

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT



SISTEMA DE BIBLIOTECAS

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

**LA REGLA DE INFERENCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA
SENTENCIA CONSTITUCIONAL**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
LICENCIADO CARLOS RUVALCABA QUINTERO**

**DIRECTOR DE TESIS:
DOCTOR AGUSTÍN ARCINIEGA PONCE**

TEPIC, NAYARIT, JUNIO DE 2016.

LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.

LA REGLA DE INFERENCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA
CONSTITUCIONAL

DEDICATORIA

A mi papá, a quien le debo las bases estructurales de mi pensamiento;

A mi madre, a quien debo lo que soy, como condición de origen;

A mi esposa y mis hijos, que son el motor de todas mis acciones;

A mis hermanos, que han sido parte de mi sustento en diferentes etapas de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma de Nayarit, que me abrió las puertas a un nuevo mundo y a descubrir que éste es uno de tantos que existen en uno mismo.

A la coordinación de maestría, por el esfuerzo que brindan día con día para que la investigación y la docencia emprenda nuevos caminos.

Al Dr. Agustín Arciniega Ponce, que me permitió vislumbrar nuevos caminos dentro de la presente investigación.

LA ARGUMENTACION CONSTITUCIONAL

LA REGLA DE INFERENCIA EN LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I. LA CONDICIÓN INICIAL COMO EL ORIGEN DE LA ARGUMENTACIÓN.	
1. El sujeto como objeto de estudio de la decisión constitucional. Entre el libre albedrío y el determinismo.....	1
2. Libre albedrío.....	5
3. Determinismo.....	20
3.1. Estructura del pensamiento de John R. Searle.....	24
3.1.1. Dirección de ajuste.....	24
3.1.2. La causación eficiente.....	31
3.1.3. El fenómeno de la brecha.....	31
3.2. El principio de causalidad.....	36
3.3. El determinismo como su propio obstáculo.....	37
3.4. El determinismo psíquico.....	41
3.4.1. El psicologismo o apriorismo subjetivo u objetivo.....	46
3.5. Determinismo estructural.....	49
3.5.1. La razón suficiente de Leibniz.....	60
3.5.2. Hauser y la mente moral.....	62
3.5.3. El psicoanálisis. El inconsciente: estructura del determinismo.....	71
3.5.4. La mecánica cuántica como analogía del determinismo.....	76
3.5.5. El yo como imagen y proyección del determinismo.....	81
3.5.6. El sentido Común y los paradigmas.....	93
3.5.6.1. El sentido común.....	93
3.5.6.2. Los paradigmas.....	94
3.6. Algunas consideraciones de las estructuras cognitivas.....	96
3.7. La silla, su concepto y función.....	112
4. Conclusiones.....	119
CAPÍTULO II. ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN.	
1. Conceptos generales.....	123
1.1. Concepción general de argumentación.....	123
1.2. Argumento.....	136
1.2.1. Argumentos inductivos y deductivos.....	141
1.3. La argumentación Jurídica.....	142
2. Composición del argumento.....	154
2.1. Las oraciones.....	156

2.2. Los enunciados.....	157
2.2.1. Enunciados normativos.....	163
2.2.2. Enunciados prescriptivos.....	163
2.2.3. Enunciados descriptivos.....	164
2.2.4. Enunciados empíricos y demostrativos.....	165
2.2.5. Enunciados teóricos e hipotéticos.....	168
2.2.6. Enunciados jurídicos.....	169
2.2.7. Principios y reglas.....	171
2.2.8. Enunciados declarativos o semánticos.....	177
2.3. Las proposiciones.....	181
2.3.1. Proposiciones compuestas.....	184
2.3.2. Proposiciones disyuntivas o alternativas.....	184
2.3.3. Proposiciones hipotéticas o condicionales.....	185
2.3.4. Proposiciones normativas.....	185
3. Estructura de la argumentación.....	191
3.1. Argumentación.....	191
3.2. Demostración.....	193
3.3. Persuadir y convencer.....	195

CAPÍTULO III. PERSPECTIVAS CIENTÍFICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

1. Theodor Viehweg: Tópica y jurisprudencia.....	201
1.1. La tópica.....	203
1.2. Clasificación de las proposiciones.....	207
2. Perelman: Tratado de la argumentación; la nueva retórica.....	209
2.1. El proceso de argumentación.....	211
2.1.1. Demostración y argumentación.....	212
2.1.2. La expresión de la argumentación.....	216
2.2. Técnicas argumentativas.....	224
2.2.1. Procedimientos que permiten evitar una incompatibilidad.....	227
2.2.2. Técnicas orientadas a presentar tesis compatibles o incompatibles.....	229
2.2.3. La regla de justicia.....	230
2.2.4. Argumentos de transitividad.....	231
2.2.5. El argumento de dirección.....	231
2.2.6. El grupo y sus miembros.....	232
3. Toulmin: Los usos de la argumentación.....	233
3.1. La forma de los argumentos.....	234
3.1.1. Datos y garantías.....	235
3.1.2. Cómo respaldar las garantías.....	237
3.1.3. Ambigüedad del silogismo.....	238
3.1.4. La noción <<premisa universal>>.....	239
3.1.5. La noción de validez formal.....	240
3.1.6. Argumentos analíticos y argumentos sustanciales.....	241
3.1.7. Peculiaridades de los argumentos analíticos.....	246

3.1.8. Algunas distinciones cruciales.....	249
3.1.9. Peligros de la simplicidad.....	250
4. Robert Alexy: Bosquejo de una teoría del discurso práctico racional.....	250
4.1. Fundamentación de proposiciones normativa.....	251
4.1.1. Acto ilucucionario de Austin y el juego del lenguaje de Wittgenstein.....	252
4.1.2. Intuicionismo.....	254
4.1.3. Emotivismo.....	255
4.1.4. El discurso práctico jurídico como caso especial del discurso práctico racional.....	256
4.2. Teorías del discurso posible.....	257
4.3. Fundamentación de las reglas del discurso.....	258
4.3.1. La vía técnica.....	258
4.3.2. La empirica.....	258
4.3.3. La definitoria.....	259
4.3.4. La pragmática-universal.....	259
4.4. Las reglas y formas del discurso práctico general.....	260
4.4.1. Reglas fundamentales.....	260
4.4.1.1. Las reglas lógicas.....	260
4.4.1.2. Regla de sinceridad.....	260
4.4.1.3. Regla de coherencia.....	260
4.4.1.4. Regla de significados y significantes.....	261
4.4.2. Reglas de razón.....	261
4.4.3. Reglas sobre la carga de argumentación.....	262
4.4.4. Las formas de argumentación.....	263
4.4.5. Reglas de fundamentación.....	266
4.4.6. Reglas de transición.....	267
4.5. Los límites del discurso práctico racional.....	268
5. Robert Alexy: Una teoría de la argumentación jurídica.....	268
5.1. Discurso jurídico como caso especial del discurso práctico.....	270
5.1.1. Paso a la teoría de la argumentación.....	272
5.2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica.....	272
5.2.1. Justificación interna.....	272
5.2.2. Justificación externa.....	274
5.2.2.1. Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa.....	274
5.2.2.2. Sobre la argumentación empirica.....	274
5.2.2.3. Los cánones de la interpretación.....	275
5.2.2.4. La argumentación dogmática.....	277
5.2.2.4.1. Enunciados dogmáticos.....	279
5.2.2.4.2. El uso de enunciados dogmáticos.....	280
5.2.2.4.3. Fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos.....	281
5.2.2.4.4. Las funciones de la dogmática.....	281

5.2.2.4.5. La argumentación dogmática es un instrumento del discurso práctico general.....	283
5.2.2.5. Sobre el uso de precedentes.....	283
5.2.2.5.1. La regla de la carga de argumentación.....	283
5.2.2.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica.....	284
5.2.2.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales.....	285
5.2.2.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos en el discurso jurídico.....	285
5.3. Discurso jurídico y discurso práctico general.....	286
5.3.1. El discurso práctico racional aplicado a un caso concreto.....	286

CAPITULO IV. CÓMO DECIDEN LOS JUECES.

1. Cómo deciden los jueces; análisis del método dialectico del razonamiento constitucional; Contradicción de tesis 483/2013: alcances del amparo adhesivo.....	291
1.1. Fuente de la contradicción.....	292
1.2. Problema: Propositiones contradictorias.....	292
2. Planteamiento del debate. Elemento de análisis.....	294
2.1. Planteamiento.....	294
3. Función y concepto del Amparo Adhesivo.....	396
3.1. Elementos prácticos del discurso. Elementos prácticos del discurso. Bases cognitivas para determinar el concepto y la función.....	297
3.2. Identificación de la función del Amparo adhesivo.....	299
3.2.1. Proposición planteada por el proyecto.....	299
3.2.1.1. Observaciones a la participación del ministro Pérez Dayán.....	300
3.2.1.2. Observaciones a la participación del ministro Luis María Aguilar.....	303
3.2.2. Proposición contradictoria a la planteada por el proyecto.....	304
3.2.2.1. Observaciones a la participación del ministro José Fernando Franco González Salas.....	305
3.2.3. Tercera Proposición sustentada por la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.....	306

CAPITULO V. PROYECCIÓN DEL PROCESO DE ARGUMENTACIÓN A MANERA DE CONCLUSIÓN.

1. Las estructuras mentales.....	323
1.1. Estructuras intuitivas.....	324
1.2. Estructuras empíricas.....	324
1.3. Estructuras racionales.....	325
1.4. Estructuras subyacentes.....	326

2. El concepto.....	329
2.1. Contexto de descubrimiento.....	346
2.2. La concepción como base de la toma de decisiones.....	348
2.2.1. Un caso concreto.....	353
2.3. La epistemología de los jueces.....	355
2.4. Concepto y concepción.....	363
2.5. Atribución de funciones.....	365
2.6. Identificación de atributos.....	373
3. Regla de inferencia.....	373
4. Justificación.....	385

BIBLIOGRAFÍA.....	391
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Cuando recibimos una sentencia que nos favorece pocos se dan a la tarea de analizar la argumentación que sirvió de base para dictarla. Sin embargo, cuando dictan una sentencia en contra de nuestras pretensiones, automáticamente se produce un deseo de conocer las razones que adoptaron para resolver la litis en cuestión.

Si la sentencia puede ser impugnada a través de algún recurso o medio extraordinario, existe la posibilidad de que esa decisión sea rectificada, o bien, se ratifique confirmando las razones primarias, ya sea reforzándolas o aduciendo otras en ese mismo sentido.

El problema reside cuando la corrección y validez de las sentencias no puede ser modificada, corregida o destruida; entonces, se origina una esfera de injusticia que provoca una disfuncionalidad integral en el sistema, ante una falta sustantiva de certidumbre y seguridad jurídica.

Cuando son casos fáciles cualquier argumento puede ser suficiente para convencer y persuadir. El problema reside cuando el caso deriva de la interpretación de una norma constitucional para aplicarse a un caso concreto, la cual se tiene que dotar de contenido o en un extremo, configurar la propia norma, como sucede con los principios.

Ante ello, se origina una pregunta: ¿Cómo infieren o deducen los ministros de la Suprema Corte el sentido o contenido de un enunciado constitucional?

La certidumbre jurídica establecida en la Constitución se origina por un sistema y un orden preestablecido aparentemente coherente e integral, es decir, basado en el orden de las cosas. Su finalidad no se limita a la identificación de un común denominador, sino a alcanzar cierto grado de fiabilidad, es decir, de conocer previamente los posibles resultados y consecuencias de las relaciones jurídicas.¹

¹ Véase Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, España, 2007, p. 84.

No obstante lo anterior, existe una relativa aceptación de inseguridad jurídica en los fallos de los tribunales, y en base a esto, la misma Corte reconoce que la finalidad de las contradicciones de tesis es brindar seguridad jurídica:

la esencia de la contradicción radica más en la necesidad de dotar al sistema jurisdiccional de seguridad jurídica que en la de comprobar que se reúna una serie de características determinadas en los casos resueltos por los tribunales colegiados de circuito; de ahí que para determinar si existe o no una contradicción de tesis debe analizarse detenidamente cada uno de los procesos interpretativos involucrados -y no tanto los resultados que ellos arrojen- con el objeto de identificar si en algún razonamiento de las respectivas decisiones se tomaron vías de solución distintas -no necesariamente contradictorias en términos lógicos- aunque legales, pues al ejercer el arbitrio judicial pueden existir diferendos, sin que ello signifique haber abandonado la legalidad. Por ello, en las contradicciones de tesis que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está llamada a resolver debe avocarse a reducir al máximo, cuando no a eliminar, ese margen de discrecionalidad creado por la actuación legal y libre de los tribunales contendientes.²

Según la página de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al mes de junio de año dos mil dieciséis existen más de cinco mil doscientas jurisprudencias por contradicción de tesis, por lo que las proposiciones contrarias respecto de la interpretación de una norma obviamente duplica, al menos, ese número.

Las más cinco mil doscientas jurisprudencias por contradicción de tesis no dan cuenta realmente del problema de certeza y seguridad jurídica, pues este número sólo nos dice que existe una jurisprudencia por al menos dos tesis contradictorias; sin embargo, las tesis pueden provocar un número indeterminado de sentencias en tal sentido, e incluso, una jurisprudencia puede determinar el sentido de cientos de miles de sentencias, por lo que existe la probabilidad de que un porcentaje

² Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte Justicia de la Nación, tesis: 1a/123/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, página 123; número de IUS 165076.

considerable de personas en un juicio hayan obtenido un resultado adverso, cuando no lo debían resentir, y otro número igual a favor, cuando no lo debieron obtener.

Luego pues, las contradicciones de tesis más que crear seguridad jurídica demuestran que existe inseguridad en la justicia ordinaria y extraordinaria, en tanto que las tesis por contradicción resuelven a futuro las deficiencias de los órganos, pero no los casos que dan origen a dichas contradicciones, al menos no en los asuntos que representa cada una de las tesis.³ De ahí que resulta necesario discernir la cuestión de si nuestro sistema ordinario y extraordinario tiene como pretensión una regla de validez; y por otro lado, si el modelo de contradicción de tesis tiene como pretensión un proceso de corrección.

La certidumbre y seguridad jurídica pretenden evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad; que el desconocimiento del Derecho de los órganos resolutores pueda ser advertido; que la eficacia normativa y su antítesis sean identificables.

Partiendo de lo anterior, se formuló la siguiente interrogante: ¿Es factible identificar y explicar el origen de las inferencias de las sentencias constitucionales con la teoría de la argumentación jurídica?

Ante esto, la investigación se limitó al aspecto científico, es decir, a verificar si a través de los datos objetivos y la conversión de la data subjetiva se puede obtener una verificación confiable sobre el resultado de una interpretación, o bien, verificar si la solución jurídica ha sido tomada bajo el debido razonamiento.

El Derecho es la manifestación de la experiencia, de la razón y de la intuición; es la proyección de la realidad representada por el pensamiento individual y colectivo: la proyección de la lógica aplicada a casos concretos a través de la historia. Sin embargo, el Derecho no puede establecer todos los supuestos hipotéticos o solución al universo de las relaciones jurídicas, por extensa que sea la producción legislativa, por lo que las sentencias constitucionales no se limitan a verificar si

³ Ver último párrafo de la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

determinado hecho actualiza el contenido de una norma constitucional. El Derecho pues, no se limita a una estructura conformada por elementos puramente legislativos o históricos, luego que el Derecho tenga que ver con un todo.

Cuando una relación jurídica se ubica dentro de la esfera decisoria de una persona, en este caso, un juez, entran en juego un número determinado o indeterminado de variables que lo inducen o inclinan por tomar ciertas decisiones.

Cualquier persona, incluso, antes de nacer, está sujeta a un número determinado de relaciones. Su existencia jurídica, desarrollo social y familiar le conceden diversas capacidades dentro de una esfera más o menos reducida, o bien, en cierto casos, más o menos amplia.

Las primeras relaciones a las que se sujeta la persona son involuntarias, como lo son: la familia, la nacionalidad, el entorno social etc.

Las personas buscan siempre la posibilidad de conocer todas y cada una de las relaciones jurídicas a las que está sujeta; objetivo que se intentó lograr desde una postura positivista sin obtener los resultados esperados.

Ahora bien, la detección o verificación de una condición, cualquiera que esta sea, o bien la identificación de posibles soluciones o respuestas, es posterior a una etapa indispensable de la ciencia, "el qué". Para responder a la interrogante formulada es indispensable conocer el origen y la función de una norma constitucional, y una vez identificado esto, verificar la validez y corrección del resultado de la relación jurídica con sustento directo en la Constitución.

La cuestión se origina por la existencia de sentencias contradictorias, criterios jurídicos divergentes, modificación de criterios y en general, por la incertidumbre que en ocasiones provocan las sentencias constitucionales. El problema reside en determinar, no sólo cuál es el criterio aplicable, sino el razonamiento científico jurídico que produzca la fiabilidad de una u otra sentencia, o bien, del nuevo criterio que se decida adoptar y cómo se procesó tal información.

En los últimos años se han identificado un número importante de decisiones de la Corte que modifican un criterio jurisprudencial. Lo que no se alcanza a advertir es

el error en que incurrió el criterio modificado, las nuevas variables, el error de interpretación, o en su defecto, la ignorancia de los juzgadores.

Las sentencias constitucionales, máxime si constituyen criterios obligatorios o resuelven situaciones jurídicas relevantes, no pueden contener estructuras erráticas, en tanto que en lugar de dar solución definitiva y crear certidumbre, provocan desconfianza en el sistema jurídico y en sus operadores.

El presente trabajo se limita a analizar, al menos, una sentencia constitucional relevante, aunque durante el desarrollo se pretende realizar diversos ejercicios con determinadas consideraciones de las sentencias, así como de alguna norma constitucional específica aplicando la teoría de la argumentación jurídica; y así, verificar si esta teoría puede describir y representar correctamente el mundo de cosas establecida en la sentencia, o bien, en el análisis de una norma constitucional.

Cabe hacer una advertencia para todo este trabajo: cuando se utilice el término "discurso", deberá entenderse en el contexto que se utilice. Si se hace referencia a un discurso jurídico, podemos entender desde un debate entre juristas, como el todo de un proceso judicial, contemplando las etapas que lo conforman.

Los elementos, en ocasiones imperceptibles, que integran una decisión judicial van más allá de una sentencia fundada y motivada, constituyen estructuras principales y subyacentes, por lo que es necesario advertir por qué ciertas sentencias, que incluso integran jurisprudencia en determinado momento, son modificadas posteriormente, sin saber la mutación o evolución en los elementos que la integraron.

Puesto que la práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, el trabajo pretende la comprensión de lo que se necesita, se quiere, se tiene y se pretende a consecuencia de una relación jurídica. Argumentar bien, no sólo es un aspecto técnico, estético o de estilo, de simple claridad y sencillez, sino que, en el sentido práctico, es la vía idónea para acceder a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al Derecho, el trabajo permite identificar las sentencias correctas de las incorrectas, es decir, identificar los errores estructurales, sustanciales y accesorios

de las soluciones jurídicas, así como la identificación de la estructura argumentativa de la sentencia que sirve para dar solución al problema planteado, lo que permitirá formular y crear herramientas de impugnación con sustentos argumentativos sólidos.

El presente trabajo persigue cuatro objetivos principales, a saber:

- I. Identificar la existencia del determinismo en la toma de decisiones.
- II. Identificar si los enunciados y proposiciones forman estructuras o funcionan como estructuras previsibles.
- III. Identificar los conceptos y las principales teorías de la argumentación.
- IV. Identificar la estructura de los argumentos y el origen de la inferencia constitucional en casos difíciles.
- V. Verificar si a través de la teoría de la argumentación es posible validar la corrección del resultado de un caso o la interpretación de norma constitucional.

Bajo estos objetivos, se respondió la pregunta arriba formulada. Concluyo que si es factible identificar y explicar el origen de las inferencias de las sentencias constitucionales, con la teoría de la argumentación jurídica, porque la sentencia se construye con elementos estáticos y dinámicos que crean un complejo estructural en donde residen los fundamentos de la decisión judicial, es decir, porque toda solución contiene una regla de inferencia y está expresada mediante el lenguaje escrito, y este a su vez es la representación del mundo de las cosas; la argumentación racional, es a su vez, la representación del mundo del Derecho constitucional.

Del presente trabajo derivan varias utilidades prácticas, a saber: la primera consiste en poder desarrollar la capacidad de aplicar métodos de identificación de las principales proposiciones (razones) que adoptó el órgano jurisdiccional, y una vez esto, estar en posibilidad de impugnarlas debidamente, atacando la deficiencias o contradicciones de la sentencia, y a su vez, construir un argumento del cual se puedan deducir conclusiones e inferencias lógicas y racionalmente válidas.

