

## LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA NECESIDAD DE SU APLICACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

Carlos Alberto MACEDONIO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de teoría de la argumentación jurídica*. III. *El surgimiento de la teoría de la argumentación jurídica*. IV. *La teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman*. V. *La teoría de la argumentación jurídica en Stephen Toulmin*. VI. *La teoría estándar de la argumentación jurídica de Neil MacCormick*. VII. *La teoría de la argumentación de Robert Alexy*. VIII. *Las reflexiones de Serafín Ortiz Ortiz sobre la argumentación jurídica en México*. IX. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho resulta bastante complejo, pues debe definirse en cuanto al factor social, político, económico o cultural, sin menoscabo del desarrollo de la ciencias sociales, tarea nada fácil si analizamos la evolución del derecho mismo, pero no desde una sola perspectiva o nivel epistemológico, sino de los tres niveles que han sido reconstruidos a partir de la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale; por eso, el derecho tiene una función y fin distinto en la actualidad, aunado a su vinculación con la teoría de la argumentación jurídica.

Jürgen Habermas considera que para la argumentación jurídica “el derecho es visto como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones

---

\* Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, maestro en Derecho Penal y doctor en Derecho por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

jurídicas”,<sup>1</sup> de tal manera, Rojas Amandi señala que “considerando como base criterios de validez que se expresan en la antinomia jurídico-antijurídico, se permiten obtener argumentos que sirven de fundamento a la autoridad y abogados para justificar sus decisiones o pretensiones”.<sup>2</sup>

Por lo anterior, resulta importante determinar para nuestro análisis, primeramente ¿qué es la teoría de la argumentación jurídica? y, desde luego, hacer un recuento muy breve de las principales corrientes de pensamiento que han construido esta rama del conocimiento filosófico pero que tiene una aplicación práctica, porque ha evolucionado precisamente para la solución de problemas reales.<sup>3</sup>

## II. EL CONCEPTO DE TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El concepto de teoría de la argumentación jurídica ha sido entendido desde distintos enfoques, pero ¿qué se entiende por “argumentar”? Jaime Cárdenas Gracia considera que, para algunos, “argumentar es una actividad lingüística y, un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a esas premisas de un razonamiento, y quien define el argumento como una relación entre premisas y la conclusión”.<sup>4</sup>

Rojas Amandi indica en su obra *Argumentación jurídica* que los términos *argūū*, *argumento* y *argumentación*, etimológicamente, comparten la misma raíz de las palabras latinas *argentum* o *argentino*, cuyo núcleo semántico es: *resplandor*, *brillo*, *blancura*, por lo cual considera que esa es precisamente la función de la actividad argumentativa: aclarar las cosas, ayudarlas a que reluzcan.<sup>5</sup> En opinión de Rojas Amandi, un argumento es “una razón empleada para fundamentar la verdad o falsedad de una afirmación que aparece dudosa, a la que conocemos como tesis”.<sup>6</sup>

Manuel Atienza considera que la teoría tiene como objeto de reflexión, obviamente, “las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos.

<sup>1</sup> Citado por Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2011, p. 52.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> La argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuentas cuando empezó a rechazarse la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. *Idem*.

<sup>4</sup> Cárdenas Gracias, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010, pp. 20 y 21.

<sup>5</sup> Rojas Amandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 15.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 16.

El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el segundo es el de la aplicación de las normas jurídicas para resolver casos concretos, el último ámbito se encuentra en la dogmática jurídica”.<sup>7</sup>

Atienza concibe a la argumentación como formal, material y pragmática, la primera es característica de la lógica, por ello, se entiende a la argumentación jurídica como una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones, de tal manera, “un argumento es un encadenamiento de proposiciones puestas de tal manera que una de ellas sigue a otras”.<sup>8</sup> La concepción material de la argumentación para Atienza, se preocupa “no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo, sino a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento”.<sup>9</sup>

De tal manera, Atienza señala que “la concepción pragmática considera a la argumentación como una interacción lingüística, que se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento del uno sobre el otro”.<sup>10</sup>

Por su parte, Robert Alexy indica que hay “distintas formas de discusiones jurídicas, discusiones que a su vez pueden dividirse en subcategorías, pero el aspecto más importante es que se argumenta jurídicamente”,<sup>11</sup> debiendo establecerse como un punto de diferencia entre la argumentación jurídica y la argumentación en general que la primera tiene vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al derecho vigente.<sup>12</sup>

Para el doctor Serafín Ortiz Ortiz, la argumentación jurídica

Es la actividad oral o escrita que formula razonamientos, con la pretensión de construir argumentos para lograr la convicción y aceptación tanto de los implicados en la controversia judicial como en el foro jurídico, para lo cual es imprescindible producir justificaciones argumentativas en la búsqueda del consenso de la decisión jurídica en una sociedad democrática en el marco de un Estado constitucional de derecho.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2008, pp. 1 y 2.

