Práctico	En Derecho las decisiones se determinan a partir de tópicos aceptados como válidos, que se podrán reputar como justos o injustos.	El razonamiento jurídico es la búsqueda de una solución conforme con la ley y además también equitativa, razonable y aceptable	Distingue entre el esquema de la argumentación y las reglas especiales de la argumentación.	Los límites del discurso práctico general se determina por sus reglas	Los jueces deben mostrar las razones que justifiquen su decisión.	Establece un orden jerárquico de los principios contenidos en la Constitución Española