La segunda utilidad práctica deriva de dos principales objetos estudiados: uno es el determinismo y el otro la teoría de la argumentación de Perelman. Entender cómo funciona el determinismo y la teoría de Perelman nos ayuda a desarrollar argumentos que contengan elementos para lograr la adhesión del auditorio, porque al fin y al cabo, la sentencia es la proyección del pensamiento del juez, y este contiene estructuras predeterminadas que pueden ser influidas de manera consciente o inconsciente por el tipo de enunciados que se utilicen. Consecuentemente, el juez determina qué es lo más justo, correcto o conveniente, en muchos casos, sin partir de una deducción lógica o inferencia válida, sino desde una condición inicial, que puede ser intuitiva, empírica o racional. Bajo este presupuesto, muchos de los órganos jurisdiccionales constitucionales ajustan su actuación en razón a una condición inicial, consciente o inconscientemente.

Así, los enunciados empíricos pueden convencer por la carga emotiva en unos casos, como lo es cuando se habla de democracia, mujeres, discapacitados, indígenas etc., lo que evidencia cierta predisposición del juez a resolver en un sentido u otro. Sin embargo, algunos jueces no se inclinan por los argumentos estructurados emotivamente, incluso repudian estos enunciados, al estilo que lo hacía Platón con los Sofistas o retóricos de su tiempo.

En otras palabras, como se verá en Perelman y en la sentencia aquí analizada, el Derecho es un juego de persuasión y convencimiento. En razón de ello, el Derecho se ajusta y justifica a tres elementos previamente estructurados de los cuales derivan todos los razonamientos. En estas estructuras se procesa el objeto: la estructura que identifica o asigna funciones; la que asigna o descubre los atributos; y por último, la que forma el concepto.

Como se podrá advertir, el presente trabajo se sujeta a una epistemología que fusiona el iuspositivismo con el iusnaturalismo, como lo es la Teoría de la Argumentación jurídica y algunas herramientas de la filosofía analítica.

Se utiliza a la filosofía analítica como método, y por consecuencia se hace uso de las herramientas de la lógica. El presente trabajo se caracteriza por responder las preguntas aclarando el lenguaje en que son formuladas; para ello, en la mayoría de

los casos se emplean ejemplos del uso de la razón práctica como lo hace la filosofía analítica y Perelman.

Se utilizó el método dialéctico para identificar la argumentación aplicada para resolver la cuestión, principalmente basada en la Teoría de la Argumentación jurídica, aplicando un examen crítico a las percepciones y teorías aparentemente utilizadas en la sentencia analizada en el capítulo quinto, mediante el intercambio de proposiciones y contra-proposiciones; resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final. Una vez esto, se ordenaron los géneros y las especies de los enunciados de la sentencia, para avanzar hacia el desarrollo de conceptos de un mayor grado de racionalidad, que puedan considerarse aplicables al análisis de toda sentencia constitucional.

Respecto de las técnicas, utilice la documental: estudiando los textos existentes que analizan la teoría de la argumentación, la filosofía del conocimiento, las ciencias de las mente como la psicología, neurología etc., y en general todo documento que integre elementos relevantes para el tema, como libros, revistas etc.

Utilice la técnica empírica, como se verá en varios capítulos, mayormente en el primero y cuarto: comparando la construcción de una sentencia constitucional con la teoría de la argumentación, bajo un método dialéctico de argumentación jurídica. Una vez esto, identifique los conectores de cada una de las ideas para analizar cómo se formó cada argumento y su conexión con la totalidad de ellos, para obtener el resultado del sentido de la sentencia, es decir, para abstraer las proposiciones con las que se pretendía representar el pensamiento del objeto o sujeto analizado.

En el capítulo primero se analiza al sujeto como origen de la decisión constitucional. Suponer que no existe relación entre el sujeto y la sentencia constitucional es contradecir el mismo fin de la justicia. El sujeto y el objeto, en este caso la sentencia, es pues, un binomio necesario e inseparable de la decisión. Ninguna puede ser sustancia sin la otra.

Una realidad existe en razón a la relación del sujeto con el objeto, y no a la inversa. El objeto es lo que es por el sujeto, y no por sí mismo. Así pues, podemos decir que

la igualdad es, lo que el sujeto que la proyecta dice que es, pues no existe por sí sola fuera del proceso inteligible de las personas.

Para llegar a estos razonamientos se acudió a diversas teorías y ciencias: la neurología, la psicología en sus diferentes corrientes y submaterias. Se analizaron a los principales filósofos de la introspección, así como a los principales empiristas y racionalistas. Se ordenaron las ideas rompiendo los paradigmas que sujetan el estudio del Derecho a las epistemologías jurídicas, por considerar que eran insuficientes para lograr el objetivo, y ante ello, se revisó, en la medida de mi capacidad, el relativismo, el evolucionismo y la mecánica cuántica para poder entender de manera integral el principio de causalidad que dirige el determinismo.

A efecto de poder entender y aplicar el método para identificar el razonamiento y la decisión, se desarrolló el capítulo segundo, clasificando los elementos que sirven para el análisis de las sentencias, las decisiones, el discurso en general, así como el discurso práctico. En este capítulo, se podrán encontrar los conceptos generales de la argumentación, así como la clasificación de la mayor cantidad de enunciados que existen en un discurso, cualquiera que éste sea.

Se consideró que la descripción de todos los elementos de análisis, como son los enunciados, era insuficiente para entender su alcance, por lo cual se utilizaron enunciados empíricos para lograr una mayor comprensión, es decir, se emplean ejemplos tanto de la vida cotidiana como de los discursos generales y prácticos. Esta última cuestión, se podrá advertir en todo el trabajo, como método fundamental para demostrar la relación entre los enunciados empíricos con los racionales y normativos.

En el capítulo tercero se estudiaron las principales teorías de la argumentación jurídica en la actualidad, utilizando la filosofía analítica de Wittgenstein así como el método para identificar las proposiciones principales de los autores, salvo en el caso de Robert Alexy, en tanto que su trabajo está desarrollado de forma híbrida: es proposicional y descriptivo. Aquí pues, me dedique a entender en la medida de mis posibilidades los alcances de su teoría, siendo la base principal de este trabajo.

En el capítulo cuarto se desarrolla la esfera empírica, a efecto de aplicar los capítulos primero, segundo y tercero al mundo jurídico real donde se proyectan los pensamientos vinculantes de los discursantes con la sociedad, es decir, se aplicaron los elementos de análisis y las teorías revisadas, al estudio y examen de una sentencia constitucional emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 483/2013, respecto del alcance del amparo adhesivo.

La razón para elegir esta sentencia reside principalmente en un elemento, consistente en considerar que no resolvió correctamente el problema, es decir, que ni las tesis que colisionaron contenían la solución, ni tampoco la contiene lo resuelto por el pleno, por lo que es una contradicción de tesis que no interpreta correctamente el enunciado en cuestión; por tanto, la sentencia bajo el criterio imperante es válida, y aunque podría ser correcta, no está sostenido en una proposición verdadera, por lo que se considera que deberá modificarse en un futuro no lejano para adecuarse al sentido real del pensamiento lógico, racional y funcional que se intentó proyectar en la norma constitucional.

El capítulo quinto y último contiene una serie de proyecciones a manera de conclusión, por considerar que la inferencia se basa en la estructura de ese capítulo, lo que denota la posibilidad de identificar y descubrir el origen de la regla de inferencia en la formación del concepto.

El último capítulo debe leerse a la par del capítulo primero, pues si bien el último es una conclusión tanto de las teorías como del apartado empírico, también es cierto que dicha estructura se configura realizando una introspección de las teorías planteadas en el capítulo primero, la totalidad de los ejemplos y el caso concreto analizado en el capítulo cuarto, respecto a cómo deciden los jueces.

No obstante ello, en el capítulo quinto se desarrolla detenidamente la estructura que se considera afecta de manera relevante la construcción de la decisión constitucional, como lo es el concepto, que contiene dos subestructuras principales, la asignación o identificación de funciones, y la determinación o identificación de atributos dentro de ese proceso.

Así las cosas, este trabajo se centra en el estudio del pensamiento que produce la decisión constitucional en casos difíciles.

Las sentencias constitucionales son pues, la proyección e introspección del colectivo mayoritario de la Corte, validas, definitivamente, aunque no siempre correctas ni verdaderas.

CAPÍTULO I

LA CONDICIÓN INICIAL COMO ORIGEN DE LA ARGUMENTACIÓN

1. El sujeto como objeto de estudio de la decisión constitucional. Entre el libre albedrío y el determinismo.

Hay dos frases que pueden definir este trabajo, en ellas reside todo el contenido, principio y fin de los presentes pensamientos. La primera es la famosa oración expresada por Wittgenstein: "de lo que no se puede hablar, hay que callar",¹ la segunda, por consecuencia es: nada de lo aquí expuesto, es original.

Si algo hay de verdad en el presente trabajo, concluyo que nada de lo aquí expuesto es original, ni aquí ni en ningún trabajo. No hay ni puede existir el Big bang de las ideas o de los pensamientos. En consecuencia, ninguna concepción jurídica es innata² o independiente de ninguna otra; lógicamente viene precedida o deriva de una cadena material o abstracta, es decir, de un hecho, de un pensamiento o de una impresión precedente,³ transmitida de manera directa o por patrones no evidentes, como una suerte de comunicación invisible.

Pensar a priori que algo está bien o mal, no es producto de la razón, sino de una causalidad.⁴ Incluso, opinar o considerar prima facie que este trabajo es bueno o malo, no es producto de la razón, no obstante que pudiera serlo, sino de un proceso psicológico (proceso cognitivo), consecuencia de los nexos causales mentales del

¹ Véase a Wittgenstein: *Tractatus Logico-Philosophicus*; Proposición 7.

² Locke, John, *Compendio del Ensayo sobre el entendimiento humano*, Traducción de Juan José García Narro y Rogelio Rovira, Alianza, España, 2002, p. 36.

³ En la carta de David Hume a Hugh Blair, en razón de la opinión del primero respecto de la obra de Thomas Reid, y en cuanto a la defensa de que todas nuestras ideas son copiadas de impresiones, le sostiene que: El primero es una invitación a que cualquier persona haga una lista de todas sus ideas y, así, comprobarla que todas y cada una de sus ideas tienen una impresión correspondiente y precedente. En: Reid Thomas, *Investigación de la mente humana, según los principios del sentido común*, Traducción de Ellen Duthie, Trotta, Madrid, 2004, p. 302.

⁴ Hausser, Marc D., *La mente moral*, Traducción de Miguel Candel, Título Original, *Moral Minds*, Paidós, España, 2008, p. 26.

que está leyendo,⁵ es decir, que su pensamiento está condicionado antes de su lectura. En otras palabras, y aunque la siguiente afirmación parezca descabellada, ni siquiera somos dueños de nuestros propios pensamientos. Somos libres sólo de lo puede acontecer, pero no para que las cosas puedan acontecer. Si sólo se nos presentan dos opciones y nos decidimos sobre una de ellas, creemos que el raciocinio y la conciencia tomó libremente esa decisión; pero si reflexionamos sobre las posibilidades y concluimos que nosotros no construimos esas dos posibilidades, sino que sólo decidiremos sobre las dos que se nos presentan, entonces, realmente ni siquiera somos libres respecto de esa última decisión, porque viene precedida de ciertas condiciones que provocarán que la persona se inclina por una u otra opción. En épocas primitivas cualquier ser humano ante la disyuntiva de escoger entre una manzana y una piedra, escogería la primera, porque satisface su condición inicial, incluso si fuera una piedra preciosa.

Spinoza nos dice que "se llamará libre aquella cosa que existe por la sola necesidad de su naturaleza y es determinada a obrar por sí sola; será necesaria, más bien forzosa, aquella cosa que es determinada por otra a existir y producir algún efecto en una condición cierta y determinada."⁶

Thomas Reid, si bien no es un defensor del libre albedrío, si puede ser, un defensor de que no se puede aceptar el determinismo porque realmente no conocemos cómo funciona el cerebro, ni que es lo que lo motiva. Sugiere a través de su obra que aceptamos ciertas cosas como teorías a pesar de no conocer realmente de lo que estamos hablando, algo en lo que coincide con Searle, cuando refiere que hablamos de la razón sin conocer la mente.

Sabemos que un cuerpo puede actuar sobre otro por presión, percusión, atracción, repulsión y probablemente de otras muchas formas que ni conocemos ni tenemos nombres para expresar. Pero no podemos saber de

⁵ Searle John R., *Creando el mundo social, la estructura de la civilización humana*, Traducción de Juan Bostelmann, PAIDÓS, México, 2010, p. 69.

⁶ Spinoza, *Ética/Tratado teleológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 9.

cuál de estas formas actúan los objetos sobre los órganos de los sentidos cuando los percibimos.⁷

La cuestión ¿qué es argumentar? es el centro de este trabajo, y la regla de inferencia con la cual se forma el argumento, es su médula, en tanto que pareciera que cualquier idea que una persona afirme con cierta fuerza y coherencia entre lo dicho con lo sucedido puede denominarse argumentación. Una persona puede decidir algo, ¿pero qué toma como base para su decisión, cómo se forma esa regla de inferencia?

Manuel Atienza sostiene que: "Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad."⁸

Ante un universo de posibilidades y ante, la también posibilidad y afirmación de que el derecho es una creación artificial,⁹ nos lleva a preguntarnos si esa creación originada en la razón,¹⁰ tiene o pudiera tener bases remotas, distintas al simple razonamiento o la validez del argumento en un espacio y tiempo, es decir, si en efecto la persona crea artificialmente el derecho utilizando el libre albedrío, o bien, si esas funciones o actividades de la razón al resolver o interpretar una norma o principio¹¹ como los enunciados constitucionales, se originan en una estructura de pensamiento determinado que posteriormente simplemente se proyecta o se

⁷ Reid Thomas, *Investigación de la mente humana, según los principios del sentido común*, Traducción de Ellen Duthie, Trotta, Madrid, 2004, p. 248.

⁸ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 1.

⁹ Véase referencia 15 en el prólogo de Eduardo García de Enterría en: Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007, p. 19. No doy por hecho que la totalidad del derecho sea una creación artificial, sino al menos hasta aquí, si las relaciones civiles: patrimonio, bienes etc.

¹⁰ Véase Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 18ª edición, Porrúa, México, 2008, p. 113: "El Derecho es un fenómeno exclusivamente humano" y "el Derecho es un ordenamiento de la razón".

¹¹ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas le dedica un capítulo completo a la argumentación a partir de os principios, sin embargo, de su lectura no se advierte cómo el Tribunal constitucional español deduce la existencia o infiere el contenido de un principio a partir de una norma constitucional u ordinaria, como si la declaración de que "de un enunciado constitucional se deduce o contiene un principio" fuera suficiente aceptarlo como verdadero. En: *La Argumentación en la justicia constitucional*, Editorial GRULEY, Perú, 2013, pp. 97-118.

manifiesta. ¿Cómo es posible entonces, que clasifiquemos, por ejemplo, a los ministros de la Suprema Corte en un ala liberal y otra conservadora?¹² ¿Acaso el razonamiento que utilizan está determinado por condiciones iniciales? ¿Cómo es que se origina una inferencia constitucional? ¿De dónde se infiere que una mujer pueda acceder al aborto, o bien que no lo pueda hacer? ¿Cómo se deduce que una persona tiene el derecho de acceder al uso de la marihuana? ¿Cómo se infieren los conceptos de las libertades específicas a partir de conceptos generales? ¿Dónde se origina la regla de inferencia? ¿En realidad se originan en dispositivos normativas, como leyes, tratados internacionales o constituciones?

Richard Posner analiza las posturas liberales y conservadores¹³ de los jueces constitucionales de Estados Unidos de América, y dentro de su análisis contempla aquellas posturas psicológicas, por ejemplo, que calificaban a los prejuicios raciales como desajustes psicológicos, o bien, el hecho de que alguien fuera un formalista jurídico evidenciaba un retraso mental.

Interesante resulta la conclusión a la que llegaron Adorno, Allport y Frank, citados por Posner, en que el deducían que la formación de una personalidad autoritaria en la niñez predisponía a la persona para realizar interpretaciones flexibles del Derecho, o adaptarse a condiciones cambiantes de la sociedad. A los autoritarios les desagradaba el desorden y temen la ausencia de control, así como las relaciones de familia que no se ajustan a la idea convencional. Posner nos dice, que los autoritarios son pro-gobierno, contrario a los liberales, entre otras cosas. Ya desde Aristóteles se analizaba los rasgos de los caracteres y cómo influyen tanto en los hijos como en la fortuna.¹⁴ No podrían ser diferente los rasgos fundamentales de los jueces al momento de hacer manifiestos sus caracteres, máxime si se encuentran en una relación supra-subordinación, y no sometido al mando o a sus propias necesidades. Cuando la persona deja de estar sometido a intereses o instintos

¹² Véase Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 32ª edición, Porrúa, México 2008, p. 84: Solemos dividir a los sujetos en humanos honestos y simvergencias, formales e informales, en laboriosos y haraganes, en serio y frívolos.

¹³ Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marc al Pont, Madrid, 2011, pp. 115-125.

¹⁴ Aristóteles, *Arte Poética/Arte Retórica*, 4ª edición, Porrúa, México, 2008, pp. 166-167.

ajenos, se siente libre, y la ilusión de libertad produce a su vez una ilusión de poder, de independencia, donde se concibe su propia forma de pensamiento como la ideal, correcta y conveniente, por considerar que en él mismo se demuestra dicha eficacia. Y dentro de la ilusión de poder o de riqueza se producen la mayor cantidad de manifestaciones virtuosas o decadentes a gran escala.¹⁵ Dificilmente verá a usted, al hombre más humilde ser un tirano. El hombre rico y poderoso es tirano o humilde porque puede serlo, entonces aquí la humildad es un carácter, contrario como le sucede al pobre, que es una circunstancia. Se es humilde porque se es, o porque no hay forma de no serlo.

2. Libre albedrío.

La tesis del libre albedrío sostiene que algunas acciones no van precedidas de condiciones causales suficientes.¹⁶ Esta tesis establece que "el curso del pensamiento y de la volición es o puede ser dirigido por el propio individuo, sin tener en cuenta influencias externas ni (según algunos) la constitución interna o psíquica."¹⁷ Taruffo, por ejemplo, niega algún valor atendible a las teorías psicológicas de la motivación judicial como base de las decisiones judiciales, incluso, les niega el carácter de teorías y las califica como posturas.¹⁸

Un considerable estudio presenta Schopenhauer respecto de la causalidad, en la que concluye que el acto voluntario es tomado en un tiempo y un espacio, fuera del dominio de la razón:

Igualmente, todo acto aislado de voluntad de un individuo consciente (el cual sólo es manifestación de la voluntad como cosa en sí) acusa necesariamente un motivo sin el cual el acto no se produciría; pero así como la causa material

¹⁵ Aristóteles, *Arte Poética/Arte Retórica*, 4ª edición, Porrúa, México, 2008, pp. 167-168.

¹⁶ Searle, John, *Libertad y neurobiología*, Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político, Trad. Miguel Candel, Paidós, España, 2004, p. 40 y 41.

¹⁷ Diccionario de psicología, editor Howard C. Warren, traducción de E. Imaz A. Alatorres y L. Alaminos, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 99.

¹⁸ Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdoba Vianello, Trotta-TEPJA, Madrid, 2011, p. 105 y 106.

no contiene más que la determinación de que en tal momento, en tal lugar y en tal materia debe aparecer una manifestación de esta o aquella fuerza natural, el motivo no determina tampoco más que el acto voluntario de un sujeto que conoce en un momento, lugar o circunstancia determinado y para cada acto en particular, pero no la volición de este individuo en general, ni siquiera de un modo determinado, esto es, la manifestación de su carácter inteligible, el cual como la voluntad misma, la cosa en sí, carece de causa por estar situada fuera del dominio del principio de razón.¹⁹

Los indeterministas, nos dice Recasens Siches

Se pronuncian en favor de la existencia del libre albedrío. Consideran que el hombre es, por así decirlo, dueño de su propia conducta. Entienden que puede decidir por sí libremente, sin hallarse sometido a forzosidades ineludibles, la ruta del comportamiento. Entienden que el obrar humano no se halla determinado por un complejo de causas inexorables.²⁰

Recasens identificada varios elementos en los indeterministas para sostener esa postura: tres momentos temporales, un antes, un mediante y un después, como datos perceptibles de la realidad que se mantienen evidentes siempre en la persona. En el momento posterior, la persona formula y percibe la realidad de la consecuencia del acto y el estímulo que le causa: satisfacción o remordimiento; lo que evidencia el procesamiento de los datos por la conciencia.²¹

Hawking, sostiene que pareciera que el Derecho sigue el principio de indeterminación de la mecánica cuántica

que declara que no es posible medir juntamente y con gran precisión tanto la posición como la velocidad de una partícula; cuanto más exactamente mide uno la posición, menos exactamente puede medir la velocidad y viceversa. Esta indeterminación no es tan importante en el momento presente, cuando

¹⁹ Schopenhauer, Arturo, *El mundo como voluntad y representación*, traducción de Eduardo Ovejero y Mayry, 9ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 176.

²⁰ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 32ª edición, Porrúa, México 2008, p. 83.