<sup>8</sup> Citado por Ortiz Ortiz, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014, p. 113.

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>11</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra, 2017, p. 293.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>13</sup> Ortiz Ortiz, Serafín, *op. cit.*, p. 111.

### III. EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Durante la Edad Media y el Renacimiento, la dialéctica y la retórica de Aristóteles tuvieron su auge; paradójicamente, con la Edad Moderna, donde predominó el racionalismo y el empirismo en la filosofía, la retórica, fue considerada una especie de técnica de estilística, esto se debió más que nada a que la verdad fue considerada fruto de una evidencia racional o sensible.<sup>14</sup>

El auge de los medios de comunicación de masas y de la vida democrática de los países justifica los esfuerzos para rehabilitar la retórica clásica como arte de persuasión, pues la retórica que perduró durante los siglos XVII al XIX fue la equivalente a la retórica de Aristóteles, la cual se relacionaba con la formación de la opinión, pero reducida a manual de estilo o técnica expositiva. La retórica quedó reducida antes de su resurgimiento actual, a un arte de la expresión, sin interés filosófico.<sup>15</sup>

Theodor Viehweg en su obra *Tópica y filosofía del derecho* trata de establecer la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica, partiendo en un principio de la dogmática para aproximar a la teoría del derecho un nuevo concepto y las sugerencias que en su opinión conllevarían a establecer una ciencia completa del derecho.<sup>16</sup>

Para Viehweg la dogmática jurídica es “una opinión racionalizada, un pensamiento inmanente, cuya estructura está constituida por un dogma fundamental o varios dogmas fundamentales conciliables entre sí, pero cualquier dogmática desaparece cuando dejan de ser sostenidos o se vuelven confusos e inseguros, en ese caso, la dogmática se disuelve”.<sup>17</sup>

Por otro lado, la filosofía del derecho participa en el surgimiento de la teoría del derecho, pues, una teoría de ese tipo presupone necesariamente ideas jurídico-filosóficas y también experimentos mentales. De ahí deriva el hecho de que la filosofía del derecho resulta una teoría que, en tanto fundamental, posibilita la dogmática jurídica, pero, no obstante esa situación, la filosofía del derecho, después que de ella ha surgido una teoría del derecho, continúa en investigación y, al hacerlo, se convierte en objeto de investigación.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Perelman, Chaim y Olbrechtz-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 7 y 8.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 15.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

Las ideas de Viehweg se refieren a un concepto de la teoría del derecho en un viejo sentido, en donde se buscaba la justicia, pero sostiene Viehweg que existe un nuevo sentido de tal teoría, a la cual no le interesa el problema de la justicia, sino que lo desplaza a un segundo término. Tiene una actitud escéptica con respecto a la justicia.<sup>19</sup> La nueva concepción de la teoría del derecho parte de fenómenos jurídicos por averiguar su estructura desde el punto de vista lógico o sociológico o en ambos aspectos.<sup>20</sup> La teoría jurídica estudia entonces no sólo relaciones lógicas sino, sobre todo, las relaciones entre las normas jurídicas y el comportamiento humano.

Pero es, sin duda, Chaim Perelman quien redescubre la retórica en su obra *Sobre la justicia*, en donde constata que no se puede explicar la regla de la justicia ni las normas jurídicas o morales en términos de la lógica jurídica, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad.<sup>21</sup> En la referida obra, Perelman, analizando el problema de la justicia, determina la inadecuación de la lógica de la demostración, al mundo de los valores y la necesidad de abordar éstos con otra lógica, y es ahí donde surge el encuentro de Perelman con la retórica de Aristóteles.

La nueva retórica de Perelman pretende, entonces, rehabilitar la retórica clásica menospreciada durante la Edad Moderna como sugestión o artificio literario, para ello toma distinción de Aristóteles entre lógica como ciencia de la demostración y dialéctica y retórica como ciencias de lo probable, o sea, de la argumentación.<sup>22</sup> La retórica, de esta manera, forma parte de la filosofía, ya que no contiene demostraciones sino argumentaciones; la diferencia entre la filosofía y la retórica deviene en lo siguiente: “Mientras que la argumentación retórica va siempre dirigida a un auditorio concreto y particular, al que pretender persuadir, la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal y universal, al que intenta «convencer»”.<sup>23</sup>

Para Perelman, a la nueva retórica o teoría de la argumentación le interesa, más que las proposiciones, la adhesión, con intensidad variable del auditorio a ellas. Esta nueva retórica es más que una forma de elocuencia o

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> No obstante que Teodor Viehweg señala que es una nueva concepción de la teoría del derecho, reconoce en su referido obra, que la “nueva teoría” en realidad tuvo su raíz en el pensamiento de Bentham e inclusive de Austin. *Ibidem*, p. 23.