²¹ *Ibid.*, p. 84.

las cosas se hallan tan separadas que una pequeña indeterminación en la posición no supone una gran diferencia. Pero en el universo muy primitivo todo estaba muy próximo, así que la indeterminación era considerable y el universo presentaba diversos estados posibles. Éstos habrían de evolucionar hasta construir toda una familia de diferentes historias del universo. En sus características a gran escala, la mayoría de estas historias serían semejantes y corresponderían a un universo uniforme y terso, que se hallara en expansión, pero diferirían en detalles con la distribución de las estrellas y, aún más, en las portadas de las revistas (si esas historias contenían revistas). La complejidad del universo que nos rodea y sus detalles surgieron pues, del principio de indeterminación en las etapas primitivas, lo que proporciona al universo una familia de historias posibles.²²

Lo anterior es parte del capítulo denominado por Stephen Hawking: ¿Se halla todo determinado? En páginas precedentes al texto transcrito, Hawking afirma que la conducta humana no puede ser predeterminada. Esto, porque existe libre albedrío, luego que supone que si todo estuviese determinado nadie podría ser castigado por haber cometido un delito.

La única prueba objetiva que un organismo posee libre albedrío es que no se pueda predecir su conducta. En el caso de los seres humanos, somos del todo incapaces de utilizar las leyes fundamentales para predecir lo que harán las personas, por dos razones. Primera: no podemos resolver las ecuaciones dado el enorme número de partículas que intervienen. Segunda: aunque

²² Hawking, Stephen, *Agujeros Negros y otros pequeños universos*, 1 edición, Editorial Crítica, México, 2014, p. 170.

consiguiéramos resolverlas, el hecho de formular una predicción perturbaría el sistema²³ y podría conducir a un resultado diferente.²⁴

La afirmación (estructura del pensamiento) anterior, pareciera ser el origen en el que se basa el positivismo jurídico,²⁵ luego que sienta las bases para verificar que las decisiones jurídicas deben sostenerse únicamente en la norma emitida por autoridad legítima,²⁶ sin tomar en cuenta cuestiones diversas, ante el temor histórico de que los jueces ejerzan su capacidad decisoria o que los ciudadanos obedezcan la ley sustentados en ejercicios morales, naturales o personales,²⁷ o bien, de forma simplemente arbitraria, evitando revestir al juez con los atributos de legislador del caso concreto, transitando de esta manera en el paso lógico²⁸evolutivo, en la que el positivismo es una guía base del funcionamiento de las decisiones jurisdiccionales.

Pero ¿no podría ser que ese indeterminismo jurídico²⁹ se deba a que la ciencia del Derecho esté en ese universo primitivo al que Hawking se refiere?

²³ En efecto cualquier ciencia de la conducta perturba los hechos, quien se conoce así mismo tiene la capacidad de advertir inconsistencias de su conducta y de los demás. Esto sucede porque al investigar se descubre y se modifica la estructura de aquello que se analiza: Umberto Eco nos dice que "la investigación semiótica no se parece a la navegación en la que la estela del barco desaparece tan pronto como ha pasado la nave, sino a las exploraciones por tierra, en las que las huellas de los vehículos y de los pasos, y los senderos trazados para atravesar un bosque, interviene para modificar el propio paisaje y desde ese momento forman parte integrante del é, como variaciones ecológicas." En Eco, Umberto, Tratado de semiología general, traducción de Carlos Manzano, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2013, p. 53.

²⁴ Hawking, Stephen, Agujeros Negros y otros pequeños universos, op. cit. p. 178 .

²⁵ Al decir esto, sostengo que el positivismo se origina porque considera que la Regla de inferencia solo puede sustentarse en el raciocinio que se origina, a su vez, de una Regla emitida por una autoridad legítima.

²⁶ Véase Kelsen Hans Teoría pura del Derecho, Traducción de Roberto J. Vernengo, 16ª edición, Porrúa, México, 2009, pp.201-208; También García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 63ª edición, Porrúa, México, 2011, pp. 40-48. Para una mejor comprensión: "la validez objetiva o intrínseca", "vigencia o validez en sentido formal", y la "positividad o vigencia" en: Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, 18ª edición, Porrúa, México, 2008, p. 118-120

²⁷ Bentham sostiene "en que los fundamentos de un sistema jurídico no se deben buscar en ningún teoría moral o justificativa, sino que son adecuadamente descritos en los términos moral y valorativamente neutros de un hábito general de obediencia a un legislador soberano." En H.L.A. Hart, Law in the Perspective of Philosophy, en: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 147; citado por La decisión judicial, El debate H. L. A. Hart - Ronald Dworkin; estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 23.

²⁸ Véase Ródenas, Ángeles, Razonamiento judicial y reglas, 1ª edición, Fontamara, México, 2000, pp. 115-117.

²⁹ Con esto no me refiero a la falta de seguridad o certeza jurídica, aunque en la interpretación de principios y normas constitucionales en ocasiones pareciera prevalecer debido a la falta de contenido y a su alto nivel y calidad de abstracto.

Hawking, en su libro "Brevisima historia del tiempo" para responder a la interrogante de que una teoría unificadora tampoco significaría la existencia de un determinismo nos dice que:

La única respuesta que puedo dar a este problema está basada en el principio de Darwin de la selección natural. La idea es que, en cada población de organismos que se autorreproducen, habrá variaciones en el material genético y en la educación de los diferentes individuos. Esas diferencias harán que algunos de estos individuos sean más capaces que otros de obtener conclusiones correctas sobre el mundo que nos rodea y de actuar en consecuencia.³⁰

Esta conclusión definitivamente encuadra en la teoría evolucionista que aquí se describe, no obstante que el mismo Hawking niegue en parte el determinismo.

Villoro Toranzo en un breve párrafo, aunque no se advierte algún proceso de demostración alguna, nos habla de la existencia de

Un nuevo concepto del ser, el concepto cuantitativo-mecanicista –o, si se quiere dinámico-causal- reemplaza el tradicional concepto cualitativo-eidético. Importará más conocer el *quantum* –la cantidad- que el *quale* –la calidad esencial- de los seres, las fuerzas y medidas aplicables a todos los seres independientemente de su esencia que las propiedades distintivas resultantes de la misma. Se ordenarán consiguientemente los seres en virtud de su dinamismo causal, y ya no en razón de ser la calidad de sus esencias. El mundo sensible es considerado como un acontecer regulado por fuerzas cuánticas (tales como la energía, la gravedad, la atracción de los cuerpos) que discurren por causas rigurosamente necesarios. La Física absorbe a la Metafísica; y absorbe también a la teología y a la ética, puesto que la gran máquina del mundo marcha por sí sola ahora.³¹

³⁰ Hawking, Stephen, y Mlodinow, Leonard, *Brevisima Historia del tiempo*, Editorial Planeta, versión pocket, México, 2015, p. 23.

³¹ Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Porrúa, México, 2006, p. 131.

Villoro Toranzo concluye que

Todo pensador parte de una cosmovisión propia y la mayor parte de los elementos de esa cosmovisión los recibe de la cultura de su tiempo, de su nación, de su clase social, de sus experiencias personales. Cultura, nación, clase social, experiencias personales, son formas diferentes por las que la historia moldea a los hombres y a su pensamiento. Pero la relación entre la historia y el hombre no sólo va en un solo sentido; es más bien interrelación correlativa: los hombres también influyen en la historia. El influjo humano es la historia ciertamente es omnipotente; se dé dentro de un abanico, más o menos abierto pero siempre limitado, de posibilidades. Hay, por lo tanto, un movimiento que da desde la inmanencia lógica del pensamiento y desde la libertad de selección de posibilidades, hacia los pensamientos de los otros individuos, hacia la cultura, hacia la transformación de la vida y de las estructuras sociales. Ni racionalismo absolutizador de la mente y libertad humana, ni determinismo materialista que degrada la razón y a la libertad como meros epifenómenos de las realidades materiales de la historia, sino realismo humanista, que reconoce al hombre por lo que es, un ser inmerso y formado en el mundo, que trata de entender ese mundo y que, en forma limitada, influye en él con sus decisiones racionales y libres.³²

Roger Bartra deduce una serie de proposiciones que alientan la postura indeterminista-deliberacional, que consiste principalmente en las siguientes proposiciones: a) que el espacio social no puede reducirse a una serie de emociones y razones, porque dentro de la sociedad se mezclan e interrelacionan un número indeterminado de elementos cuya naturaleza no puede reducirse a lo emocional o racional; b) que la sociedad se integra por conciencias individuales con poderes causales, que se apoyan en la emociones, que a su vez impulsan a decisiones reflexivas y deliberativas, esto último puede ser racional o irracional, ya que sus consecuencias pueden ser social e individualmente dañinas, por lo que; c) denota "la existencia de actos voluntarios que no están completamente

³² Ibid. pp. 460-461.

determinados por causas anteriores suficientes, aunque si se encuentran influidos por ellas; d) la conciencia es la causa originaria de la decisión, es indeterminismo y deliberación, pero no es azar; e) la conciencia es una articulación es el resultado del binomio cerebro-sociedad; f) este binomio produce actos no determinados pero tampoco azarosos: si bien no son determinados, tampoco se puede identificar una determinación causal.³³

De lo sostenido por Bartra se puede advertir la existencia de una negación del determinismo de la acción, aunque cabe cierto grado de duda, de si se pudiera calificar de determinismo estructural: en la que la decisión se adopta al recorrer varios estadios o estructuras, sin que necesariamente exista una relación lineal entre el efecto y la causa. Ello lleva a concluir que una persona o un grupo de personas podrían tener decisiones iguales ante circunstancias y tiempos diversos, o bien distintas ante circunstancias iguales,³⁴ lo que nos llevaría a inferir una inexistencia del determinismo por el efecto, aunque no necesariamente la negación de un determinismo estructural. Lo anterior equivale a que una persona tenga al menos tres asesores: racional, empírico, intuitivo. Cuando se presente un problema acude a cada uno de ellos, pero no en una sola ocasión, sino que su acceso es contante: cada vez que se presenta un problema, recorre o acude a esos asesores, y va tomando de ellos ciertos elementos hasta formar su decisión. Cabe la interrogante de cuál de esos asesores tiene más influencia o puede suministrar más datos, o incluso producir un mayor grado de satisfacción.

La decisión en un inicio es un espacio vacío, que se va llenando con los datos que le suministran los asesores (estadios o esferas) existentes. Locke sostiene que las ideas provienen de dos orígenes, la sensación y la reflexión: la sensación provoca una serie de percepciones como los colores, lo dulce o lo amargo; mientras que la

³³ Bartra, Roger, *Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª edición, FCE, México, 2014, pp. 208-210.

³⁴ Richard Posner nos dice que: "Nada es más común que el hecho de que, a partir de la misma información, diferentes personas con competencia semejante a la hora de razonar lleguen a tener, sin embargo, creencias diferentes." Para visualizar lo anterior, el autor emplea los disturbios organizados por los estudiantes en protesta contra la guerra de Vietnam como ejemplo. En: Posner, Richard, A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011. P. 115.

reflexión "provoca ideas de pensar, querer, razonar etc.; "...además de lo que los sentidos envían a la mente, o de las ideas de sus propias operaciones sobre aquellas que hemos recibido de la sensación, no tenemos ya ninguna idea."³⁵ Cuando existe indecisión, es porque no existe la suficiente suministración de datos, y la conciencia recorre esas esferas o a sus asesores cuantas veces sea necesario para llenar los vacíos. Incluso si se encuentra llena recorre de nuevo las esferas para buscar un dato distinto. Puede que el vacío se llene, y aun así, debido a la influencia de otros factores como el Ego, la esfera que mayormente llena el vacío no produce la satisfacción buscada, y la conciencia continúa recorriendo y alimentándose hasta encontrar los datos que satisfagan el sentido de la solución que se pretende adoptar.

Bartra nos dice que

El filósofo John Searle comprende que la experiencia de la libertad contiene al mismo tiempo indeterminismo y deliberación (o racionalidad). Y cuando busca en la naturaleza alguna forma de indeterminismo, la encuentra –como había hecho Tagore mucho antes- en la mecánica cuántica. Su hipótesis es que la conciencia es una manifestación del indeterminismo cuántico.³⁶

Lo anterior es concurrente con la <<causalidad>> estudiada por los sociólogos. Abelardo Pithod al exponer las ideas tanto de físicos como de sociólogos deduce que éstos formulan afirmaciones en cuanto a que

la causalidad no es ajena a este nivel de conocimiento: Galtung expresa que "...muy bien puede ser que el concepto de "causalidad" esté en vías de desaparecer de los análisis de los sociólogos y sea reemplazado por proposiciones que indican relaciones funcionales "cuando X aumenta también aumenta Y"...³⁷

Interesante postura introduce Dworkin en esta discusión:

³⁵ Locke, John, Compendio del Ensayo sobre el entendimiento humano, op. cit., p. 36 y 37.

³⁶ Bartra, Roger, Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío, op. cit., p. 210.

³⁷ Pithod, Abelardo, Epistemología de las ciencias sociales y humanas, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010, p. 98.

Considero que el "determinismo" sostiene que todas esas decisiones, tanto reflexivas como irreflexivas, están íntegramente determinadas por procesos y sucesos que las preceden y están al margen del control del decisor. El "epifenomenismo" niega más: niega que las decisiones aparezcan siquiera en la cadena causal que termina en movimientos de los nervios y los músculos. Supone que la sensación interna de haber decidido hacer algo es solo un efecto secundario de los sucesos físicos y biológicos que realmente produjeron el comportamiento decidido. Los epifenomenistas estiman, por ejemplo, que la serie de sucesos físicos que culminaron en mi escritura de la última palabra de esta oración comenzó antes de que se decidiera en los hechos qué palabra mecanografiar asiduamente. Dicha serie se inició mientras yo todavía estaba —o eso creía— vacilante en cuanto a qué palabras elegir. Si toda decisión consciente no es más que un efecto secundario, la parte de mí, sea cual fuere, que forma esa decisión, ya la llamemos "voluntad" o le demos algún otro nombre, difícilmente podrá hacerse cargo de lo que sucede. Es solo el fraude de Oz, que tira de palancas y hace surgir penachos de vapor sin eficacia alguna.

Tanto el determinismo como el epifenomenismo puede ser verdaderos: no soy competente para juzgar ni uno ni otro como teorías científicas. Pero no se ha demostrado la verdad de ninguno de los dos. Todo es posible. ... Lo mejor será que nuestros nietos estén listos para cualquier cosa.³⁸

Dworkin al analizar al determinismo incompatible,³⁹ insiste en que las premisas del propio determinismo se destruyen por sí solas:

Algunos abogados y criminólogos insisten en que debemos dejar de lado el derecho penal tradicional, con su aparato de culpabilidad y castigo, y sustituirlo por un tratamiento terapéutico, porque las personas nunca son responsables

³⁸ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, FCE, 1ª edición, México, 2014, p. 272 y 273.

³⁹ *Ibid.*, p. 276: analiza las posturas filosóficas respecto del libre albedrío divididas en dos campos: "Los compatibilistas creen que la plena responsabilidad de juicio es compatible con el determinismo, y los incompatibilistas creen que no lo es."

de lo que hacen. Se contradicen. Si nadie tiene nunca responsabilidad de juicio, los funcionarios que tratan a los delincuentes acusados como responsables de sus acciones no son responsables de las suyas propias y, por consiguiente, es incorrecto acusarlos de actuar injustamente.⁴⁰

Hay todavía una dificultad más. Si el determinismo hace desaparecer nuestra responsabilidad de juicio, también hace desaparecer nuestra responsabilidad intelectual.⁴¹

Dworkin continúa diciendo que las personas para ser responsables, primero, deben comprender la concepción real del mundo y las consecuencias de sus actos; y segundo, tener la posibilidad de tomar decisiones con base en la personalidad normativa, como lo son sus deseos, preferencias, convicciones etc.⁴² Respecto a esto, me parece que la reflexión del autor realmente no es contraria al determinismo, pese a que él lo considere así. Esto, porque analiza la responsabilidad desde una etapa tardía del condicionamiento de la persona, es decir, cuando la afluencia de estructuras se ha construido, como él mismo lo dice, la personalidad normativa, luego que el condicionamiento al que se refiere el determinismo se desarrolla en etapas previas a la creación de la personalidad normativa, como se verá en los apartados de estructuras subyacentes, en la de atribución de funciones o la concepción de orden y función de las cosas, y en la concepción de las cosas.⁴³

Para desvirtuar el determinismo y la causalidad Dworkin formula la siguiente interrogante a manera de contra-argumento

Parece extraño suponer que somos responsables de algunas de nuestras decisiones pero no de otras, aunque nadie puede decir cuáles. Si aceptamos, no obstante, el principio causal, ¿cómo se supone que nos autocritiquemos,

⁴⁰ *Ibid.*, p. 278.

⁴¹ *Ibid.*, p. 279.

⁴² *Ibid.*, p.280-286.

⁴³ Me refiero a la concepción de los hechos en el mundo, y a los hechos como cosas o al mundo de las cosas como hechos, en el sentido que se refiere en: Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Lógicos-Philosophicus*; Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1922. Proposiciones: 1.1, 1.11, 1.13, 1.2: El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas; El mundo está determinado por los hechos, y por ser todos los hechos: los hechos en el espacio lógico son el mundo; el mundo se divide en hechos.

incluso después de haber actuado? No podemos siquiera pensar que somos probablemente responsables del daño que hemos causado. O que probablemente no lo somos.⁴⁴

Como se dijo antes, Dworkin no distingue entre las etapas en la que se forman el condicionamiento y la responsabilidad, sino que lo ve como un todo, luego que el determinismo no significa que la persona no sea responsable de sus actos, en tanto que la persona los conoce y los realiza de manera consciente, incluso los puede controlar, por supuesto que, incluso, el grado de posibilidad de control está en cierto grado determinado, así como la posibilidad de cambiar el curso de un proceso, tal y como lo sostenía David Hume.

Hume reconoció que la libertad de actuar puede cambiar el curso de un proceso, pero no debido a que ella se encuentra fuera del encadenamiento de causas y efectos, por el contrario, si se entiende a la libertad como una muestra de las "determinaciones de la voluntad", ella es precisamente la base por la que es posible definir la responsabilidad de los actos punibles o premiados del hombre.⁴⁵

Para explicar lo anterior, imaginemos a una persona que violenta por primera vez a su pareja: pide perdón, se arrepiente, se siente avergonzado. Tiempo después realiza la misma conducta, incluso con mayor grado de violencia. Cualquiera podría decir que el sujeto no estaba realmente arrepentido etc., etc. ¿De qué es responsable esta persona? Es responsable de las consecuencias de sus actos, pero no lo es, de los impulsos que lo llevan a reaccionar de esa manera. En este caso, la conducta violenta es la forma de manifestar un impulso o una estructura de una etapa previa, ya sea porque la persona no tiene otras alternativas de salida; su forma de solución fue determinada como patrón violento en su infancia, o en muchas ocasiones no tiene mecanismos de control sobre su impulsividad, y el entorno tampoco ejerce presión o control sobre él. Es decir, para que una persona manifieste conductas violentas se tienen que reunir ciertos hechos. No existe determinación a

⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 289.

⁴⁵ En Bartra, Roger, *Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío*, op. cit., p. 206.

la violencia, pero sí a la impulsividad.⁴⁶ Por tanto, cuando existe el detonante y se dan las circunstancias (segundo elemento de las condiciones iniciales), una de las formas en las que se manifiesta ese impulso, es la violencia.

Para entender mejor lo anterior, es preciso citar las proposiciones de Kohlberg respecto de la formación de la moral:

Nuestra teoría moral se deriva en gran medida de Piaget, quien sostiene que tanto la lógica como la moral se desarrollan gradualmente y que cada etapa es una estructura que, considerada en su dimensión formal, se encuentra en un equilibrio más conseguido que la estructura de la etapa anterior. Esta teoría presupone, por lo tanto, que toda etapa nueva (sea lógica o moral) es una estructura nueva que contiene elementos de la etapa anterior, pero que se transforma de tal manera que consigue un equilibrio más estable y más amplio.⁴⁷

La responsabilidad es consecuencia lógica en una sociedad para una conducta ilógica o lesiva, pero necesariamente en un ambiente ordenado,⁴⁸ y es esto de lo que somos responsables, aunque estuviera determinado. La responsabilidad no importa ni es útil en un ambiente natural, si lo concebimos como caótico o sin un orden racional. En otras palabras, no se reprime a la víbora, al lagarto o al animal peligroso por el grado de maldad consciente, sino porque están predeterminados a producir lesiones al manifestar sus impulsos. De lo contrario, el lagarto que acecha y en calma realiza su ataque debería también ser responsable de esos hechos; pero no es así, luego que el elemento que se toma en cuenta para sostener la responsabilidad es el pleno raciocinio.⁴⁹ y a falta de éste, como lo es en los animales, en los niños y enfermos mentales, se considera que no existe conciencia

⁴⁶ A manera de ejemplo, véase Gay, Peter, *Schnitzler's Century, The making of middle-class culture, 1815-1914*, Norton, United, States of America, 2002, pp. 97-101. (Alibi for Aggression)

⁴⁷ L. Kohlberg, *The Claim to moral Adequacy of Highest Stage or Moral Judgement: Journal of Philosophy* 70 (1973), pp. 632 y 633; citado por Haberman, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Traducción de Ramón Cotarrello García, Trotta, España, 2008, p. 45.