<sup>21</sup> Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, p. 14.

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Idem.* La ciencia siempre se basa en lo evidente, en premisas verdaderas y necesarias, en pruebas irrefutables y racionales, la filosofía y la retórica se replantean siempre los problemas desde el comienzo aportando pruebas solamente probables, razonables, preferibles, que han de ser aceptadas responsablemente.

forma de comunicarse con el auditorio, estudia la estructura de la argumentación, el mecanismo del pensamiento persuasivo, analizando tales escritos. De esta manera, la teoría de la argumentación es más amplia que la antigua retórica.

#### IV. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHAIM PERELMAN

El análisis de las obras de Perelman, específicamente *Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica*, se enfoca en la importancia a la estructura de la argumentación y su vinculación con la retórica y la dialéctica griegas, pero también establece una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado la filosofía occidental de los últimos siglos.<sup>24</sup>

Perelman no niega que la facultad de deliberar y argumentar sea un signo distinto del ser racional, pero se ha olvidado el estudio de los medios de prueba utilizados para obtener adhesión. La teoría de la argumentación para Perelman no puede desarrollarse “si se concibe la prueba como una reducción a la evidencia”.<sup>25</sup> El objeto de su teoría es “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento”.<sup>26</sup>

La teoría de la argumentación propuesta por Perelman, caracteriza en primer lugar las diversas estructuras argumentativas, cuyo análisis debe proceder a cualquier prueba experimental a la que quisiera someter su eficacia. Esta teoría se enfoca no en los razonamientos filosóficos, sino en la lógica, para imitar los métodos que les han dado un impulso, cuando se propuso analizar los medios de prueba efectivamente utilizados por los matemáticos. La lógica formal moderna se ha constituido como el estudio de los medios de demostración empleados en las matemáticas.<sup>27</sup>

Perelman construye su teoría de la argumentación analizando los medios de prueba de los que se sirven las ciencias humanas, el derecho y la filosofía. Para Perelman “toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual”, de tal manera, para que exista argumentación es necesario que, en un mo-

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 34 y 35.

<sup>27</sup> *Idem*.

mento dado, se produzca una comunidad efectiva de personas, es también conveniente que se esté de acuerdo, desde el principio, en la formación de esta comunidad intelectual y, después, en el hecho de debatir juntos en una cuestión determinada.<sup>28</sup>

Para argumentar, señala Perelman, es preciso en efecto atribuir un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su concurso mental. Por lo tanto, una distinción apreciada, a veces, es la de ser una persona con la que se llega a discutir.<sup>29</sup> El auditorio para Perelman es, desde el punto de vista retórico, “el conjunto de aquellos en quienes el orador debe influir con su argumentación”.<sup>30</sup>

El auditorio puede ser variable, de tal manera, puede ser infinito, pero también puede existir un auditorio particular; Perelman llama persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular y denomina convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón.<sup>31</sup>

La nueva retórica de Perelman consiste en una teoría de la argumentación jurídica, que complementa la teoría de la demostración objeto de la lógica formal. La ciencia se basa en la razón teórica, con sus categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo; la retórica, la dialéctica y la filosofía se basan en la razón práctica, con sus categorías de lo verosímil y la decisión razonable y su método argumentativo justificativo. De esta manera, Perelman considera que es posible aplicar la razón al mundo de los valores, de las normas de la acción, esto constituye una oposición al irracionalismo como al dogmatismo racionalista.<sup>32</sup>

### 1. *El auditorio universal para Perelman*

Para Perelman y Olbrechts, toda argumentación orientada hacia un auditorio determinado tiene como inconveniente el hecho de que el orador, en la medida en que se adapta a las opiniones de los oyentes, se expone a basarse en tesis que son extrañas o incluso totalmente opuestas a las que admiten otras personas a las que se dirige el propio orador. De esta forma, la argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector de un carácter apremiante de las razones aducidas de su evidencia, de

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 14.

su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas.<sup>33</sup>

El objetivo de la argumentación es provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento; una argumentación eficaz es la que consigue aumentar esta intensidad de adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención) o, al menos, que cree en ellos una predisposición que se manifiesta en el momento oportuno.<sup>34</sup>

### 2. *Las clases de argumentos desde la perspectiva de Perelman y Olbrechts*

Perelman y Olbrechts consideran que el discurso es un acto que, como todo acto, puede ser objeto de una reflexión por parte del oyente. Mientras el orador argumenta, el oyente se sentirá inclinado a argumentar espontáneamente, con el fin de adoptar una postura. El oyente que percibe los argumentos no sólo puede comprenderlos a su manera, sino que además es el autor de nuevos argumentos espontáneos. Teniendo en cuenta esta superposición de argumentación, se llegará a explicar lo mejor posible el efecto práctico, efectivo, de la argumentación.<sup>35</sup>

Perelman y Olbrechts analizaron los argumentos cuasi lógicos, los cuales se comprenden lo mejor posible aproximándose al pensamiento formal, y los argumentos basados en la estructura de lo real que se presentan conformes a la naturaleza misma de las cosas.

### 3. *Los argumentos cuasilógicos*

Son aquellos que pretenden cierta forma de convicción en la medida que se presentan como comparables a razonamientos formales, lógicos o matemáticos. Sólo un esfuerzo de reducción o de precisión, de naturaleza no formal, permite dar a estos argumentos una apariencia demostrativa, por eso se les denomina precisamente cuasi lógicos. Las características son

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72. El auditorio universal, para Perelman, lo constituye cada uno a partir de lo que se sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene consciencia. Así, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 298-300.



el esquema formal en cuya semejanza se construye el argumento y, luego, las operaciones de reducción que permiten insertar los datos en dicho esquema y que tienden a hacerlos comparables, semejante, homogéneos.

Lo que distingue a la argumentación cuasi lógica es su carácter no formal y el esfuerzo de pensamiento que necesita su reducción a lo formal. Esta argumentación se presentará de forma más o menos explícita; unas veces el orador designará los razonamientos formales a los que se refiere, prevaleciéndose del prestigio del pensamiento lógico, otras, dichos razonamientos sólo consistirán en una trama subyacente.<sup>36</sup>

La crítica de un argumento tenderá a pretender que la que tiene delante le compete a la lógica. La acusación de cometer una falta de lógica es, a menudo, una argumentación cuasi lógica<sup>37</sup>. Entre los argumentos cuasi lógicos, están aquellos que apelan estructuras lógicas (contradicción, identidad total o parcial, transitividad), también aquellos que recurren a relaciones matemáticas (relación de la parte, con el todo, de lo menor con lo mayor, relación de frecuencia).<sup>38</sup>

#### 4. *El ridículo y su papel en la argumentación*

Una afirmación es ridícula en cuanto entra en conflicto, sin justificación alguna, con una opinión admitida, es ridículo quien peca contra la lógica o se equivoca en el enunciado de los hechos, con la condición de que no se le considere un alienado o un ser al que ningún acto amenazaría con descalificarlo porque no disfruta del más mínimo crédito. El ridículo “desempeña en la argumentación, un papel análogo al del absurdo en la demostración, no obstante, se puede arrostrar el ridículo, oponiéndose resueltamente a una regla admitida de manera habitual”.<sup>39</sup>

#### 5. *La regla de la justicia*

La regla de la justicia exige la aplicación de un tratamiento idéntico a seres o a situaciones que se integran en una misma categoría. La racionalidad de esta regla para Perelman y la validez que se le reconoce se relacionan

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 303-305.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 326.

con el principio de inercia, del cual resulta, sobre todo, la importancia que se le concede al precedente.<sup>40</sup>

Perelman y Olbrechts-Tyteca señalan que

la regla de justicia reconoce el valor argumentativo de lo que uno de entre nosotros ha llamado la justicia formal, según la cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera. La justicia formal no precisa, ni cuándo dos objetos forman parte de una misma categoría esencial, ni cuál es el tratamiento que se les ha de dar.<sup>41</sup>

### 6. *Argumentos de reciprocidad*

Estos argumentos pretenden aplicar el mismo tratamiento a dos situaciones que forman pareja. La identificación de las situaciones, necesaria para que sea aplicable la regla de justicia, es aquí indirecta, en el sentido en que se requiere la intervención de la simetría.<sup>42</sup>

En la lógica formal, una relación es simétrica cuando su conversa es idéntica, es decir, cuando se puede afirmar la misma relación entre  $b$  y  $a$  que entre  $a$  y  $b$ , por tanto, puede invertirse el orden del antecedente. Los argumentos de reciprocidad realiza la asimilación de situaciones considerando que ciertas relaciones son simétricas. Esta intervención de la simetría introduce dificultades concretas en la aplicación de la justicia. Pero, por otro lado, la simetría facilita la identificación entre los actos, acontecimientos, de los seres. Porque hace hincapié en un aspecto que parece imponerse con motivo de la simetría resaltada.<sup>43</sup>

### 7. *Argumentos de transitividad*

La transitividad es entendida por Perelman y Olbrechts-Tyteca como “una propiedad de ciertas relaciones que permite pasar de la afirmación de que existe la misma relación entre los términos  $a$  y  $b$  entre los términos  $b$  y  $c$ , a la conclusión de que también existe entre  $a$  y  $c$ ; las relaciones de igualdad,

---

<sup>40</sup> Perelman también considera que la regla de justicia para constituir el fundamento de una demostración rigurosa, los objetos a los cuales se aplica habrían debido ser idénticos, es decir, completamente intercambiables. *Ibidem*, p. 340.