⁴⁸ Véase el análisis del orden en: García Maynez Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 17ª edición, Porrúa, México, 2011, pp. 23-105.

⁴⁹ Véase como identifica el funcionamiento responsabilidades en los sistemas actuales: Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 282.

y voluntad⁵⁰ para producir la lesión, incluso después de producida, porque su decisión no consiste en lesionar, sino en simplemente realizar el impulso.

Tomando las explicaciones de Habermas sobre las teorías de Piaget y de Kohlberg, podríamos decir que algo previamente establecido, así como se explica en el goteo del grifo más adelante, produce o guía la acción consecuente:

Ambos autores⁵¹ elaboran suposiciones sobre la lógica interna de un proceso de aprendizaje irreversible, sobre los mecanismos de aprendizaje (estos es, sobre la interiorización de esquemas de la acción instrumental, social o discursiva), sobre los desarrollos endógenos del organismo (suposiciones fuertes o débiles sobre la madurez de las teorías), sobre los elementos que impulsan cada etapa y los fenómenos paralelos de derivación, aplazamiento, aceleración etc.⁵²

Cuando Habermas explica la identidad entre la teoría de Piaget y Kohlberg, porque ambas se sostienen sobre la base de la evolución de un niño de una etapa a otra superior, concluye con una proposición que resalta cierta importancia para este trabajo: "Esta afinidad⁵³ descansa sobre el hecho de que tanto las personas que estudia el psicólogo como el filósofo moral tienen la misma actitud performativa de un participante en el discurso práctico."⁵⁴

Si en efecto estas teorías son concluyentes con cierto grado de certeza, se sostendría que tanto la forma en la que se construye el pensamiento lógico de un niño o una persona, como en el proceso de argumentación en el discurso práctico, como lo puede ser un jurista, si tomamos al discurso jurídico como discurso práctico del discurso práctico general,⁵⁵ se construyen estructuras del pensamiento que

⁵⁰ Hume, David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, 5ª edición, Porrúa, México, 2005, p. 339.

⁵¹ Se refiere a J. Piaget en su obra "Biología del conocimiento, traducción de F. González Aramburu, Siglo XXI, Madrid, 1977; y a Lawrence Kohlberg, *The Claim to moral Adequacy of Highest Stage or Moral Judgement: Journal of Philosophy* 70 (1973).

⁵² Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Traducción de Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008, p. 44.

⁵³ Se refiere a la línea de consideración de moral natural del profano y las reflexiones que recogen los filósofos morales.

⁵⁴ Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, op. cit., p. 48.

⁵⁵ Véase las teorías de Perelman, Toulmin y Robert Alexy, *Infra*, pp. 213-296.

desarrollan y guían, a su vez, la forma en que se construye el argumento y la argumentación, lo que nos llevaría a inferir que cada etapa viene determinada por una etapa previa, hasta llegar al punto final, lo que aparentaría que primero se forma una cierta idea de solución, y luego comienza el proceso de justificación, donde se realiza una suerte de regresión de todas las etapas para encontrar los elementos de análisis que sustenten la solución pretendida. Si estos elementos de análisis no se encuentran no se encuentran en la búsqueda interna, se puede adoptar una solución o pretensión de otro discursante; también formular una propia con base en premisas de un tercero; o bien, en el peor de los casos, sostener la propia aunque carezca de proposiciones de corrección, de verdad o de validez bien formuladas.

El control causal pues, explica por qué no se responsabiliza a los niños, enfermos mentales, o a los que realizan una conducta por una fuerza externa superior a ellos, ya que considera *a priori* que no existe el control de causa, ni de término. En otras palabras, y contrario a lo que piensa⁵⁶ y describe Dworkin al explicar el control causal,⁵⁷ en esta descripción del sistema de responsabilidades el sujeto no es responsable de su origen (primer elemento de la condición inicial), pero sí de su control (segundo elemento de la condición inicial). Imaginemos que alguien roba a una persona, y usted está en posibilidad de detener al ladrón. En usted está la decisión de hacer o no hacer algo, aunque para ello tome en consideración a la otra persona.⁵⁸ Su comportamiento se determinará por el grado de valentía, de valores, de convicciones etc., así como por el grado de impulsividad, que no sólo puede manifestarse en un estadio violento sino en un estadio heroico. La experiencia nos ha mostrado que muchas de las personas que presenciamos una conducta violenta, por lo regular tratamos de ignorarlo cuando sentimos que nuestra integridad pudiera estar en riesgo, lo que muestra una conducta egoísta. Para el primer caso, usted no es responsable del robo, pero sí de detener al ladrón si existía la posibilidad real de hacerlo. Para el segundo caso, usted no es responsable de detener al ladrón porque

⁵⁶ Considero que no existe contradicción entre el determinismo y la postura de Ronald Dworkin, a pesar de que él sostenga lo contrario, ya que existe un error en la concepción de la responsabilidad de origen y terminal, lo que finalmente constituye el control final de la causa.

⁵⁷ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., pp. 286-298.

⁵⁸ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, op. cit., p. 57 y 58.

su personalidad no tiene capacidad para realizar ningún acto que implique riesgo alguno, y nadie podría obligarlo a realizar un acto heroico. Pero si la conducta era simplemente presionar un botón para cerrar una puerta o accionar algún mecanismo de seguridad, sí sería responsable, al menos ética y moralmente. En este último punto, la cobardía, la ineptitud o la idiotez o el grado de egoísmo no pueden ser sancionados, al menos no legalmente, pues para ello tendríamos que indagar si su actuar también tenía como objetivo la lesión,⁵⁹ aunque esto último podría estar a discusión porque en una sociedad se privilegia a la colectividad sobre la individualidad, y uno de los objetivos de la sociedad, es el bien común.⁶⁰

En ese orden, el libre albedrío establece un sistema de castigos, y el determinismo un sistema de reinserción, que consiste o debe consistir en hacer capaz a una persona de controlar la mayor cantidad de conductas que son lesivas a la sociedad, y una vez apto, regresarlo a ella.

Lucien Sfez, una vez analizado el concepto de paradigma, concluye que: "Resulta falso oponer del determinismo de la naturaleza a la libertad del hombre y, por deslizamiento, el determinismo de la sociedad a la libertad del individuo mediador. Todo es bloque, naturaleza/hombre, sociedad/individuo compete a las mismas leyes."⁶¹

Entender el libre albedrío, es entender que existe un mundo, un objeto u objeto contenidos en él, independientemente de la impresión de las ideas. Las cosas son y están ahí, por sí y en sí. Ellen Duthie, al estudiar a Thomas Reid, nos que:

Pensar, entonces, que no hay nada en la naturaleza salvo impresiones e ideas, sin mentes, tal y como lo concebimos generalmente, que las contenga, va en

⁵⁹ García Maynez Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 17ª edición, Porrúa, México, 2011, p. 57 y 58: Kant por su parte asevera, en cambio, que la significación moral de un acto no reside en los resultados externos de éste, sino en la pureza de la voluntad y la rectitud de los propósitos. Para juzgar sobre el valor de un proceder es preciso penetrar en el fuero interno de la persona, en vez de atender solamente a la exterioridad de su actuación.

⁶⁰ Véase la determinación de la función social del Estado en: Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 39ª edición, Porrúa, México, 2005, pp. 26-28.

⁶¹ Sfez, Lucien, *Crítica de la decisión*, traducción de Óscar Barahona y Uxoa Doyhamboure, 1ª edición, FCE, México, 1984, p. 331.

contra de ciertos principios que, según Reid, la propia constitución de nuestra naturaleza nos lleva a creer. Va en contra de nuestra convicción de que el mundo externo existe, de que tenemos acceso a él por medio de nuestros sentidos, y de que nosotros existimos, y como también otras personas con mentes que piensan, siente y son capaces de comunicarse las unas a las otras conceptos y pensamientos acerca de ese mundo externo que conocemos.⁶²

3. Determinismo.

Por determinismo entendemos a la "teoría que supone que la evolución de los fenómenos naturales está completamente determinada por las condiciones iniciales; -o bien- al sistema que admite la influencia irresistible de los motivos".⁶³ "La tesis del determinismo sostiene que toda acción va precedida de unas condiciones causales suficientes que la determinan."⁶⁴

Searle rechaza el determinismo psicológico⁶⁵ porque advierte una división entre la percepción y la acción, por lo que se deberá tener cuidado con el término que se utilice; sin embargo, él propone un tipo de libre albedrío que contiene una variedad de concepciones utilizadas por los deterministas.

Hay una proposición que nos muestra Guiraud que debe ser analizada de manera detenida, por ejemplo, en Searle la percepción puede ser consecuencia de una condición inicial, pero en la acción, o sea, en la ejecución de algo, puede no existir la causación efectiva, lo que nos llevaría a aceptar dos momentos. En el primero, que es la percepción, está influida por una cosa; algo que representa eso que percibimos; pero en la acción lo que influye es el signo de las cosas: "El perro de

⁶² Duthie Ellen, en: Reid Thomas, *Investigación de la mente humana, según los principios del sentido común*, Traducción de Ellen Duthie, Trotta, Madrid, 2004, p. 16 y 17.

⁶³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Tomo I, España, 2001, p. 809.

⁶⁴ Searle, John, *Libertad y neurobiología*, op. cit., p. 40 y 41.

⁶⁵ Id., *Razones para actuar, Una teoría del libre albedrío*, Traducción de Luis, M, Valdés Villanueva, Ediciones Nobel, España, 2000, p. 102.

Pavlov no reacciona ante las cosas sino ante los signos de las cosas, y el behaviourismo muestra cómo nuestras conductas son reacciones condicionadas por signos.⁶⁶

Sostienen los deterministas –nos dice Recasens Siches-

que el comportamiento es el efecto del complicadísimo racimo de factores que actúan e intervienen en cada momento en el sujeto humano. Consideran que ese enjambre de factores, múltiples y heterogéneos, produce un especial tipo de causalidad psíquica, constituida por el juego de las motivaciones. Y subrayan que su tesis no es solamente una construcción científica, sino que es a la vez el supuesto de gran número de relaciones sociales, las cuales se basan precisamente en esa idea de la regular determinación de la conducta. Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría nombrar para el cargo de bajero de un banco a un sujeto que anteriormente hubiese cometido varios delitos contra la propiedad y, en cambio, pareciera discreto admitir en tal puesto a quien presentase excelentes testimonios de honradez.⁶⁷

Cabe hacer hincapié, en que al menos en este trabajo, no se sostiene la idea de un determinismo innato, o cualquier cosa que se le puede parecer, aunque si se sostiene que exista una esfera innata que posee ciertas características para el funcionamiento de la razón, como esquemas, que asimilan los datos del exterior.⁶⁸ Las posturas actuales de psicología sostienen que no hay ideas innatas.⁶⁹

En economía, biología y sociología se han estudiado las teorías conductuales, y especial énfasis requieren los modelos evolucionarios, porque guardan relativa similitud, o bien elementos que en su momento podrían aplicarse al Derecho.

⁶⁶ Guiraud, Pierre, *La semiología*, traducción de María Teresa Poyrazian, 1ª edición, Siglo XXI editores, México, 1972, p. 128.

⁶⁷ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, op. cit., p. 84.

⁶⁸ Piaget, Jean, *La equilibración de las estructuras cognitivas*, Traducción de Eduardo Bustos, Editorial Siglo XXI, México, 2010, p. 90-103.

⁶⁹ Paráfrasis tomado de Gutiérrez Sáez, Raúl, *Introducción a la lógica*, 9ª edición, Editorial Esfinge, México, 2006, p. 84. Aludiendo a Regis Jolivet, *Psicología* pp. 414 y 424.

Douglas North utiliza algunas investigaciones socio-biológicas para sustentar las conductas económicas en la creación de las instituciones:

Los modelos evolucionarios representan una combinación de constancia (herencia) y variación. Debe haber un elemento no cambiante y también un elemento cambiante, e inclusive este último debe ser heredable en un sistema en el cual se dice que evoluciona. En la evolución biológica, en acento recae en la sobrevivencia diferencial y en la reproducción de tipos de organismos o caracteres de una generación a la siguiente. Aquí, la constancia se debe a la herencia mendeliana de pautas permanentes de instrucciones genéticas cifradas (genes). La variación proviene de varias fuerzas, incluyendo en ellas mutaciones internas de estas instrucciones (errores del copiado genético), de recombinación de genes en la reproducción sexual, y de la presión externa de la selección natural. La evolución socioeconómica principalmente se centra en el crecimiento diferencial y en las pautas de sobrevivencia de la organización social. El principal elemento hereditario es el peso muerto de la inercia social, sostenido por la tradición enseñada intencionalmente. Por lo que hace a las variaciones, algunas de ellas tienen analogía con las mutaciones (errores de copiado, según aprendemos tradiciones). Asimismo, la selección natural sigue siendo eficaz; finalmente la imitación y el pensamiento racional constituyen fuentes adicionales no genéticas de variación.⁷⁰

Varias interrogantes se pueden extraer de las proposiciones de Hirsleifer, las cuales podrían ser una respuesta para las objeciones del determinismo, así como establecer una postura determinista ecléctica o estructural, en la que se observan dos elementos principales: una estructura determinista y una cambiante o variable, en la que influyen todos los aspectos como las mutaciones, las imitaciones erráticas, la selección natural y el racionalismo para configurar la estructura final del pensamiento.

⁷⁰ Hirsleifer, Jack, *Economic Behavior in Adversity*, Chicago, University of Chicago Press, 1987, p. 221; citado por North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*, Traducción de Agustín Bárcena, FCE, México, 1993, p. 35 y 36.

Si esto es aproximadamente correcto, el Derecho puede seguir los mismos patrones evolucionistas; consecuentemente su diseño no tiene una estructura terminada, sino infinita. Luego, el derecho sería como lo sostiene Heidegger: "el ser ahí"; o como lo sostiene Ortega y Gasset: "yo y mi circunstancia." Lo que nos llevaría a aceptar que el Derecho se determina y se modifica, incluso, cuando se analiza asimismo.

Carl Schmitt se pregunta y formula varias interrogantes para determinar lo correcto de una sentencia judicial, cuando analiza la determinación del Derecho, en la que da cuenta que realmente no existe un derecho creado, sino una forma de proyección de un hecho, determinado por otras cosas, y no necesariamente por la construcción volitiva de una norma:

Si el contenido de la ley está definido por las percepciones valorativas del pueblo o por las consideraciones del tráfico jurídico, entonces forman parte de la voluntad de la ley que simplemente les presta legalidad. Se genera así la presunción de que, en la duda, siempre quiere lo que es conforme al tráfico jurídico, es decir, lo justo entendido en el sentido de los juicios de valor dominantes.⁷¹

Sostiene que estas afirmaciones sólo son válidas para una parte, e incluso, a una parte dentro de esa parte.⁷² Para sostener lo anterior, emplea el ejemplo de la prescripción, en la que parece ser un elemento netamente producto del indeterminismo. No obstante, surge la duda de si la prescripción no es un elemento que también se origina dentro de la sociedad, (como un estado psicológico) como plazo suficiente en el que la sociedad aprueba que algo no debe ser castigado o que debe ser olvidado, o bien que es irracional aplicar la norma después de cierto tiempo porque ya no tendría eficacia, porque el objetivo de la reinserción se cumplió por sí sólo, y ya no tiene razón de ser respecto del castigo.

En otras palabras, la figura de la prescripción denota que la proyección del pensamiento se inclina por entender, desde nuestra postura, que la prescripción

⁷¹ Schmitt, Carl, *Posiciones ante el Derecho*, Traducción de Monserrat Herrero, Tecnos, España, 2012, p. 71.

⁷² *Ibid.*

más que configurar un derecho, proyecta un olvido y una ineficacia de castigo después de cierto tiempo. Es decir, tampoco es una creación artificial, sino una proyección del pensamiento.

3.1. Estructura del pensamiento de John R. Searle.

En su texto, *Una teoría del libre albedrío*, el autor expone una serie de proposiciones que resultan de suma relevancia. Esta teoría es el sustento, junto con la filosofía analítica, de todas las proposiciones abstraídas,⁷³ deducidas o inferidas contenidas en todas líneas de este trabajo. .

Del texto de Searle advierto tres estructuras del pensamiento principales, tres fundamentos accesorios a esas estructuras, y una justificación subyacente. Al igual que el *Tractatus* de Wittgenstein, está redactado "como un conjunto de proposiciones numeradas."⁷⁴ Este mismo método utilizó Robert Alexy, por lo que resulta ocioso dedicarme a transcribir las proposiciones del texto aquí analizado, cuando precisamente el objetivo de un estudio analítico es abstraer dichas proposiciones, como se intentó hacer respecto del texto de Viehweg.

Por ello, únicamente se intentará proyectar aquellas proposiciones que tengan a bien esclarecer ciertas posturas e ideas que sirven a los objetivos del presente trabajo.

3.1.1. Direcciones de ajuste. A este trabajo le interesan esas tres estructuras del pensamiento. La primera de ellas es el aserto que sostiene que la acción y el significado son la estructura básica de la intencionalidad; pero antes de esto conviene destacar un punto de gran relevancia que pone a debate el autor, consistente en un error que se ha cometido en todas las discusiones sobre la racionalidad: en el hecho de hablar de ello sin conocer cómo funciona la mente.⁷⁵

⁷³ En el curso de este trabajo se utiliza recurrentemente la palabra "abstracción" para ejemplificar el mecanismo de inferencia en unas situaciones y de deducción en otras, aunque su uso pueda ser incorrecto. Véase Arellano Hobelsberguer, Walter, *Metodología jurídica*, 1ª edición, Porrúa, México, 2007, pp. 31-34.

⁷⁴ Searle, John R., *Razones para actuar*, op. cit., p. 52.

⁷⁵ *Ibid.* p. 51.

Sería "algo parecido —dice el autor- a intentar escribir sobre medios de transporte sin saber nada sobre coches, autobuses, trenes y aeroplanos."⁷⁶

Dentro de la intencionalidad hay una figura que cobra relevancia, la cual puede ser utilizada por los indeterministas para restarle valor al determinismo. Uno o varios hechos pueden detonar la supuesta existencia del indeterminismo, y consiste en que un juez decida casos similares de manera distinta, o bien, que su primera postura sea distinta a la definitiva. Cuando sucede esto el valor que adquiere el racionalismo parece incrementarse; sin embargo, considero que esto es explicado de manera contundente por las figuras llamadas por Searle como <<direcciones de ajuste>>.⁷⁷

El autor nos dice que "los estados intencionales con un contenido proposicional pueden encajar o no con la realidad, y el modo en el que se supone que encajan con la realidad está determinado por el modo psicológico."⁷⁸

Para explicar esto del modo en la que lo entiendo, me permitiré utilizar la novela "La Apelación", de John Grisham.⁷⁹

No me enfocaré en la trama como tal, sino en dos situaciones que dentro de la trama parecen dirigir el suspenso, y que al final resultan sorprendidas, lo que les da el toque y los ingredientes de toda obra de suspenso: lo inesperado.

La primera situación consiste en elegir a una persona para que asuma el puesto vacante de uno de los nueve puestos del Tribunal Supremo; por supuesto que la idea no es comprar a un juez, sino escoger a una persona con las características que les garantice el voto a su favor: en este caso que no sea proclive a las indemnizaciones.⁸⁰ Partiendo de análisis que realiza la empresa contratada para llevar a una persona a la magistratura, se advierte que la trama para seleccionar al

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 55-58 y 269-271.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁷⁹ Grisham, John, *La apelación*, traducción de Laura Martín de Dios, Random House Inc., México, 2008.

⁸⁰ Estas formas de análisis las encontramos en: Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011.

magistrado que sea útil a sus intereses está basada en una especie de determinismo.

Toda trama de suspenso debe inducir a predecir el final, de eso se trata, y para que se produzca el elemento psicológico necesario se debe introducir el elemento que produzca un cambio aparentemente opuesto a la dirección inicial. Si se logra esto, la lógica no nos provee de la certidumbre necesaria para predecir el resultado, porque entonces, sujetamos o inducimos a que el resultado puede inclinarse por una cuestión emocional, y entonces, entre disyuntiva del "ser" y del "deber ser" se interpone un nuevo elemento, un enunciado empírico: un suceso trágico de la vida real experimentado en primera persona.

Como Posner, Advertimos que un juez que tenga experiencia en determinada área será proclive a resolver con enunciados empíricos. El sentido de sus decisiones será un tanto conservador o un tanto liberal porque un elemento configura la imagen que se tiene de la realidad, o en otras palabras, la imagen que él considera que es más apegada a la realidad, porque la ha vivido, lo que significa que los enunciados empíricos para él cobran cierta relevancia. Él visualiza la realidad proyectada en experiencias previas.