<sup>41</sup> *Ibidem* p. 314.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> *Ibidem* p. 343.

superioridad, inclusión, ascendencia son relaciones transitivas”.<sup>44</sup> La transitividad de una relación autoriza demostraciones en forma, pero cuando la transitividad es cuestionable o cuando su afirmación exige modificaciones, precisiones, el argumento de transitividad es de estructura cuasi lógica.

## V. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE STEPHEN TOULMIN

Para Toulmin, en opinión de Manuel Atienza, la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con cómo los hombres piensan, argumentan e infieren hechos, pero en ningún momento considera que la lógica formal deductiva no pueda trasladarse al campo de la razón práctica; además, indica que la lógica no permite dar cuenta de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito, incluido el de la ciencia.<sup>45</sup> Toulmin considera que, en realidad, el único campo para el que sería adecuada la concepción de la argumentación que maneja la lógica es el de la matemática pura.<sup>46</sup>

El inicio del pensamiento de Toulmin es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros en favor de lo que hacemos, pensamos o decimos, y aun cuando exista una gran variedad de usos del lenguaje, se puede distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El primero se refiere al hecho de que las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos sin necesidad de dar razones adicionales; en cambio, el uso argumentativo supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas.<sup>47</sup>

Toulmin considera que “las situaciones y problemas cambian con respecto a la argumentación de esta manera, el razonamiento cambia en relación con las situaciones y problemáticas, por ello, de esta forma, es posible plantear algunas cuestiones que son comunes”;<sup>48</sup> una de ellas es la de cuál es la estructura de los argumentos, esto es, de qué elementos se componen los elementos, qué funciones cumplen dichos elementos y cómo se relacionan entre sí; otra es la de la fuerza de esos argumentos.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem* p. 353.

<sup>45</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 81.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 83.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> *Idem.*

En opinión de Toulmin, en un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: *la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo*; el primero significa el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación, el segundo se da cuando, al comienzo de la argumentación, un proponente tiene un oponente que le cuestiona su pretensión, en todo caso el proponente tendrá que dar razones a favor de su pretensión; el tercero surge cuando el oponente discute de nuevo los hechos de la pretensión, inclusive en caso de aceptarlos, puede exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión.<sup>50</sup> Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía del argumento.

La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento del que se trate, que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza. Las garantías constituyen, en todo caso, reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; por último, el respaldo se refiere al hecho de que “una garantía para el argumento del proponente no siempre es suficiente, pues en ocasiones será necesario mostrar también que la garantía resulta válida, relevante y con suficiente peso, para ello, el proponente deberá demostrar que su garantía es superior a cualquier otra”.<sup>51</sup>

Toulmin distingue entre argumentos sustanciales y argumentos analíticos, este último, es “aquél argumento sí y sólo sí el respaldo para la garantía que autoriza el paso incluye explícita o implícitamente la información expresada en la conclusión”.<sup>52</sup> Aunque considera Toulmin que la mayor parte de los argumentos que se efectúan en la práctica son argumentos sustanciales, cuya validez no deriva, pues, del hecho de que la conclusión sea más que una explicitación de lo contenido en las premisas.<sup>53</sup>

## VI. LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

La teoría de MacCormick se dice que es integradora porque trata de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa,

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>53</sup> *Idem.*

que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales y que se ubique entre una teoría del derecho ultrarracionalista y una irracionalista.<sup>54</sup>

Todo tipo de argumentación llámese práctica en general como la argumentación jurídica en particular, cumple una función de justificación de acuerdo con MacCormick. Esta función justificatoria está presente inclusive cuando la argumentación tiene como fin la persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados y, tratándose de la argumentación jurídica, si están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes.<sup>55</sup>

MacCormick parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y sitúa su teoría de la argumentación jurídica en la última.<sup>56</sup> Pero lo anterior no significa que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo, es descriptiva. Manuel Atienza señala que la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick “no trata de mostrar bajo que condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino pretende, además que las decisiones jurídicas de hecho se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo”.<sup>57</sup>

### 1. La justificación deductiva de Neil MacCormick

MacCormick considera que, en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son deductivas; sin embargo, advierte que la lógica determina la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal.<sup>58</sup>

Para MacCormick, la justificación deductiva tiene presupuestos y límites; un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido, sin detenerse a pensar en la naturaleza de dicho deber. Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las re-

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>57</sup> MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas por los tribunales de justicia británicos, considerando en lo fundamental, que el modelo puede extenderse a cualquier sistema jurídico. *Idem*.