Veamos un pasaje de la novela y la descripción que se hace de un juez ante un caso en el que se otorgó una indemnización a la familia de una persona fallecida en una residencia de ancianos por supuestas faltas de cuidado:

El juez Fisk no vaciló. Él también consideraba que las pruebas médicas eran insuficientes y aseguraba esta escandalizado por la indemnización por daños y perjuicios. Como abogado de aseguradoras, había pasado catorce años combatiendo las desproporcionadas reclamaciones por daño punitivos que con tanta despreocupación presentaban los abogados de los demandantes. Se había topado con una reclamación falsa por una suma exorbitante de dinero en al menos la mitad de los casos que había defendido por la <<conducta vergonzosa e irresponsable>> del demandado.⁸¹

⁸¹ Grisham, John, La apelación, op. cit., p. 407.

La segunda situación, y aquí se actualiza el segundo de los elementos del trabajo de Searle, es el accidente sufrido por su hijo, al ser golpeado por una pelota de Beis Bol en plena sien. Durante un juego de Beis Bol el hijo del juez había sido golpeado por una pelota conectada por un bate prohibido por la regulación respectiva. Después de unos momitos de estancia en el hospital lo dieron de alta con una serie de cuidados menores, pues en opinión del doctor sólo fue una contusión leve.⁸² Horas después el menor volvería al área de urgencias con un fuerte dolor de cabeza; el diagnóstico ahora era diferente: fractura craneal. El doctor que atendió al niño horas antes leyó un escáner de otro paciente, lo cual obviamente dio como resultado un diagnóstico erróneo, y por la falta de atención de una debida atención médica la vida del menor se encontraba en riesgo.

En ese momento por el juez cruzaban dos ideas de reproche: el error del médico al ver el escáner equivocado, y el bate de aluminio prohibido por defectuoso y peligroso.

Cabe recalcar que hasta antes del accidente, el sentido de su voto se había inclinado por revocar los veredictos de los jurados que concedía pagos indemnizatorio y punitivos en casos de negligencias y otros similares.

El niño fue operado y sobrevivió, sin embargo los doctores les hicieron saber que pudiera haber daños cerebrales irreversibles. En esos momentos se describe que el nombre de <<Aaron>>,

...el chico que había recibido el impacto en la cabeza de una pieza de metal que había sido despedida de un desbrozadora. Lesión cerebral, discapacidad permanente y la ruina económica para la familia. El jurado había considerado responsable el fabricante y el juicio había tenido una sentencia clara. En este momento, el juez Fisk no recordaba por qué había votado con la mayoría con tanta tranquilidad para revocar la sentencia.

⁸² *Ibid.*, pp. 428- 436.

Entonces, había apenas dos meses, jamás había sentido el dolor de un padre por un hijo que padecía una lesión grave. O el miedo de perderlo.

Ahora en medio de esta pesadilla, Aarón se le apareció bajo otra luz. Al leer los informes médicos del caso, lo había hecho desde la comodidad de su despacho, muy alejado de la realidad.⁸³

El resultado, al menos para este trabajo, es intrascendente. Lo que se advierte o se puede advertir aquí, es la dirección de ajuste que puede observarse, cuando la realidad es vista desde un sujeto distinto, o bien, desde un ajuste de la dirección mundo-mente, lo que lleva a introducir otras variables en la decisión.

Lo mismo sucede, por ejemplo, con los homicidios imprudenciales. La realidad respecto de la justicia se plantea desde una dirección de ajuste mente-mundo dependiendo de la posición desde donde se analiza.

El sujeto que la analiza, por ejemplo, desde el punto de vista del sujeto activo, justificará la libertad atendiendo a que así lo establecen las normas, con un discurso positivista. Y los familiares de la víctima desde un punto de vista distinto, atendiendo al daño y al sufrimiento causado.

Así pues, advertimos que la intencionalidad o la condición inicial existe, pero el cambio de decisión no necesariamente está vinculado con la capacidad para desprenderse de esa condición inicial, sino que las direcciones de ajuste justifican la percepción de la realidad que se tiene del mundo.

Dentro de este trabajo se considera a Perelman como determinista por varias proposiciones que sostiene. Una de ellas es que cuando se formula una proposición, también se formula una pretensión. Otra es que dentro de la argumentación necesariamente se requiere de un contacto intelectual dentro de un contexto psicológico y social.⁸⁴

⁸³ *Ibid.* pp. 439 y 440.

⁸⁴ Véase "La demostración y argumentación", *infra*, Perelman.

Perelman analiza las oposiciones objetivas y subjetivas basadas en el conocimiento, luego que sostiene que la argumentación no es un ejercicio enteramente intelectual ajeno a la preocupación práctica.⁸⁵ En todo debate se escuchan posturas opuestas y se acude a un tercero para que resuelva con objetividad, supuestamente porque está ajeno a los intereses de las partes.

Perelman utiliza a Pascal para ejemplificar la determinación: "todos los hombres están casi siempre inclinados a creer, no por la demostración, sino por el agrado."⁸⁶ Y dice Perelman: y pretende explicar este fenómeno insistiendo en el hecho de que:

([...] las cosas son verdaderas o falsas según el lado que se las mira. La voluntad que se complace más en uno que en otro, induce a la mente a que no tome en consideración las cualidades del lado que no le gusta ver. Y así, la mente, al ir unida a la voluntad, se detiene a mirar el lado que le gusta. Y así, juzga conforme a lo que ve en él).⁸⁷

Si esto sucede así, me atrevería a decir que no hay dos Wittgenstein, por ejemplo, sino direcciones de ajuste que intervinieron en la percepción que tenía el filósofo sobre cómo se representa o proyecta el mundo, lo que lo llevó a justificar o intentar demostrar su condición inicial de manera aparentemente distinta.

Esto significa que existe una condición inicial y lo que se altera son las formas en las que se percibe la realidad. En ese sentido, respecto de Wittgenstein por ejemplo, podríamos sostener que su postura inicial y final es que la realidad es una representación o proyección de la estructura del pensamiento, que en un determinado momento intentó demostrarlo con un sistema lingüístico único, y que posteriormente adecuó la justificación al mundo como <<juegos del lenguaje>>.

⁸⁵ Pascal, *Pensées*, De l'art de persuader, <<Bibli. de la Pléiade>>, p. 293; en: Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, La nueva retórica, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989, p. 111. ↗

⁸⁶ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 114.

⁸⁷ Pascal, *Pensées*, 472 (141), <<Bibli. de la Pléiade>>, pág. 962 (N.º 99, ed. Brunschvieg); en: *Ibid.*

Lo que cambió en Wittgenstein es la justificación de su condición inicial, no la condición inicial, ante la imposibilidad de demostrarla, o bien, la ausencia de aceptación de manera contundente del auditorio universal.

Para que esto suceda es necesario que el mundo cambie y así encaje en el contenido de lo que se pretende justificar. Searle sostiene en este sentido que: "Las necesidades, requerimientos, compromisos y obligaciones, tienen una dirección de ajuste que exige que el mundo cambie para encajar con la necesidad, requisito, compromiso y obligación con el objeto de que esas entidades se satisfagan."⁸⁸

De la novela "La apelación" definitivamente advertimos como el mundo, para el sujeto (el juez), tuvo una dirección de ajuste (una adaptación), es decir, el mundo cambió desde la postura en la que el procesaba la realidad. En los ejemplos de los homicidios imprudenciales extraídos de las experiencias del litigio y respecto de Wittgenstein, son simples conjeturas, con el objeto de atribuirle la corrección de los enunciados y la verdad a las proposiciones, tanto en el primer, como en el segundo Wittgenstein, considerando que la búsqueda de la verdad es infinita y evolutiva. Estas conjeturas son una especie de instinto: necesidad y seguridad interna de que así son las cosas, pero que al momento no se pueden demostrar de una manera convincente para el auditorio universal; consecuentemente, el sujeto adapta o intenta adaptar su justificación y razón a la proyección de la realidad que más se ajuste al contenido de sus pensamientos.

A este respecto, Piaget nos dice que

Igualmente puede decirse que el pensamiento está adaptado a una realidad particular cuando ha conseguido asimilar a sus propios esta realidad acomodándose a las circunstancias nuevas presentadas por ella: la adaptación intelectual es, por tanto, una posición de equilibrio entre la asimilación de la experiencia a las estructuras deductivas y la acomodación de estas estructuras a los datos de la experiencia.⁸⁹

⁸⁸ Searle, John R., Razones para actuar, op. cit., p. 58.

⁸⁹ Piaget, Jean, Psicología y Pedagogía, Traducción de Francisco J. Fernández Buey, SARPE, España, 1983, p. 195.

3.1.2. La causación eficiente.⁹⁰ La causa eficiente,⁹¹ "en la doctrina aristotélica,...es el principio del cambio, aquello en virtud de lo cual éste se produce."⁹² La causación eficiente, "son los casos en lo que algo causa un estado mental, o en los que un estado mental causa algo distinto."⁹³

Entonces, la causación eficiente es el vínculo directo que existe en un la causa y el efecto. Ahora, no es simplemente una conexión entre los dos hechos, sino que el primero debe ser suficiente para causar el efecto.

Por ejemplo, si decimos que si llueve nos mojaremos, es el resultado de dos enunciados: (1) Está lloviendo; (2) Nos mojaremos. Como podemos ver, parece que la segunda proposición es efecto de la primera; sin embargo esta no es una causa suficiente para demostrar que nos mojamos por la lluvia o que necesariamente nos mojaremos. La razón es simple: supongamos que llueve; también supongamos que nos encontramos dentro de una casa. Ese simple hecho nos dice que a pesar de que llueva no nos mojaremos.

Luego pues, la causación eficiente es aquella que necesariamente determina el resultado, y no que simplemente establezca una probabilidad.

3.1.3. El fenómeno de la brecha. Resulta indispensable transcribir de Searle de este fenómeno para poder comprenderlo:

La brecha es aquel raso de la intencionalidad consciente por el que los contenidos intencionales de los estados mentales no se experimentan por el agente como algo que establece condiciones causalmente suficientes para decisiones y acciones, incluso en los casos en los que la acción es parte de las condiciones de satisfacción del estado intencional. Así, por lo que respecta a nuestras experiencias conscientes, las creencias, deseos y otras razones no establecen condiciones causalmente suficientes para una decisión para una

⁹⁰ Se introduce esto, luego que más adelante se emplea la causación para describir la relación entre el determinismo y el libre albedrío, o bien la percepción y la acción respectivamente.

⁹¹ Aristóteles, *Metafísica*, 1ª edición Pocket, Editorial Sudamericana, España, 1978, pp. 103-118.

⁹² Searle, John R., *Razones para actuar*, op. cit., p. 264.

⁹³ *Ibíd.* p. 59.

decisión respecto de qué hacer (la formación de una intención previa); el fenómeno de la brecha ocurre también cuando la intención previa no establece una condición causalmente suficiente para una acción intencional, y la iniciación de un proceso intencional extendido en el tiempo no establece condiciones suficientes para su continuación o finalización.⁸⁴

El autor sostiene que existen tres clases de brechas en las tomas de decisiones, en el actuar racional y libre:

...en primer lugar, cuando alguien está tomando decisiones racionales, existe una brecha entre el proceso deliberativo y la propia decisión, donde la decisión constituye la formación de una intención previa. En segundo lugar, una vez que uno se ha hecho a la idea de hacer algo, esto es: se ha formado una intención previa, hay una brecha entre la intención previa y la iniciación efectiva de la acción en el comienzo de una intención-en-la-acción. Y, en tercer lugar, siempre que uno está llevando a cabo algún modelo de actividad que se extiende a los largo del tiempo, como por ejemplo ahora que estoy escribiendo este libro, existe brecha entre, por un lado, las causas en la forma de la intención previa para la acción y la intención-en-la-acción, y el llevar a cabo de forma efectiva la actividad compleja has su término, por otro. [...] Podemos ver las tres brechas como diferentes aspectos del mismo rasgo de la conciencia, aquel rasgo en virtud del cual la experiencia de actuar (el ejercicio de la voluntad, el esfuerzo sentido de modo consciente –todo esto son nombres para la misma cosa-) no es experimentan como algo que tiene condiciones causales suficientes que hacen que suceda.⁸⁵

Lo que existe pues, según Searle es una selección efectiva de alguna de las causas que están operando sobre la persona, y sostiene que "uno puede actuar sólo de acuerdo con una de ellas".⁸⁶

⁸⁴ Ibid. p. 84.

⁸⁵ Ibid. p. 84 y 85.

⁸⁶ Ibid. p. 87.

Cuando las personas perciben o advierten de manera consciente una serie de alternativas o posibilidades a la acción realizada, nos formamos una ilusión de que somos libres,⁹⁷ porque podemos decidir entre hacer una cosa o la otra, o bien, dejar la que estamos haciendo y hacer una distinta, o bien, hacer nada.

Hay un ejemplo que utiliza el autor en el que demuestra la distinción entre la decisión y la capacidad de iniciar una acción: "Si viviésemos la vida de árboles o piedras conscientes, capaces de percibir nuestro entorno pero incapaces de iniciar acción alguna por nuestra cuenta, no tendríamos la experiencias que nos da la convicción de nuestro libre albedrío."⁹⁸

El autor claramente distingue entre la libertad como acción y el determinismo como percepción:⁹⁹ "Las letras que estoy haciendo ahora aparecer en la pantalla del ordenador dependen de mi libre albedrío para su producción aquí y ahora y podría producir otras; pero las letras que veo en el teclado están fijadas por la física del mecanismo."¹⁰⁰

En efecto pues, podemos considerar que el hecho de que yo decida levantar una botella de agua a una altura determinada es una acción, y en efecto se puede calificar como libre albedrío. Por otra parte, el hecho de percibir la idea de levantar algo a lo que llamo botella de agua, así como la imagen levantándola a cierta altura, es lo determinado.

Precisamente esto es lo que no logra distinguir Dworkin, luego que toma al proceso de percepción con el de acción como un acto constitutivo, y no como una relación causal.¹⁰¹ O bien, lo toma como un todo y no logra distinguir la división que existe entre uno y otro, como si lo hace Searle.

En ese supuesto, la acción es lo que construye la ilusión de libertad. Como lo dice el autor, suponiendo que una persona se haya convencido de la forma que sea, que

⁹⁷ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 69-71.

votar por el partido demócrata es lo mejor, aún falta un paso, que es ir y efectivamente votar por el partido demócrata, es decir, la acción.

En este sentido, lo que hace que algo sea libre es que las causas no sean suficientes para provocar la acción, es decir, para causar el efecto de votar por el partido demócrata.

Si tomamos las proposiciones de Searle al menos en materia constitucional, lo que importa es la proyección del pensamiento, porque ahí reside principalmente su quehacer, en pensar y no en hacer. Si los jueces, por ejemplo, tuvieran que realizar dos cosas: decidir y accionar; probablemente las soluciones fueran distintas.

Para explicar lo anterior me permito citar el siguiente ejemplo: un juez de primera instancia rara vez dictará en auto de libertad por falta de elementos para procesar respecto de una acusación de violación o secuestro, o bien absolverlo en sentencia. Sin embargo, entre más se va alejando la causa de un conocimiento directo de los involucrados, la percepción real y directa del caso se va diluyendo.¹⁰²

Los jueces superiores, por ejemplo, no ven lo mismo que vio el juez de primera instancia, tampoco reciben la misma presión de la familia de la víctima o del probable victimario. Como el caso arriba planteado, la mayoría de los magistrados resuelven las indemnizaciones y la libertad de alguien, desde la comodidad de su escritorio. Pero ¿qué pasaría si los que resuelven en definitiva tuviera que ejecutar el conjunto de acciones que son consecuencia de su actuar previo? como dirigir la libertad de alguien acusado de violación y secuestro, o incluso, abrir la propia celda y verlo abandonar la cárcel ¿tomarían la misma decisión? En estos casos, puede que las causas psicológicas no sean suficientes para la realización efectiva de la acción, porque la dirección de ajuste mente-mundo es distinta, cuando simplemente se tienen que emitir razones, a cuando se tienen que ejecutar las consecuencias de esas razones.

¹⁰² Véase Hauser y la mente moral, *infra*, pp. 65 y sigs. ; la proximidad como elemento de objetividad la imparcialidad o como mera ilusión.

En los jueces inferiores la percepción y la acción parecen estar un poco más ligada que con los jueces superiores, y máxime en los jueces finales, que en la mayoría de los casos son ajenos a los hechos acontecidos, muchos de ellos, ni siquiera visualizan algunos estados de cosas como la pobreza, la explotación laboral, la arbitrariedad del gobierno etc.

Esto es, lo que precisamente influye para que puedan decidir un caso con el mayor grado de imparcialidad,¹⁰³ luego que la justicia ciega se actualiza en realidad por la lejanía respecto de la percepción real que tienen los jueces de un determinado caso, en el que sólo les importan los datos objetivos que obran de un expediente.

Hauser, al explicar el experimento de la conexión con los simios, da cuenta de que existe un mayor grado de objetividad o de utilidad entre menos sea la conexión con el objeto: "cuanto más débil es nuestra conexión con el animal de que se trate, más fuerte es nuestra convicción de que podemos utilizar una vida para salvar muchas."¹⁰⁴ Esto podría explicar cierta percepción de lejanía o desconsideración de los tribunales de alzada, sea en favor o en contra de alguna de las partes, porque en su análisis no ven personas o hechos, sino expedientes.

Así, si en efecto cada estado consciente puede ser consecuencia de algún estado inconsciente previo,¹⁰⁵ la experiencia real y directa de cada persona configura en cierto sentido la decisión que parece ser, ahora, consciente y razonada, como se verá en ejemplos más adelante respecto de ciertos patrones desarrollados en la infancia.

Para esto es necesario analizar el siguiente ejemplo: un hombre, hace tres mil años sostenía que la tierra era plana. Otro por el contrario, sostenía que era esférica. Atendiendo a los conocimientos de esa época, la razón la tenía el primer hombre porque las inferencias o deducciones del segundo no tenían sustento alguno, era una simple conjetura. Si lo vemos ahora, la razón cambia, también, por

¹⁰³ Véase Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., pp. 111-116.

¹⁰⁴ Hauser, Marc-D., La mente moral, Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal, traducción de Miguel Candel, Paidós, España, 2008, p. 361.

¹⁰⁵ Searle, John R., Razones para actuar, op. cit., p. 99 y 100.

consecuencia del conocimiento y de la percepción que se tiene de éste. Pero incluso, podríamos sostener que ambas posturas se sostenían por percepciones y nociones tomadas de la vida real, en el que se intuía algo, pero no se podría inferir de algún enunciado válido o de algún suceso empírico.¹⁰⁶ Pero la estructura de pensamiento en cada uno de los hombres estaba previamente configurada, sin embargo la acción puede no ser causalidad de esa estructura. El cerebro, como concluye Searle, al revisar la visión humeana del yo, causa y sustenta estados conscientes, incluidos experiencias y recuerdos, "y si he de tener experiencias del mundo, entonces mi cerebro tiene que estar en alguna suerte de interacción causal con el mundo."¹⁰⁷

Así pues, vemos que Searle propone una idea del libre albedrío, que en palabras del que esto escribe, también incluye al determinismo, un determinismo estructural como causa de cosas, aunque no necesariamente de acciones, pero para el trabajo que aquí se realiza, cobra relevancia esta perspectiva porque lo que se intenta analizar es la percepción de los jueces constitucionales a través de enunciados expresados en la dialéctica desarrollada en las discusiones o sesiones públicas de la Suprema Corte de Justicia.

3.2. El principio de causalidad.

Karl Popper establece dos elementos necesarios para que pueda sostenerse el principio de causalidad: una ley universal y una condición original. Analíticamente se requiere de la existencia de enunciados universales hipotéticos y de enunciados singulares que describan un acontecimiento concreto.¹⁰⁸ En otras palabras, se requiere de un enunciado universal (aceptado) que nos diga la consecuencia, y otro que nos diga la causa. Si se actualizan estos dos enunciados podríamos hablar de

¹⁰⁶ Véase la explicación del concepto de tierra plana y esférica para explicar el desarrollo de la geometría de Euclides, en: Aczel, Amir D., *God's Equation, Einstein Relativity, and the expanding universe*, Delta, United States of America, 2000, p. 51 y 52.

¹⁰⁷ Searle, John R., *Razones para actuar*, op. cit., p. 100.

¹⁰⁸ Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2ª edición, traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, España, 2011, p. 72.

causalidad. No existe duda de esto en las ciencias naturales, el problema es si esto es posible en el mundo de las ideas y de las razones jurídicas.

Karl Popper utiliza el ejemplo de la rotura de un hilo para identificar la condición de origen (la causa). Nos dice que la rotura del hilo se dio porque se le aplicó un peso de 2 libras cuando su resistencia era de 1 libra: a esto se le identifica como la causa. De la causa podemos advertir que existen dos elementos: uno que puede ser constante o dinámico, y otro posible o contingente. La existencia del hilo con una resistencia de 1 libra es constante o dinámico; aplicar el peso de 2 libras es lo contingente o posible.

A este trabajo le interese el primer elemento como fuente del determinismo, el segundo, es el elemento circunstancial (contingente) en el que se ha basado el iuspositivismo para producir el elemento de la predicción, que en derecho es la certidumbre y seguridad jurídica.

3.3. El determinismo como su propio obstáculo.

La mayoría de los estudiosos del Derecho, al menos hasta ahora, han dejado a un lado las leyes del universo para explicar las teorías, las decisiones judiciales y el sistema jurídico, como si quien creara o describiera el Derecho no fuera una creación del universo o una figura creada dentro del él, y en consecuencia siga las reglas de su misma lógica.¹⁰⁹ Hablamos de la razón del derecho y no hemos estudiado las teorías de la mente.¹¹⁰ Richard Posner nos dice, por citar un ejemplo que: "Es más, es posible prever con mayor exactitud el resultado final de los casos planteado ante el Tribunal Supremo recurriendo a un puñado de variables, ninguna de las cuales involucra la doctrina jurídica, que hacerlo recurriendo a un equipo de expertos en derecho constitucional."¹¹¹

¹⁰⁹ Véase las proposiciones 2.012, 2.0121 en: Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Lógicos-Philosophicus*; Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1922, p. 25 y 26.

¹¹⁰ Searle, John R., *Razones para actuar*, op. cit., p. 51.

¹¹¹ Posner, Richard, A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 36.

Los juristas se han dedicado a convencer y convencerse de la idea preconcebida que tienen del Derecho. No se han dedicado a buscar o descubrir qué es el Derecho por su origen y su fin,¹¹² sino a explicar la concepción de lo que debe ser el Derecho; a persuadir de que sus ideas son las mejores y por ello deben aceptarse, triunfar e imponerse. El Derecho, ha sido hasta aquí, un técnica para convencer y persuadir de que lo establecido es lo más conveniente.

Augusto Comte al hablarnos de los hombres de leyes advierte una serie de errores en los que aparentemente han incurrido estos hombres, y por hombres de leyes en este trabajo se entiende al universo de juristas, cualquier que sea su ámbito de actuación.

El Derecho no puede ser una simple diversidad de opiniones, como si tratara siempre de discusiones vulgares:

No es ya la elocuencia, es decir, la facultad de persuasión, la que debe estar especialmente en actividad; es el razonamiento, es decir, la facultad de examen y de coordinación. Por lo mismo que los hombres de leyes son en general lo más capaces en la primera, son los menos capacitados para la segunda. Al hacer profesión de buscar los medios para convencer de una opinión cualquiera, mientras la habilidad adquiere con el ejercicio de este género de trabajo, más inadecuados llegan a ser para coordinar una teoría de acuerdo con sus principios de verdad.¹¹³

En las decisiones de los jueces constitucionales de la Corte Suprema de Estados Unidos influye de manera determinante, nos dice Posner, los valores morales y religiosos, dónde crecimos, la educación, nuestras experiencias, las características personales, que incluyen la raza, el sexo, la etnia y demás elementos innatos de cada persona, así como su temperamento y ciertas predisposiciones como la

¹¹² Esta idea precede del espíritu positivo, pues como lo sostiene Comte, aquí se renuncia a descubrir el primero origen y el destino final de la investigación. En Comte, Augusto, *La filosofía positiva*, 10ª edición, Porrúa, México, 2011, p. 80.

¹¹³ Comte, Augusto, *La filosofía positiva*, op. cit., p. 18.

timidez y la audacia, "que influyen en el modo en que una persona responde ante las circunstancias."¹¹⁴

Umberto Eco lanza una afirmación directa contra aquellos que se limitan a sostener, desde mi punto de vista, un paralelismo entre el estudio de las ciencias humanas y la ideología del sujeto que las estudia: "En las ciencias humanas se incurre con frecuencia en una falacia ideológica que consiste en considerar la propia exposición como inmune a la ideología y, al contrario, objetiva y neutral. Desgraciadamente, todas las investigaciones están motivadas de algún modo."¹¹⁵

Eco, en una obra diversa, pero en el mismo sentido, sostiene que:

La relación transaccional en la que se resuelve el proceso de formación de la percepción y de la comprensión intelectual excluye que se puede captar una configuración de elementos dotada de una organización objetiva propia, y reconocible gracias a un isoformismo fundamental (pero ¿fundado en qué? Entre la estructura del objeto y las estructuras psico-fisiológicas del sujeto. La experiencia se actúa en un proceso.¹¹⁶

Existe pues, un binomio sujeto-objeto¹¹⁷ inseparable en cualquier búsqueda, sea práctica o científica, lo cual aplica necesariamente a las decisiones constitucionales, porque la configuración de los enunciados normativos no se produce por elementos objetivos, sino subjetivos.

Para reforzar lo anterior, Eco utiliza una serie de proposiciones de Kilpatrick en el que existe una interrelación de la percepción y los estímulos que existen de

¹¹⁴ Posner, Richard, A., *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 112.

¹¹⁵ Eco, Umberto, *Tratado de semiología general*, traducción de Carlos Manzano, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2013, p. 54.

¹¹⁶ *Id.* La estructura ausente, traducción de Francisco Serra Cantarell, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2011, p. 399.

¹¹⁷ Ombredane, A., *Perception e informatic, La perception* (Paris: P.U.F.). 1955 pp. 85-100; citado por: *Ibid.* p. 400: Una característica fundamental de la percepción es que esta surge de un proceso fluctuante, que exige intercambios constantes entre la disposición del sujeto y la posible configuración del objeto, y que estas configuraciones del objeto sean más o menos estables o inestables, en un sistema espacial más o menos aislado. La percepción se puede expresar en términos de probabilidad, siguiendo el modelo de la termodinámica o de la teoría de la información.

experiencias pasadas, y que las operaciones que resultan de éstas no son la consecuencia de lo que está afuera, sino de lo que ésta dentro.¹¹⁸

La postura de Kilpatrick es reforzada por las diversas afirmaciones de Piaget, "cuando considera la estructuración del dato sensorial como el producto de un equilibrio, que depende a la vez de factores internos y de factores externos, que se van interfiriendo sin cesar."¹¹⁹ Si en efecto es una interferencia incesante tendríamos que aceptar que no puede ser una relación paralela ni lineal, sino en forma de espiral. Las estructuras mentales funcionarían o estarían formadas igual o en un sentido parecido a las obras de M. C. Escher,¹²⁰ en el que la realidad y la percepción figuran imágenes tan diversas y distintas, pero al mismo tiempo posibles.

A este respecto Perelman afirma que "en efecto, aun cuando a nadie se le haya ocurrido negar que la facultad de deliberar y de argumentar sea un signo distinto del ser racional, los lógicos y los teóricos del conocimiento has descuidado por completo, desde hace tres siglos, el estudio de los medios de prueba utilizados para obtener la adhesión."¹²¹

Si aceptáramos la existencia de un determinismo con las variables existentes en el razonamiento, en la intuición y en la experiencia, como lo son la noción de justicia, corrección, validez, conveniencia y necesidad, tendríamos que aceptar la posibilidad de que una maquina binaria, o más avanzada, pudiera tomar decisiones de Derecho con menor grado de error respecto de las pretensiones planteadas.

Pauwells y Bergier, en un trabajo que refleja la complejidad de abrir pasos en la ciencia, redactan un párrafo que contiene, desde mi punto de vista, la síntesis de todo el proceso paradigmático y los obstáculos con lo que se topa el ser humano, para evitar verse superado por el mismo, o por aquello que el mismo haya creado,

¹¹⁸ Eco, Umberto, *La estructura ausente*, op. cit., p. 399.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Alguna de sus obras, relativas a ciertas concepciones del espacio: Aczel, Amir D., *God's Equation, Einstein Relativity, and the expanding universe*, Delta, United States of America, 2000, pp. 53-55.

¹²¹ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 30.

y no es la manifestación de la humildad, como lo dicen los autores, sino la arrogancia y la resistencia de verse en un grado inferior en la cadena jerárquica.

Si nosotros tenemos libre albedrío somos la imagen y semejanza de Dios, ¡somos Dios! Por el contrario, si estamos predeterminados somos ajenos de nosotros mismos, no nos pertenecemos, somos la consecuencia de otra cosa. Sí, en efecto, somos la creación de nosotros mismos, pero una creación previamente determinada, la cual no controlamos, como Dios sí lo hace con todas las cosas.

Los técnicos de la cibernética han perfeccionado máquinas electrónicas que funcionan primero aritméticamente y después analógicamente. Estas máquinas son particularmente útiles para descifrar mensajes en clave. Pero los sabios son así: se niegan a imaginar que el hombre pueda ser lo mismo que ha creado. ¡Extraña humildad!¹²²

3.4. Determinismo psíquico.

A este trabajo no le interesan todas las corrientes del determinismo, sino sólo aquel que explique cómo el argumento se construye por razonamientos que a su vez se originan en estructuras del pensamiento preestablecidas,¹²³ lo que produce una idea simple o compleja que buscará, en el caso del Derecho, su justificación, es decir, del determinismo psíquico que en un primera acepción,

afirma que el curso del pensamiento y la decisión voluntaria están condicionadas por ciertos principios generales; -en una segunda acepción- que declara que los procesos psíquicos no son nunca fenómenos aislados o independientes (como en la teoría asociacionista), sino que se hallan precisamente relacionados con procesos anteriores y sucesivos, o bien son motivados por factores que se encuentran en el inconsciente (complejos, deseos). [Por ej. (2), una idea que supone fortuita del número 34, 718 no surge

¹²² Pauwels, Louis y Bergier, Jacques, El retorno de los brujos, Traducción de J. Ferrer Aleu, Editorial Plaza & Janés, España, 1972, p. 512

¹²³ No me refiero al determinismo de la acción al que considero se refiere Šearle en páginas precedentes, sino a un determinismo de la percepción.

accidentalmente, sino que se halla plenamente determinada por motivos latentes que obran dinámicamente.¹²⁴

Si bien todo lo que esté determinado es susceptible de predicción y de una proyección de posibilidad, esto no es el objetivo del determinismo, sino de lo que influye para que se construya una solución jurídica.¹²⁵ Se dice esto, porque puede suceder que varias personas estén de acuerdo en que algo sea justo, injusto, debido, indebido o inconveniente, o bien, que algo simplemente sea algo, pero no necesariamente por los mismos razonamientos o motivos; cuestión de la que se advierte que el proceso intelectual (cognitivo) y de razonamiento es distinto, o contiene variables diversas entre el universo de personas. Podría afirmarse que lo anterior se origina por el libre albedrío, y entonces la discusión se extingue; por el contrario, si se afirma que se origina en un determinismo, entonces el universo de demostración se nos presenta como requisito *sine qua non*. La cuestión pues, es advertir si a pesar de todo lo anterior, ¿la regla de inferencia es la misma? La respuesta necesariamente es negativa, pero no hablamos de un libre albedrío, sino simplemente de un albedrío. El hombre es el "ser ahí", como lo sostiene Heidegger, no el "ser en él". El hombre es albedrío, consciente o inconsciente. Es una cámara de procesos o de procesamiento de datos, intuitivo y empíricos, que se interrelacionan creando una fórmula digestiva, consistente en interpretar, razonar etc., con el mayor grado posible de verosimilitud, la concepción de la realidad que existe en ellos, trasladándola a enunciados empíricos para demostrar en la mente de los demás, que mi realidad y la forma en la que la proyecto es coincidente con el auditorio, aunque en determinado momento, el auditorio no lo haya considerado así. Entonces podemos decir, no que la persona estaba mal o incorrecta, sino que el procesamiento de los datos era inadecuado, y la forma de proyectarlos no daba

¹²⁴ Diccionario de psicología, editor Howard C. Warren, traducción de E. Imaz A. Alatorres y L. Alaminos, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 89 y 90.

¹²⁵ La teoría cuántica ha rebasado la concepción clásica del determinismo, para hablar ahora de una posibilidad, denominándose indeterminación cuántica. Brian Cox nos dice que "la destrucción de este tipo de predictibilidad es una de las características fundamentales de la teoría cuántica: en lugar de certezas, trata con probabilidades, y no porque carezcamos de un conocimiento absoluto, sino porque ciertos aspectos de la naturaleza se rigen con ciertos aspectos del azar. En: Cox, Brian, y Forshaw Jeff, El universo Cuántico, y por qué todo lo que puede suceder, sucede, traducción de Marcos Pérez Sánchez, editorial Pinguín Random House, México, 2015, p. 19.

cuenta de la totalidad de datos existentes, unos visibles y otros escondido o subyacentes en entidades apartadas o no atendibles. Si el hombre es albedrio, entonces es convencimiento y persuasión en el sentido que lo justifica Perelman.

Leibniz nos dice que "...la reflexión no es otra cosa que el examen atento de lo que en nosotros sucede; y los sentidos no nos dan lo que ya tenemos en nosotros mismos."¹²⁶

En ese sentido, una persona, como lo es un juez constitucional, podría llegar a cambiar de postura durante el procesamiento de una solución jurídica, y esto no significa que exista el libre albedrio, lo que en realidad hay, es un ajuste en el objeto, en la mente y su relación con el mundo, lo que provoca que un cambio en la decisión se ajuste para satisfacer la relación que existente con datos que se acoplan o repelen que percibimos como realidad;¹²⁷ por supuesto que tampoco es que se haya desvirtuado la idea del determinismo. Como lo dice Hegel, "en el devenir, el ser como uno con la nada y la nada como uno con el ser, se desvanecen: el devenir coincide, mediante su contradicción en sí, con la unidad; en el cual son suprimidos los dos, su resultado es, por consiguiente, el ser determinado."¹²⁸ Continúa diciendo Hegel que: "El ser determinado es el ser con un carácter dado, que es inmediato, o sea, simplemente la cualidad. El ser determinado, reflejado en sí en este su carácter, es alguna cosa que está allí (*Daseiendes*), lo algo."¹²⁹ Así pues, el cambio de solución o de la perspectiva del problema, no se origina por el libre albedrio, sino por la simple interpretación del sistema,¹³⁰ o bien del caso en particular, así como de la realidad existente en el sujeto, tal como lo explica Viehweg al describir cómo

¹²⁶ Leibniz, Godofredo G., Discurso de metafísica/Sistema de la naturaleza/Nuevo tratamiento sobre el entendimiento humano/Monadología/Principios sobre la naturaleza y la gracia, 5ª edición, Porrúa, México, 2014, p. 74.

¹²⁷ Searle, John R., Razones para actuar, op. cit., pp. 55-58 y 269-271.

¹²⁸ Hegel, G. W. F., Enciclopedia de la ciencias filosóficas, 4ª edición, Porrúa, México, 1980, p. 58.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ El sistema puede ser estudiado para efectos de su interpretación como objeto, o como instrumento para explicar la realidad. En: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, La argumentación en la justicia constitucional, Editorial GRULEY, Perú, 2013, pp. 121-123.

funciona la tópica en los sistemas jurídicos,¹³¹ que a decir de él, distan mucho de ser un sistema en sentido lógico.¹³²

Lo anterior sucede porque la dialéctica, como la que se practica de manera real en las sesiones públicas de la Suprema Corte de Justicia de México, permite introducir nuevos datos a los discursantes, y el caso particular puede tomar nuevos rumbos sobre la decisión, reforzarla o destruirla, pero siempre sobre la base de un caso anterior.

Cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver los problemas. Los tópicos, que intervienen con carácter auxiliar, reciben a su vez su sentido desde el problema. Su ordenación respecto de éste, es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tiene que ser entendido de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.¹³³

La persona no está destinada a hacer algo o alguien, como si su futuro ya estuviera escrito, lo que sucede es que sus estructuras mentales están preestablecidas de determinada forma, por lo que ante un evento cualquiera, estas estructuras se accionan y funcionarán de determinada manera. Hay estructuras por ejemplo, y en palabras sencillas, que se manifiestan como si siempre funcionarían en relación a

¹³¹ No obstante que la opinión de Viehweg pudiera considerarse contrario al sistema lógico que se utiliza en este trabajo, se cita porque se considera que la tópica, contrario a lo que sostiene el autor, no se contraponen a la lógica, sino que una le precede a la otra durante el proceso de decisión.

¹³² Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007, p. 138 y 139. Cabe aclarar, como lo veremos más adelante, que el autor al explicar que la tópica no funciona en sentido lógico, es porque no encuentra justificación a ciertas figuras que no se fundamentan con enunciados jurídicos, sino con enunciados del discurso práctico racional, cuando la tópica emerge como estructura subyacente al sistema lógico. La razón de esto, es porque ciertas soluciones no parecen pertenecer al sistema lógico que se analiza, y aparentan cierto grado de contradicción con la función del sistema, pero que en realidad no lo son.

¹³³ *Ibid.* p. 65.

otro elemento, de manera reactiva,¹³⁴ en contraposición de otros,¹³⁵ es decir, que contradicen siempre, o en la mayoría de los casos, las posturas de otros. Lo que realmente sucede, es que la estructura mental funciona por consecuencia del ego, y cualquier influencia que éste reciba del exterior la asimila como una invasión o una agresión.¹³⁶ Ante ello manifiesta cierta resistencia y se defiende buscando una posibilidad de imponerse o de destruir la idea, los fundamentos o los conceptos provenientes del exterior con el objetivo de no verse afectado.

Recasens Siches sostiene que el error en el debate entre determinismo e indeterminismo, y la causa de que no se pudo llegar a una conclusión válida o aceptable por unos y otros, consiste en la incorrección de la formulación de la interrogante: es decir, en sostener si existe libre albedrío. Para él, el libre albedrío no es una cosa, o un ente dotada de energía biológica o psíquica, es decir, ni tiene ni no se tiene, ni se posee ni no se posee. El hombre ni es libre, ni no es libre, por el contrario, el hombre es albedrío: él es albedrío, consecuentemente, el hombre no tiene, el hombre es. Considera pues que el verbo a utilizar es el "ser" y no el "tener".¹³⁷

El libre albedrío no es una cosa, no es una energía, no es una facultad; antes bien, es sencillamente la expresión del tipo de inserción del hombre en el mundo que le rodea. Esta inserción no constituye un encaje estricto, fijo, sin movimiento, como el de tornillo dentro de la tuerca; sino una inserción con cierto margen de holgura, con un hueco en derredor.¹³⁸

¹³⁴ Esta proposición es la que indica Geltung respecto de la relación funcional: cuando X aumenta también aumenta Y. en Geltung, Teoría de los métodos de la investigación social, Buenos Aires, Eudeba, 1968, t. II, 480; citado por Pithod, Abelardo, Epistemología de las ciencias sociales y humanas, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010, p. 98.

¹³⁵ Richard A. Posner nos muestra cierta tendencia de los jueces constitucionales a separarse relativamente de la ideología que los eligió, así como de la tendencia de ciertos jueces de ser pro-gubernamental y viceversa. En: *Cómo deciden los jueces*, op. cit., pp. 31-70.

¹³⁶ Véase "The Dependent Relationships of the Ego", en: Freud, Sigmund, *The Ego and the Id*, Translated by Joan Riviere, Editorial W.W. Norton & Company, United States of America, 1989, pp. 49-62.

¹³⁷ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 32ª edición, Porrúa, México 2008, p. 85.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 85 y 86.

La persona tiene –nos dice Recasens- varias posibilidades, no está determinado a realizar una

porque no se halla forzosamente predeterminado a seguir una sola de dichas posibilidades y evitar las demás. Toda la vida consiste en tener que elegir en cada instante entre varios caminos que la depara la circunstancia. Esos caminos son concretos y en número limitado, pero siempre son varios. [...] Nuestra vida está ciertamente determinada a tener que moverse en cada uno de esos momentos dentro del contorno que constituye la circunstancia concreta, es decir, que constituye ese hueco dentro del cual se abren varias posibilidades. [...] En esa circunstancia, que determina cuáles sean las posibilidades de la vida de un sujeto, figuran no solamente el marco de la naturaleza exterior, la estructura y el medio sociales (sic), sino también la educación y las capacidades adquiridas, y asimismo el propio cuerpo y el alma.¹³⁹

Gorsky y Tavants sostiene que "como quiera que constituye una unidad de pensamiento, el juicio tiene cierta estructura, una determinada composición."¹⁴⁰

En el sentido referido, también se puede acudir a la ley de los reflejos condicionados descrita por Ivan Petrovic Pavlov. Esta teoría consiste en que en los animales superiores la experiencia se vincula con los instintos para originar conductas o bien asociaciones entre el estímulo original y lo experimentado, lo que lleva a construir una idea o una operación mental menos simple que la instintiva, pero que determina el proceder consecuente.¹⁴¹

3.4.1. Psicologismo o apriorismo subjetivo u objetivo. Recasens Siches analiza tanto el apriorismo subjetivo como objetivo:

¹³⁹ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴⁰ Gorski, D. P., y Tavants P. V., *Lógica*, 2ª edición, traducción de Augusto Vidal Roget, Editorial Grijalbo, México, 1968, p. 38.