<sup>58</sup> Al respecto Manuel Atienza señala que “la expresión lógica suele usarse al menos en dos sentidos distintos; en primer lugar, en un sentido técnico (el de la lógica deductiva) el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, con las inferencias. En un segundo sentido, la lógica viene a equivaler a justa”. *Ibidem*, pp. 110 y 111.

glas válidas, lo que significa aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces. Por otro lado, la justificación deductiva tiene sus límites en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas pueden plantear problemas.<sup>59</sup>

MacCormick señala que a los jueces se les pueden presentar tanto casos fáciles como difíciles, para lo cual plantea una división de casos difíciles, según se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica.

Los *problemas de interpretación* para MacCormick existen cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma admite más de una lectura; en cuanto a los *problemas de relevancia* existen cuando se plantean en cierto modo una cuestión previa de interpretación, o sea, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma aplicable al caso. Por su parte, los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor, pues probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado, sino que es un test de coherencia.<sup>60</sup>

Por último, MacCormick señala que los *problemas de calificación o de hechos secundarios* se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.<sup>61</sup>

## 2. La justificación en los casos difíciles de Neil MacCormick

MacCormick se plantea qué significado tiene argumentar jurídicamente cuando no basta la justificación deductiva. Este planteamiento lo realiza en relación con cuestiones normativas. Para esto señala que “justificar una decisión en un caso difícil significa cumplir... con el requisito de universalidad y... que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema”, es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia y en relación con el mundo.<sup>62</sup> Así mismo, MacCormick llama a este requisito

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 112 y 113.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 114 y 115. El requisito de universalidad en opinión de Manuel Atienza “también está implícito en la justificación deductiva, pues exige que para justificar una decisión normativa, se cuenta al menos con una premisa que sea la extensión de una norma general o de un principio”. Atienza también considera que MacCormick “reproduce el es-

*exigencia de justicia formal* que de hecho coincide con *la regla de la justicia formal* de Perelman y en su opinión tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado como sobre todo al futuro.<sup>63</sup>

### 3. *La consistencia y coherencia de la justificación según Neil MacCormick*

Lo manifestado anteriormente en la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick se conoce como justificación de primer nivel, que se conoce en otros términos como justificación interna, y el problema que se presenta es cómo justificar la elección de una u otra norma general, lo cual da lugar a una justificación de segundo nivel (o justificación externa).

MacCormick distingue entre *coherencia normativa* y *coherencia narrativa*. Una serie de normas, o una norma, es “coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria”.<sup>64</sup> La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad al permitir considerar a las normas no aisladamente, como conjuntos dotados de sentido, y porque promueve la certeza del derecho.<sup>65</sup>

La coherencia narrativa suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas, considerando Atienza que ese test justifica que se asuman unas creencias y se rechacen otras, en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional.<sup>66</sup>

Para MacCormick, en la idea de coherencia (coherencia normativa) se basan dos tipos de argumentos que tienen una función importante en la

---

quema de argumentación de Toulmin a favor de una pretensión o conclusión, pues hay que aducir no sólo razones concretas, sino también la garantía que permite el paso de las razones a la conclusión”. *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 115.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> Citado por Atienza, Manuel, *op. cit.*, p.118.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>66</sup> *Idem.* Atienza considera que la coherencia normativa se trata de una justificación formalista y relativa al igual, que la coherencia narrativa a través del test, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones engañosas. Pero así como tienen cierto paralelismo, también tienen una diferencia: la coherencia narrativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él; mientras que en la coherencia normativa no hay que pensar en la existencia de algún tipo de verdad última, objetiva independiente de los hombres.

resolución de casos difíciles: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. Estos principios se caracterizan, primero, porque son normas generales las que hacen que tengan una función explicativa; en segundo, porque tienen un valor positivo, lo que hace que tengan una función de justificación.<sup>67</sup> De tal manera, la diferencia entre las reglas y los principios radica en que las primeras tienden a asegurar un fin valioso, algún modelo general de conducta deseable; los principios, por su parte, expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta.<sup>68</sup> Considera MacCormick que en la justificación de una decisión en los casos difíciles lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios y argumentos consecuencialistas, lo que resulta decisivo son los argumentos consecuencialistas, es decir, la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista.<sup>69</sup>

## VII. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY

En opinión de Manuel Atienza e Isabel Espejo, traductores de la obra *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy, el desarrollo de esta teoría tiene como “fin común, el de construir modelos de racionalidad que sirvan como guía para la toma de decisiones jurídicas”.<sup>70</sup> Los mismos traductores se refieren a Neumann, en el sentido de que éste señala que las teorías de la argumentación jurídica

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>68</sup> En opinión de Manuel Atienza, los principios se consideran necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, también señala Atienza que “los argumentos por analogía poseen también ese mismo carácter inconcluyente, pues argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas”. La analogía no sería más “que un supuesto de uso no explícito de principios. La analogía presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen en razones de principio”. *Idem*.