¹⁴¹ Petrovich Pavlov, Ivan, *Lectures on Conditioned Reflexes*, M. D., p. Traducido del ruso por W. Horsely Ganrr, M. D., Editado por Martin Lawrence, Limited, Londres; parafraseado por Russell, Bertrand, *La perspectiva científica*, traducción de G. Sans Huelin, Editorial SARPE, España, 1949, pp. 50-58.

...algo sería a priori porque no vendría de la experiencia sensible, sino que estaría en mí realmente como una especie de aparato o de disposición psicológica, como una efectiva configuración de mi espíritu, que lo forzaría a comportarse estimativamente de determinada manera; y, entonces, resultaría que los juicios de valor consistirían en la proyección de esa peculiar estructura de mi alma y en nada más.¹⁴²

El apriorismo objetivo, por el contrario, consiste en "principios ideales que tienen validez en sí mismos, independientemente del hecho fortuito de que yo los piense o no, o de que los piense correcta o incorrectamente; y, así, su verdad, su validez, no se fundaría en un hecho psicológico, sino que sería puramente ideal."¹⁴³

Recasens Siches analiza la estructura del psicologismo partiendo de John Locke, "según el cual las ideas son únicamente el fruto de la sedimentación de las sensaciones; y los sentimientos y los juicios morales son un mero hábito de percepciones internas de grado o de desagrado, tesis empirista, que da después lugar al desarrollo de una dirección psicologista."¹⁴⁴

Del análisis que realiza el autor, desprendemos las siguientes proposiciones del pensamiento psicologista: la ideas proceden de una estructura previa; la estructura previa se construye por estructuras internas cognitivas (la percepción juega un papel importante); las ideas y los principios se reducen a estructuras mentales: tanto la lógica como los principios, son consecuencia de procesos mentales o mecanismos del pensamiento; la ideas son proyecciones del pensamiento.¹⁴⁵ Más adelante nos detendremos en estas ideas, a efecto de identificar si este proceso al que se refiere el psicologismo es coincidente con la formación de las ideas en la construcción del objeto y de la idea misma del objeto, utilizando la construcción, uso y función de una silla para proyectar el ejemplo.

¹⁴² Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2008, p. 393.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 394 y 395.

¹⁴⁵ *Ibid.*

Recasens contradice la postura que sostiene que las apreciaciones se reducen a hechos psicológicos, porque no es factible calificarlos, dice él, solamente como fenómenos. Para demostrar esto, el autor emplea cuatro absurdos: Primero:¹⁴⁶ que atendiendo a la causalidad un hecho regularia otro hecho, por ser efecto del anterior y así, sin que exista ninguna relación jerárquica más que ser causa y efecto. Segundo:¹⁴⁷ que los valores morales y los principios lógicos no pueden ser simplemente una proyección del proceso mental porque estos se nos presentan como universales y absolutos, mientras que lo psicológico se presenta como relativo o fluctuante. Tercero:¹⁴⁸ porque el Derecho sólo tuviera sentido para los hombres justos, pero no para los que tuvieran pasiones contrarias, porque estos no se sintieran obligados por el Derecho. Cuarto:¹⁴⁹ porque el Derecho no tendría ningún sentido práctico, luego que si existiera una disputa entre dos personas cada una podría fundarse en su propia conciencia subjetiva, es decir, en que ni el otro ni un tercero tendrían la verdad porque la de los tres no pasa de ser una cuestión subjetiva, que no muestra más que cada uno tiene y crea su propio mundo.

Álvaro López al estudiar a la estructura trascendental de Kant nos muestra una configuración del espacio y tiempo como forma de la subjetividad, en la que se contiene un apriorismo necesariamente subjetivo, es decir, que precede a cualquier proposición de la razón:

Kant sostuvo que la unidad de la conciencia se encuentra sintética pero originariamente en el tiempo y en el espacio, a los cuales concibe como formas subjetivas de la intuición de lo empíricamente dado. Sostuvo que la unidad de la intuición formal pertenece a priori al espacio y al tiempo, y no al concepto de entendimiento. El espacio y el tiempo contienen un múltiple de la intuición a priori, y pertenecen a las condiciones de la receptividad de nuestro espíritu, bajo las cuales es únicamente posible recibir representaciones de objetos.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ibid., p. 402.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid., p. 402 y 403.

¹⁴⁹ Ibid., p. 403.

¹⁵⁰ López Hernández, Álvaro, *Conciencia y juicio de Kant*, 1ª edición, Universidad de Puerto Rico, Estados Unidos de América, 1998, p. 45.

Vemos que el espacio y tiempo, al menos en el pensamiento de Kant, contiene necesariamente una versión de la realidad empíricamente dada, es decir, dentro de ese espacio y tiempo se enlazan los elementos que determinan la percepción de la realidad. Lo que lleva a concluir que existe, un pensamiento *a priori* originado como unidad y enlazada con el sujeto de manera consecencial. El sujeto es el espacio y tiempo, y la realidad se somete a esta relación causal de manera determinante, lo que limita la conciencia a una unidad intuitiva y no plural; consecuentemente una persona no puede intuitivamente establecer dos sensaciones opuestas.

3.5. Determinismo estructural.

Uno de los más importantes deterministas es David Hume, que dedicó gran parte de su intelecto para demostrar que la libertad tiene sus bases fundamentales en los principios básicos de la causalidad y de necesidad.¹⁵¹ Una de las frases para identificar el determinismo tanto de los que se inclinan por esta postura, como por el mismo Hume, como lo sostiene Roger Bartra, es: "la razón es y sólo debe ser la esclava de las pasiones y no puede pretender otro oficio más que servir las y obedecerlas."¹⁵²

Hume llama falacia a aquella filosofía que intenta fundar el sentido de las acciones por la razón, y para probar esto dice, "que la razón por sí sola jamás puede ser motivo de una acción de la voluntad, y segundo, que jamás puede oponerse a la pasión en la dirección de la voluntad."¹⁵³

En Hume podemos encontrar la distinción en la que parece confundirse Dworkin, consistente en distinguir el proceso volitivo en varias etapas, una de ellas, que es la que nos interesa, versa sobre aquellas <<pasiones>>, como las llama el autor, que determinan la voluntad; lo que nos llevaría al menos a identificar dos etapas: la primera consiste en procesar todo dato sensible en el mundo perceptible por la

¹⁵¹ Bartra, Roger, *Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª edición, FCE, México, 2014, p. 205.

¹⁵² Hume, David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, 5ª edición, Porrúa, México, 2005, p. 347.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 346.

persona, y la segunda, en el acto final que se exterioriza con una acción o como la manifestación de la voluntad.

Supongamos un hecho: a una persona le secuestran un hijo; le requieren cierta cantidad de recompensa. Para ello pone a la venta un objeto, pero el comprador únicamente ofrece la mitad de su valor. En efecto la voluntad está condicionada por una pasión, si quisiéramos usar del término de Hume. En este caso es claro el condicionamiento que relaciona el resultado con la causa; sin embargo, no podríamos sostener que existe coacción de la voluntad, sino que respecto del objeto, la voluntad se manifestó totalmente libre, contrario al proceso volitivo que venía limitado por una condición inicial. Ahora bien, cabe la posibilidad de que el hombre decida no vender en esa cantidad, lo que tampoco se puede considerar libre de condicionamiento, sino que el valor o la prioridad que el sujeto asigna al objeto supera el valor que le asigna al hijo, lo que claramente evidencia un condicionamiento inicial, también para manifestar la voluntad.

Hume emplea el ejemplo de un prisionero, que puede facilitar la comprensión del proceso y de la manifestación de la voluntad:

Un prisionero que no posee ni dinero ni influjo descubre la imposibilidad de su huida tanto por la obstinación del carcelero como por los muros y rejas que le rodean, y en sus intentos de huida escoge más bien romper la piedra y el hierro, de aquellos que el torcer la inflexible voluntad de aquél. El mismo prisionero, al ser conducido al cadalso prevé su muerte como cierta por la constancia y fidelidad de sus guardianes y por la operación del hacha o de la rueda. Su espíritu sigue una cierta serie de ideas: los soldados que rehúsan consentir su huida, la acción del ejecutor, la separación de la cabeza del cuerpo, hemorragia, movimientos convulsivos y muerte. Aquí se halla una cadena de causas naturales y voluntarias; pero el espíritu no halla diferencia entre ellas al pasar de una eslabón a otro ni está menos cierto del suceso futuro que si todo ellos se hallase enlazado con las presentes impresiones de la memoria y sentidos por una serie de causa enlazadas por lo que acostumbrados a llamar necesidad física. La misma unión experimentada tiene

el mismo efecto sobre el espíritu, ya sean los objetos, enlazados, motivos, volitivos y acciones o figuras y movimientos. Podemos cambiar los nombres de las cosas; pero su naturaleza y su acción sobre el entendimiento jamás cambia.¹⁵⁴

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿por qué no todos los prisioneros les pasa por la mente o intentan escaparse de una prisión? ¿Por qué hay almas pasivas y almas rebeldes, incluso en tiempos de paz? ¿Por qué consideramos a unos ministros de la Corte como liberales y a otros como conservadores? Definitivamente la psicología podría clasificar, como lo hizo La Bruyere en su libro "Los Caracteres",¹⁵⁵ las distintas formas de pensamiento o de las formas de manifestación de la personalidad. Lo mismo hace la epistemología: una persona no elige cuál adoptar, aunque podría disimular hacerlo. Una persona no adopta la epistemología, la persona actualiza los elementos del conocimiento según corresponda. Un liberal, siempre es iusnaturalista; mientras que el positivista puede adoptar muchas formas, pero siempre busca una ilusión de orden, de organización, de jerarquía,¹⁵⁶ que le produzcan certidumbre y seguridad, es decir, que pueda lograrse el mayor grado de previsibilidad, a efecto de alcanzar el progreso.¹⁵⁷ El iuspositivismo pareciera entonces ser, como lo describe Freud, una suerte de control, previsión o defensa a los instintos naturales y a la angustia¹⁵⁸ o ambivalencia que produce la incertidumbre, la anarquía,¹⁵⁹ o bien, del riesgo que produce el conocimiento de las posibilidades futuras: es una proyección de las estructuras mentales, tanto individuales como colectivas.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 340-341.

¹⁵⁵ La Bruyère, *Los Caracteres*, 2ª edición, Porrúa, México, 2003, pp. 14-36.

¹⁵⁶ Véase Comte, Augusto, *La filosofía positiva*, 10ª edición, Porrúa, México, 2011, pp. 79-92, principalmente pp. 85-87.

¹⁵⁷ Sobre este tema, Gianmarco Gometz realiza un estudio que puede servir de base a las consideraciones principales de este trabajo. La Introducción ilustra de manera relevante sobre la necesidad imperiosa del ser humano de conocer los efectos y las causas de su conducta presente e inmediata. En: Gometz, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Del Vecchi, Marcial Pons, España, 2012.

¹⁵⁸ Freud, Sigmund, *Introducción al psicoanálisis*, 2ª edición, Porrúa, México, 2002, pp. 334-351.

¹⁵⁹ Comte sostiene que el espíritu positivo es la "única base posible de una verdadera solución de la honda anarquía intelectual y moral que caracteriza las gran crisis moderna". En: Comte, Augusto, *op. cit.*, p. 85.

Spinoza propone una serie de axiomas y proposiciones que se deben analizar a la luz de la causación como fuente de las decisiones. Si algo tiene un efecto, debemos suponer que proviene de una causa determinada. Así establece el autor su axioma III: "De una causa determinada que se supone dada se sigue necesariamente un efecto y, por el contrario, sino es dada ninguna determinada, es imposible se siga un efecto."¹⁶⁰

Por causa, Spinoza dice: "Entiendo por causa de sí, aquello cuya esencia envuelve la existencia; dicho de otro modo: aquello cuya naturaleza no puede concebirse sino como existente."¹⁶¹

De las siguientes proposiciones de Spinoza se puede abstraer el determinismo estructural, tanto lo que es necesario, como lo que ha sufrido una modificación. Esto "es" por aquello que le precede, así como su modificación:

Proposición XXIII: Todo modo que existe necesariamente y es infinito, ha habido seguirse necesariamente, o bien de la naturaleza de un atributo de Dios,¹⁶² tomado absolutamente, o de un atributo afectado de una modificación que existe también necesariamente y es infinita.¹⁶³ Proposición XXV:¹⁶⁴ Dios no es solamente causa eficiente de la existencia, sino también la esencia de las cosas. Proposición XXVI: Una cosa determinada a producir algún efecto ha sido determinada necesariamente por Dios; y la que no ha sido determinada por Dios no puede determinarse por sí misma a producir un efecto. Proposición XXVII: Una cosa determinada por Dios a producir algún efecto, no puede hacerse ella misma indeterminada.¹⁶⁵ Proposición XXVIII: Cualquier causa singular, o dicho de otro modo, toda cosa que es finita y tiene una existencia determinada, no puede existir y ser determinada a producir algún efecto, sino está determinada a existir y a producir este efecto por otra causa que es por

¹⁶⁰ Spinoza, *Ética/Tratado teológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 10

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶² Por Dios Spinoza nos dice: Entiendo por Dios un ser absolutamente infinito, es decir, una sustancia constituida por una infinidad de atributos de los que cada uno expresa una esencia eterna e infinita. *Ibid.*

¹⁶³ Spinoza, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 30.

su parte finita y tiene una existencia determinada; y a su vez, esta causa no puede tampoco existir y estar determinada a producir algún efecto, si no está determinada a existir y a producir este efecto por otra que es también finita y tiene una existencia determinada, y así hasta lo infinito.¹⁶⁶ Proposición XXIX: Nada hay contingente den la naturaleza; todo está, en ella determinado por la necesidad de la naturaleza divina de existir y producir a'gún efecto de cierta manera.¹⁶⁷ Proposición XXXII: La voluntad no puede llamarse causa libre, sino solamente causa necesaria.¹⁶⁸ Lema III: Un cuerpo en movimiento o reposo ha de ser determinado al movimiento o reposo por otro cuerpo que ha sido determinado al movimiento o al reposo por otro; este otro a su vez lo fue por otro, y así hasta el infinito.¹⁶⁹ Proposición XLVIII: No hay en el alma voluntad alguna absoluta o libre, sino que el alma es determinada a querer esto o aquello por una causa que es determinada también por otra, y ésta a su vez por otra, y así hasta lo infinito."¹⁷⁰

Martin Heidegger en su estudio del "ser y el tiempo", nos dice que:

El "ser ahí" es un ser factico, en cada caso, como ya era y "lo que" ya era. Expresamente o no, es su pasado. Y esto no sólo porque su pasado le quede "a las espaldas", por decirlo así, y posea un pasado como una peculiaridad aún "ante los ojos" que a veces obra todavía en él. El "ser ahí" "es" su pasado en el modo de su ser que, dicho toscamente, "se gesta" en todo caso desde su "advenir". El "ser ahí", en su modo de ser en todo caso, y según esto también con la comprensión del ser que le es inherente, está envuelto es una interpretación tradicional de él, y se desenvuelve dentro de ella. Partiendo de ella se comprende inmediatamente y dentro de cierto círculo constantemente. Esta comprensión abre las posibilidades de su ser y las regula. Su peculiar

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 82.

pasado –y esto quiere decir siempre el de su “generación”- no sigue al “ser ahí”, sino que en cada caso ya le precede.¹⁷¹

De Heidegger podemos extraer que “Yo” aquí y en este lugar, soy el resultado de mi pasado, no soy el resultado azaroso o espontáneo de una voluntad. Mi voluntad no nace en este momento, viene precedida y es origen de algo anterior. Tengo una idea de lo que soy a partir de lo que he comprendido que soy; soy yo por lo que he sido. Mi voluntad es el resultado de lo que soy, de mi ser en el tiempo.

García Morente en sus reflexiones sobre psicología,¹⁷² y realizando una introspección parece contrariar las ideas pasadas, respecto de que somos lo que hay en nuestra alma, o de lo que hemos sido. Yo soy –dice el autor- un ser distinto a mis emociones, a mis recuerdos, a mis deseos, a mis sensaciones; todas éstas son mías, están en mi alma, pero no son Yo. Mi Yo trasciende más allá de todo aquello, sigo existiendo con eso y a pesar de eso. El autor sostiene que “Yo no soy lo que he vivido, aunque reconoce que lo consciente puede devenir inconsciente. Afirma que el Yo permanece en el centro del alma, pero tampoco es el alma. Las sensaciones, los deseos y demás, giran alrededor del Yo. No hay, como lo entiende el autor, una relación lineal entre el Yo con lo demás,¹⁷³ porque éstas se ubican en la periferia:

Estos fenómenos psíquicos gravitan francamente hacia el punto centro en donde se aloja el yo estricto. Sin duda tienen muchos, con su base, su causa, por decirlo así, en el grupo anterior de las vivencias objetivas; pero lo característico de los sentimientos y de las emociones es que, provocadas por sensaciones, percepciones, pensamientos, imágenes, desarrollan dentro, es la región céntrica del alma, una dilatación y conmoción amplísima que propende a ocupar todo el ámbito psíquico y a invadir el yo mismo.¹⁷⁴

¹⁷¹ Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, traducción de José Gaos, 2ª edición, FCE, México, 1971, p. 30.

¹⁷² García Morente, Manuel, *Estudios y Ensayos*, Porrúa, México, 1992, pp. 153-168.

¹⁷³ Posición contraria sostiene Bergson, en palabras de John M. Desterreicher, al sostener que la conciencia no es un despliegue divisible: “Los estados del yo viviente están en flujo, no congelados, no están aislados, sino entrelazados como las notas de una melodía, porque la conciencia es una corriente, una unidad. En: Bergson, Henry, *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, 2ª edición, Porrúa, México, 1997, p. XII.

¹⁷⁴ García Morente, Manuel, *Estudios y Ensayos*, op. cit., p. 159.

Se entiende pues que el Yo se encuentra en el centro, de donde parte una relación que los vincula de forma circular, iniciando en el Yo y circulando por la periferia; cruzando y abstrayendo de cada sensación, percepción etc., aquello que le sirve para exteriorizarse. Entiendo pues esa relación como una línea curva, que se aleja cada vez del Yo, transitando por la periferia, y que regresa al punto inicial y vuelve a trazar su curso, como un espiral.

Así, no es una posición determinista, en el sentido lineal, pero sí estructural, en el sentido que el Yo se encuentra en el centro, y se configura conforme transita por las esferas ubicadas en la periferia; consecuentemente la proposición se configura mediante un mecanismo en forma de espiral.

Descartes alude a ciertas proposiciones que resultan relevantes para este apartado: "la diversidad de nuestras opiniones no procede del hecho de que unos sean más razonables que otros, sino tan sólo del hecho de que conducimos nuestras pensamientos por vía diversas y no consideramos las mismas cosas."¹⁷⁵ Si estos dos enunciados son verdaderos, lo que no está sujeto a demostración sino a prueba, sería suficiente para establecer el determinismo; sin embargo, son enunciados hipotéticos, carentes, al menos así se advierte, de dicho proceso de comprobación. A pesar de esto, de dichos enunciados podemos advertir cierto esquema del pensamiento del autor: 1) que contempla cierta estructura del pensamiento previamente establecida; 2) que contempla cierta estructura del pensamiento formada por enunciados empíricos, es decir, que la experiencia influye en la formación de las estructuras del pensamiento; 3) que el tiempo y espacio influyen en la forma en que se perciben los hechos; y 4) que la derivación del razonamiento funciona en forma de espiral.

Recasens Siches se pregunta: si los elementos racionales o intelectivos no proceden de la experiencia ¿de dónde derivan? Y nos dice:

Descartes decía que del alma misma, del "tesoro de mi espíritu". Leibniz afina considerablemente esta doctrina: dice que se trata de verdades innatas, pero

¹⁷⁵ Descartes, René, *El discurso del método*, Traducción de Juan Carlos García Borrón, Editorial SARPE, Madrid, 1984, p. 34.

advertir en seguida que por tales no debe entenderse unos conocimientos preformados en la conciencia con los que viniéramos a la vida, sino sencillamente aquellas ideas para cuya formación cuento siempre con las fuerzas necesarias, aunque de hecho no las conozca en un determinado momento y aunque no las llegue nunca a conocer.¹⁷⁶

Recasens acota en pensamiento anterior, y nos dice:

...urge advertir con toda precisión que hasta ahora lo único que he afirmado es que la raíz o el fundamento primero de toda estimación es una idea *a priori*; pero que no he afirmado de ningún modo que en los juicios estimativos sobre el Derecho no intervengan otros ingredientes de origen empirico. Pues de notorio que para enjuiciar un Derecho histórico o para elaborar un ideal jurídico, no basta con las puras ideas de valor, sino que es preciso que éstas sean conjugadas con la experiencia de las realidades sobre la cuales van a ser proyectadas. Lo jurídico —como todas las funciones de la vida humana— se halla enraizada siempre en una circunstancia concreta de hecho y se refiere a unos determinados hombres. Lo jurídico —como todos los demás quehaceres humanos— es una forma de vida para satisfacer determinadas necesidades, las cuales, si bien tienen una constancia funcional, están concretamente condicionadas por las circunstancias especiales de realidad social, de tiempo y de lugar; en suma condicionadas por el concreto nivel histórico de que se trate.¹⁷⁷

Podemos advertir que cualquier solución o cualquier forma que se utilice para identificar la forma de vida jurídica está determinada por condiciones iniciales, que contienen elementos diversos a los empiricos, y que el espacio y el tiempo guían la función de lo que la persona es y será, y en consecuencia, también, en el cómo el ser humano se determinará.