<sup>69</sup> Para determinar que es una consecuencia y consecuencialismo, Atienza señala que es menester distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo unos y otros resultado. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él. Mientras que los argumentos *consecuencialistas* son, en general, hipotéticos, pero no *probabilistas*. A este tipo de consecuencias le denomina MacCormick consecuencias jurídicas. *Ibidem*, pp. 122-124.

<sup>70</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra, 2017, p. 19.



se sitúan en el punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo; su problema fundamental, el de cómo fundamentar las decisiones jurídicas, es un problema que no se ha planteado desde las otras concepciones: para unos, los deterministas, porque sería innecesario hacerlo; para otros, los decisionistas, porque sería imposible.<sup>71</sup>

La tesis central de Alexy es que “la argumentación jurídica debe considerarse, en todas sus instancias, como un caso especial del discurso práctico racional, del discurso moral”.<sup>72</sup> Alexy considera que hay tipos de discusiones jurídicas que son distintas; no es lo mismo una discusión de la ciencia jurídica, por ejemplo, de la deliberación de los jueces entre juristas, o sobre problemas jurídicos en que aparezcan argumentos jurídicos.<sup>73</sup> Las diferencias entre estas formas de discusiones, que a su vez pueden dividirse en muchas subcategorías, son varias; pero también existe una semejanza, un aspecto común consiste en que en todas las formas se argumentan jurídicamente. De esta manera, Alexy señala “que la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera determinarse al Derecho vigente”.<sup>74</sup>

El núcleo central de la tesis del caso especial consiste en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas sean más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente pueden ser racionalmente fundamentadas.<sup>75</sup>

### 1. *Los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica de Robert Alexy*

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones judiciales. Los dos aspectos que distinguen esta justificación son: la justificación interna y la justificación externa. En la primera, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; en la segunda justificación, el objeto es la corrección de estas premisas.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 21. En el prólogo de la obra de Robert Alexy, Manuel Atienza señala que esa es la tesis central de Alexy, después de analizar la obra y referir que la misma tiene ideas propias y ajenas, sobre todo, las ideas de Jürgen Habermas, que es la principal fuente de su teoría.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>76</sup> *Idem.*

En la justificación interna, los problemas ligados con ésta han sido discutidos bajo el rótulo de silogismo jurídico, pero ahora se aplican los métodos de la lógica moderna.<sup>77</sup> Las formas de la justificación interna no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hechos por los órganos decisorios. Hay que distinguir entre el proceso de descubrimiento y el proceso de justificación.<sup>78</sup>

En la justificación externa, su objeto es la fundamentación las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Distinguiéndose: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados ni reglas de derecho positivo.<sup>79</sup>

De acuerdo con Robert Alexy, los diferentes tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico, en la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de la ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso; para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados ni reglas de derecho positivo, sirve lo que puede designarse como argumentación jurídica.<sup>80</sup> Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa las clasifica Alexy en seis grupos: “reglas y formas de interpretación, de la argumentación dogmática, del uso de precedentes, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos”. Señalando Alexy que si uno quisiera se podría designar estos grupos con una sola palabra: ley, dogmática, precedente; razón, empirie y formas especiales de argumentos jurídicos.<sup>81</sup>

## 2. La fórmula del peso de Robert Alexy

Afirma Alexy que existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: *la subsunción y la ponderación*; sin embargo, mientras la subsunción ha sido investigada, la ponderación tiene muchas preguntas que responder. Existen tres problemas básicos en cuanto a la ponderación: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos proble-

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 218 y 219.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 220.

mas existen vínculos estrechos, por ejemplo, la legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Por su parte, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad, el problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, un problema central de la ponderación en el derecho.<sup>82</sup>

Robert Alexy delimita una diferenciación entre principio y regla, para el efecto de la ponderación, señala que “las reglas son normalmente relatos objetivos, descriptivos de determinadas conductas y aplicables a un conjunto delimitado de situaciones”.<sup>83</sup> De ofrecerse la hipótesis prevista en su relato, la regla se debe incluir, por el mecanismo tradicional de la subsunción; se encuadran entonces los hechos en la previsión abstracta y se deduce una conclusión.<sup>84</sup>

Los principios, por su parte, predeterminan la realidad con un mayor grado de abstracción, no especifican la conducta que tiene que ser seguida y se aplican a un conjunto amplio, a veces indeterminado de situaciones. Los principios frecuentemente entran en tensión dialéctica marcando varias direcciones. Por esta razón, su aplicación requiere de la ponderación: a la vista del caso concreto, el intérprete deberá valorar el peso que cada principio haya de desempeñar en el supuesto, mediante concesiones recíprocas y preservando el máximo de cada uno de ellos en la medida de lo posible.<sup>85</sup>

Para Robert Alexy, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, éstas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas a través de otras, tales como *lex posterior derogat legi priori*<sup>86</sup> o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas. El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> *Cfr.* Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, 2007, p. 5.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 6.

peso específico; en este sentido, Alexy señala que bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro, a esto llama ley de colisión.<sup>87</sup>

La ley de la colisión es importante en su teoría, ya que refleja que los principios, en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia y, en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.<sup>88</sup> Para que la ponderación entre distintos principios siga siendo racional, Alexy formula una ley de ponderación que define como: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>89</sup>

La ley de ponderación puede ser fragmentada en tres etapas: la primera establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio; la segunda etapa establece la importancia de satisfacer el principio opuesto y la tercera establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.<sup>90</sup>

La fórmula del peso es el esquema deductivo del sistema de ponderación a partir del cual se podría inferir la solución correcta. En la fórmula entra en juego el método de ponderación entre dos principios y el peso que determina la aplicación de un principio se infiere de la intensidad de intervención del principio y la importancia del principio en colisión.<sup>91</sup> La fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimiento dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí. La ponderación también está conectada con el discurso; sin él, la ponderación no sería posible.<sup>92</sup>

## VIII. LAS REFLEXIONES DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO

Uno de los pioneros en la argumentación jurídica, el doctor Serafín Ortiz Ortiz, al analizar la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ha señalado que la teoría se construye desde un punto de partida que es el tema interpretativo y, si bien el decisionismo judicial emplea como métodos el ana-

---

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> *Ibidem* p. 7.

<sup>90</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 5.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>92</sup> *Ibidem* p. 10.

lítico y el hermenéutico, el método dogmático se mira como sinónimo de jurisprudencia técnica.<sup>93</sup> De entrada, para el doctor Seraffín esos métodos pueden coexistir y lo más recomendable es que se empleen en el tema de la interpretación, porque tiene diversos alcances el método analítico, ya que se basa su premisa en la descomposición del fenómeno en sus partes. En cambio, el método dogmático tiene ciertas reglas, pero sobresale “el significado de conceptos y la construcción teórica, pero también debe emplearse el método de la hermenéutica, que se refiere al enfoque valorativo del derecho”. De tal manera, lo necesario o más recomendable tendría que plantearse como la asunción de los tres métodos de interpretación de las normas.<sup>94</sup>

La argumentación dogmática es la segunda regla en lo que se refiere a la argumentación jurídica; la primera “es un esfuerzo de síntesis, es una idea didáctica que se refiere a la ciencia. La argumentación jurídica se nutre de la ciencia del derecho, en forma particular de la doctrina, para que el juez pueda soportar una decisión con elementos científicos”.<sup>95</sup>

La tercera regla es el uso del precedente y se refiere específicamente a la jurisprudencia, la cual en nuestro país es imprescindible porque es obligatoria. Por ello, “las decisiones judiciales deben tener un referente en la jurisprudencia. Y el uso del precedente sirve para darle consistencia a la primera. La jurisprudencia constituye una vía de interpretación que solventa los problemas de las lagunas legales”.<sup>96</sup>

Por último, el doctor Seraffín Ortiz señala que las reglas de la argumentación jurídica recorriendo estas tres expectativas, “cimientan piezas en el argumentista y desde luego en la argumentación”.<sup>97</sup> La argumentación jurídica se construye entonces para “casos difíciles, más allá de los ejercicios de subsunción”; se piensa entonces en un juez creativo antes que un juez cognoscitivo, en un juez que decide valorando, tomando el precedente, apoyándose en la ciencia y que ha encontrado los métodos para la interpretación adecuada,<sup>98</sup> lo cual debe ser observado en nuestro país, para la justificación necesaria en sus decisiones judiciales, sólo de esta manera tendremos un verdadero respeto a nuestros derechos y estaremos ante un Estado constitucional de derecho.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> Ortiz Ortiz, Seraffín, *op. cit.*, p. 106.

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>99</sup> *Idem.*

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 3a. ed., Lima, Palestra Editores, 2017.
- ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014.
- PERELMAN, Chaim y OLBRECHTZ-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2011.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.