Veamos ahora la primera proposición analítica de Aristóteles: "Todo conocimiento racional, ya sea enseñado, ya sea adquirido, se deriva siempre de nociones

¹⁷⁶ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2008, p. 386 y 387.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 390 y 391.

anteriores.¹⁷⁸ Si nos detenemos en este enunciado, advertiremos una similitud de elementos que encontramos en Descartes dos mil años después: 1) una noción anterior, en la que forzosamente encontraremos una estructura del pensamiento previamente establecido; 2) para la formación de la noción se requiere de enunciado empíricos; 3) la noción, se realiza en un tiempo y espacio; 4) por último, parece que Aristóteles establece una derivación lineal del pensamiento.

La proposición en la que se origina el determinismo tiene su origen en que no podemos decir lo que no sabemos: "...cuando creemos saber que la causa por la que la cosa existe es la causa de esta cosa, y por consiguiente, que la cosa no puede ser de otra manera que como nosotros la sabemos."¹⁷⁹

Alejandro Tomasini parafraseando a Parménides nos dice "que no se puede imaginar, pensar, hablar de lo que no es."¹⁸⁰ Para ejemplificar lo anterior, supongamos que a una persona le preguntan qué comida le parece mejor, la mexicana o la balcánica.¹⁸¹ Respecto de la comida mexicana la persona representará una imagen del sentido del gusto que tiene sobre ella a través de enunciados empíricos; sin embargo, respecto de la comida balcánica tendría que decir, que no la conoce, incluso, ni siquiera pudiera formarse una idea sobre ella porque no tiene punto de comparación. Es necesario probarla para emitir una opinión. El problema, es que en el mundo de las ideas, y principalmente del Derecho, muchas veces es imposible realizar ejercicios empíricos, incluso hipotéticos, sobre las cosas, por lo que la conclusión se basa en una referencia¹⁸² visual o gustativa remota o identificable que se tenga sobre determinada cosa. El aborto, por ejemplo, no se puede resolver únicamente atendiendo al contenido mismo del enunciado. Tampoco se puede resolver exclusivamente con la proposición normativa (juicio de valor) "de la libertad", porque sería tanto como decir

¹⁷⁸ Aristóteles, *Tratados de lógica (El organón)*, 14ª edición, Porrúa, México, 2013, p. 213.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 215

¹⁸⁰ Tomasini Bassols, Alejandro, *Filosofía Analítica, un panorama*, 2ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2012, p. 19.

¹⁸¹ En el presente ejemplo, se debe suponer que la persona desconoce la comida balcánica, incluso, desconoce su existencia, así como cualquier referencia.

¹⁸² Searle, John R., *Razones para actuar*, op. cit., p. 262.

que la comida balcánica es buena o mala, sin siquiera conocerla¹⁸³ o tener una noción de ella. El aborto plantea una diversidad de cuestiones, tanto morales como éticas, respecto de lo bueno y lo justo.¹⁸⁴

Una persona pues, no puede pensar en algo que en su mente no existe;¹⁸⁵ sería como si un cocinero tuviera la posibilidad de cocinar algo con ingredientes que no tiene. El cocinero sí puede por otra parte, formular una recreación mental de la preparación de un platillo, pero todos esos datos existen en su mente, incluso, aquellos ingredientes que en la realidad no existen, pero que por analogía los crea partiendo de otros. En pocas palabras, hasta este momento, dentro de los humanos, no hemos hablado de lo que en nuestra mente (la mente humana) no existe, y todo de lo que podemos hablar, deriva de algo previo, de datos preexistentes y de la determinación de las cosas.

Kant nos dice, por ejemplo, que el ciego de nacimiento no puede representar la oscuridad porque no conoce la luz; el salvaje la opulencia porque no conoce la pobreza; el ignorante desconoce su ignorancia porque no tiene idea de la ciencia.¹⁸⁶

Esto es a lo que Aristóteles llama inteligible: los atributos y la función de la cosa la vuelven inteligible; "y pues la cosa no es inteligible sino por su definición y su esencia."¹⁸⁷ Nadie puede decidir algo que no sea inteligible, que pueda existir en la mente, o bien, que simplemente no exista, aunque pueda existir, pero en determinado momento no exista en la mente. Por ejemplo, la Constitución, la concepción de Estado, las formas de gobierno y de la división de poderes, no es nueva, su existencia, en el mundo de las estructuras mentales, tiene una inteligibilidad muy remota e identificable, si bien no en la concepción moderna, si como estructura del pensamiento, como da cuenta Aristóteles en el libro La

¹⁸³ Uno de los errores que plantea Searle es el hecho de hablar de cosas sin conocerlas, como hablar de racionalidad sin saber cómo funciona la mente; en: Searle, John R., *Razones para actuar, Una teoría del libre albedrío*, Traducción de Luis, M, Valdés Villanueva, Ediciones Nobel, España, 2000, p. 51.

¹⁸⁴ Margarita Boladera; El aborto ¿Es bueno todo lo que es justo? En: *La justicia entre la moral y el Derecho*, Edición y Coordinación Pedro Luis Blasco, Trotta, España, 2013, pp. 143-164.

¹⁸⁵ Véase a Wittgenstein: *Tractatus Logico-Philosophicus*, op. cit., Proposición 5.6.

¹⁸⁶ Kant, *Crítica de la razón pura*, 15ª edición, Porrúa, México, 2012, p. 332.

¹⁸⁷ De Aquino, Santo Tomás, *De los principios de la naturaleza, el ente y la esencia sobre la eternidad del mundo*, Traducción de José Antonio Miguez, Manuel, SARPE, España, 1983, p. 56.

Política,¹⁸⁸ esto es lo inteligible. De lo que se puede hablar, de lo que se puede pensar; de lo que no, como dice Wittgenstein, se debe callar.

Hobbes por su parte concibe que la justicia y la injusticia no proviene de un estado racional; la razón provee de métodos y técnica para alcanzar lo que pasión dicta: "justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones."¹⁸⁹ "La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso."¹⁹⁰

Sergio Rábade, en su Teoría del Conocimiento nos dice que:

El primer modo es entender la razón como función cognoscitiva. Se trata de una función cognoscitiva de segunda potencia, ya que debe actuar tras la previa o posesión de conocimientos. Los estadios anteriores han sido precisamente los encargados de adquirir y constituir los diversos conocimientos. Tras ellos, la razón es la encargada de llevar a cabo una tarea de organización y sistematización.¹⁹¹

La razón es una función, y no puede ser el origen de la decisión, aunque necesariamente articule lo inteligible, pero siempre bajo una estructura de un conocimiento dado; "es el proceso de perfeccionamiento de los conocimientos habidos."¹⁹²

Por supuesto que la razón es inteligible, pero primero es necesario que sea inteligible, para después ser razón, y si esto es así, la razón se forma, se crea o se construye a partir de lo que existe en el "ser", a partir de lo inteligible. La razón no puede crear o deducir nada fuera de esto. La razón es el mecanismo, es la forma

¹⁸⁸ Aristóteles, *La Política*, Editorial Alba, Estados Unidos de América, 1999, pp. 49-120.

¹⁸⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatán I*, Traducción de Juan Carlos García Borrón, SARPE, España, 1984, p. 138.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Rábade Romeo, Sergio, *Teoría del conocimiento*, 4ª edición, Ediciones Akal, España, 2010, pp. 152-153.

¹⁹² *Ibid.*, p. 153.



la técnica, pero no son los engranes. Éstos ya existen, como estructuras, construcciones de lo que "se es".¹⁹³

3.5.1. La razón suficiente de Leibniz. El autor parece estar de acuerdo con esto: dentro de ese origen determinista, se produce la contingencia y la libertad. La libertad se origina por la razón suficiente que deriva de la existencia y la posibilidad de ordenar la decisión en base a una finalidad, pero que se inclinará por una razón de tal grado, que sea suficiente para decidirse por esa opción, que sea suficiente y que tenga una razón para existir.¹⁹⁴

En Leibniz podemos encontrar diversas proposiciones que se encuentran en el desarrollo de las demás ciencias. Por ejemplo, los juegos de azar, lo son, única y exclusivamente cuando se desconoce los datos y su funcionamiento. Como tirar la moneda al aire para afinar sobre qué cara caerá: si tuviéramos los datos suficientes, sabríamos con certeza si al lanzar la moneda obtendremos cara o cruz. Es cara o cruz porque lo pudo ser, aunque desconozcamos la razón de ello.¹⁹⁵

Lo mismo sucede con la decisión, no podemos saber si la decisión será cara o cruz porque no contamos con los datos para predecir si la mente optará y accionará alguna de esas opciones, es decir, desconocemos las causas que motivan la decisión, pero no porque no existan, lo que nos llevaría necesariamente a un libre albedrío, sino porque simplemente las desconocemos.

En otras palabras, el ignorante no sabe, incluso que sabe, pero ello no significa que no exista el conocimiento, simplemente lo que existe en él, es la ignorancia.

El principio de razón suficiente debe originarse en lo inteligible, algo es porque puede ser.¹⁹⁶ Supongamos que le damos a un chef y a una persona común varios ingredientes. ¿Cuántos platos puede cocinar el chef y la persona común? Aquí en

¹⁹³ Véase De Aquino, Santo Tomás, De los principios de la naturaleza, el ente y la esencia sobre la eternidad del mundo, Traducción de José Antonio Miguez, Manuel, SARPE, España, 1983, pp. 113-116.

¹⁹⁴ Leibniz, Godofredo G., Discurso de metafísica/Sistema de la naturaleza/Nuevo tratamiento sobre el entendimiento humano/Monadología/Principios sobre la naturaleza y la gracia, 5ª edición, Porrúa, México, 2014, pp. XXXVIII y XXXIX.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 471.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 473.

realidad no importa el número de platillo, porque probablemente el chef y la persona común cocinen tantos platillos como su mente les permite realizar con esos ingredientes, no así las posibilidades reales que se puedan cocinar con esos platillos. Consecuentemente, de entrada, apostaría a que el chef cocinará un número mayor de platillos y obtendrá un mejor sabor que lo que puede obtener la persona común. El chef cocinará lo que puede atendiendo a su conocimiento, y lo que se puede cocinar, porque dentro de sus realización pueden suceder accidentes que produzcan un nuevo platillo, y esto sucederá, porque existe la posibilidad de que suceda.

Así, un carpintero ve en un árbol una mesa o varios objetos; mientras que una persona común sólo ve el fruto y el tipo de árbol, sus atributos visibles.

Francisco Larroyo nos dice, entre otras cosas, que la filosofía de Leibniz:

...es una filosofía del orden; lo que se compagina por principio, con una concepción racionalista. Si la razón de algo es la concatenación de las verdades, y éstas se refieren a los objetos por conocer, orden y racionalidad son inseparables en la meditación filosófica. El orden, por otra parte, no ha de culminar en u determinismo o explicarse more geométrico (como en Spinoza). La realidad es compleja. En ella existe una ordenación o concierto variable de posibilidades; contiene sucesos o hechos libres, dispuestos, por cierto, dentro de una sucesión conforme a ciertas reglas de existencia universal.¹⁹⁷

El conocimiento se forma tanto de forma empírica como racional. Para Leibniz son tres las verdades que se pueden descubrir: las innatas, las empíricas y las de la razón. Estas tres esferas están contenidas en las estructuras del pensamiento. Por supuesto que el autor niega el determinismo en el sentido aceptado por Locke, pero considero que lejos está de negar el determinismo. Por ello, si se acepta la existencia de verdades o ideas innatas, se debe de alguna u otra manera aceptar

¹⁹⁷ Estudio introductorio de Francisco Larroyo, p. XXVII. En: Leibniz, Godofredo G., *Discurso de metafísica/Sistema de la naturaleza/Nuevo tratamiento sobre el entendimiento humano/Monadología/Principios sobre la naturaleza y la gracia*, 5ª edición, Porrúa, México, 2014.

un tipo de determinismo, y eh aquí, en Leibniz, donde se encuentra el determinismo estructural y no finalista o resultadista.

Lo estructural de su determinismo es porque lo que él considera como innato, es una preformación sujeta a variaciones, como se explica en el evolucionismo aquí tratado. Una serie de variables modifican la condición inicial hacia una u otra dirección, entendiendo que siempre hay al menos dos posibilidades. De entrada, toda proposición puede ser verdadera o falsa, lo que evidencia que ante todo <<si>>, siempre cabe un <<no>>; produciendo lógicamente, dos finales; incluso cabe la posibilidad de negar una verdad evidente.

3.5.2. Hauser¹⁹⁸ y la mente moral. En este apartado se analizarán algunas proposiciones que se encuentran en el libro "La mente moral; partiendo de los mecanismos psicológicos que describen "los principios inconscientes e inaccesibles que subyacen a los juicios de una persona madura respecto de los que está bien y lo que está mal."¹⁹⁹

Hauser sostiene que todos aquellos que utilizan o practican la razón, la lógica, la ética, etc., como por ejemplo el Derecho, para solucionar una problemática, "comparten una misma perspectiva: el razonamiento moral consciente a partir de principios explícitos es la causa de nuestros juicios morales."²⁰⁰

El autor sostiene que la idea de formarse juicios o decidir utilizando las mejores razones es una ilusión.²⁰¹ Sostiene "que los juicios morales están mediados por un proceso inconsciente, una gramática moral oculta que valora causas y las

¹⁹⁸ Marc D. Hauser es profesor de psicología, biología de los organismos y biología evolutiva, así como de antropología biológica, en la Universidad de Harvard, donde dirige el Laboratorio de Evolución Cognitiva y es codirector del programa "Mente, Cerebro y Comportamiento". Véase reverso de la portada del libro "La mente Moral".

¹⁹⁹ Hauser, Marc D., La mente moral, Traducción de Miguel Candel, Título Original, Moral Minds, Paidós, España, 2008, p. 201 y 202.

²⁰⁰ Ibid., p. 25.

²⁰¹ Esta afirmación es notoriamente contraria a las posturas sostenidas por Leibniz en la que considera que la libertad está basada en la razón suficiente. En: Leibniz, Godofredo G., op. cit., pp. 463-491.

consecuencias de las acciones propias y ajenas. Este enfoque traslada la carga de la prueba de una filosofía moral a una ciencia de la moral.²⁰²

Esta forma inconsciente de formularse juicios, es lo que permite entender nuestros comportamientos y decisiones, para luego calificarlos como injustos, permisibles o punibles.

Una cuestión relevante, que pareciera coincidir con Searle, es que Hauser considera que no existe una conexión causal entre el "es", con el "debe ser", es decir, que el hecho de que algo exista o se conciba como tal, no necesariamente provoca la acción. Esto, incluso, pareciera también aplicar al análisis que realiza Carl Schmitt²⁰³ cuando se pregunta si el Derecho está determinado, en el sentido de que la descripción del pensamiento determine las cuestiones prescriptivas del Derecho.²⁰⁴

Una cuestión planteada por el autor, que también analiza Perelman para resolver los casos con una ilusión de objetividad, como se verá en Searle respecto de la dirección de ajuste, al analizar la novela de "La apelación", es la proximidad y la probabilidad.

Hauser analiza las acciones de altruismo y sus distinciones, como el hecho de ayudar a una niña ensangrentada tirada junto a la carretera, así como la de ayudar, incluso con un gasto económico menor, a un niño en un país distante. La percepción y la acción son distintas, y se explica por la proximidad y la probabilidad.²⁰⁵

Perelman utiliza un relato chino: "Un rey ve pasar a un buey que debe ser sacrificado. Tiene piedad del él y ordena que lo sustituya un cordero. Confiesa que esto ha sucedido porque veía al buey y no veía al cordero."²⁰⁶

²⁰² Hauser, Marc D., op. cit., p. 26.

²⁰³ Schmitt, Carl, Posiciones ante del Derecho, traducción de Monserrat Herrero, Tecnos, España, 2012, pp. 69-97.

²⁰⁴ Más adelante se verá el pensamiento de Spinoza, en el sentido de establecer que el Derecho es una proyección del pensamiento. En: Spinoza, op. cit., p. 48.

²⁰⁵ Hauser, Marc D., op. cit., pp. 34-36.

²⁰⁶ Meng-Tseu, Premier livre, § 7 (Pauthier, Confucius et Manlius, pág. 230 y sigs) resumido por Pareto, Traité de sociologie, I, pág. 600 (§1135) a propósito del análisis de la piedad como residuo, en: Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 193.

La presencia influye de manera directa en nuestra sensibilidad. Es un dato psicológico que, como lo muestra Piaget, ejerce una influencia desde el punto de vista de la percepción: durante la confrontación de elementos –por ejemplo, un patrón fijo y los tamaños variables con los que se compara-, se supervalora precisamente aquello sobre lo que la mirada se centra, lo que se ve mejor o más a menudo.²⁰⁷

Vemos claramente pues, que el elemento psicológico está presente: los enunciados empíricos se utilizan para proyectar una realidad próxima que influya en la decisión del juez, o bien, que le produzca una sensación más próxima de la realidad y de los sucesos que se actualizan dentro o fuera del análisis formal, para que se comprenda los alcances de la decisión próxima a adoptar.

La proximidad tiene relevancia dentro de la causación efectiva, luego que el mundo se ha diversificado en tantos mundos como pueda imaginar el sujeto, principalmente por la globalización mediática y el acceso prácticamente a todos los medios de comunicación, lo que produce una ilusión de proximidad respecto de un sin número de condiciones, como por ejemplo, el estilo de vida de los árabes, judíos; de etnias africanas, de ciudades asiáticas, europeas; de estilos de vidas modernos; y en general, la ilusión de la realidad encuentra el elemento de proximidad en la cantidad de información que recibe a diario; situación que no acontecía en décadas anteriores y mucho menos en siglos pasados.

Con lo anterior refiero que en la actualidad las condiciones iniciales o los condicionamientos hayan evolucionado por el elemento de proximidad que se tiene de las cosas, que influye de manera determinante para inclinarse por una u otra decisión. La posibilidad de identificar un condicionamiento es mayor cuando el sujeto es más ignorante, es decir, a mayor ignorancia, mayor condicionamiento.

La proximidad es un elemento natural que el hombre ha desarrollado de manera artificial. La iglesia la ha utilizado para condicionar la conducta de la humanidad, los empresarios para lograr colocar en el mercado sus productos; los hombres para

²⁰⁷ Piaget, *Introduction à l'épistémologie génétique*, vol. I, págs. 174-175; citado por Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, p. 193.

seducir, los políticos para ganar elecciones; y los escritores, como su mejor herramienta o técnica, para lograr en el lector esa ilusión de realidad que les permite trasladarse de un escritorio a un cuento o a una trama lleno de fabulas y suspense.

Veamos lo siguiente:

Dos personas, en situaciones distintas, en condiciones sociales, económicas y culturales similares se enfrenta a una decisión, consistente en decidir comprar o no un producto. Maria padece de diabetes desde hace diez años, mientras que Guadalupe, vecina y amiga de maria, parece estar sana. Roberto, un vendedor de productos, llega a la casa de Guadalupe, toca a su puerta expresa: ¿No compra productos para la salud, para problemas renales y todo tipo de enfermedades? Cómodamente desde el asiento de su sala Guadalupe responde –¡no gracias! Lo mismo sucede cuando el vendedor acude con Maria.

Otro vendedor, Ignacio, toca a la puerta de Guadalupe, y con mucha seguridad le dice: Buenos días señora Guadalupe, venga porque he venido a regalarle algo. ¿Cómo? –responde Guadalupe- tengo algo para regalarle –replica Ignacio.

Guadalupe se levanta desde su cómodo sillón y con un grado de incertidumbre y curiosidad acude a la puerta:

-Hola Guadalupe ¿Cómo estás? Hoy vengo a regalarte algo. ¿Quieres el regalo que traigo para ti? Guadalupe un tanto incrédula duda en su respuesta.

-No tengas dudas Guadalupe. Ahorita lo vas a ver. Te voy a regalar algo que te va a dar mucha salud.

Guadalupe ¿tienes alguna enfermedad? ¡No! –Responde. ¿Conoces a alguien que tenga o haya tenido cáncer diabetes o algo así? ¡Si! ¿Sabes que actualmente el diabetes y el cáncer son la causa principal de muerte de las mujeres? ¿Sabias que personas aparentemente sanas pueden tener o desarrollar estas enfermedades sin saberlo? ¿Sabias que las personas con diabetes y cáncer tienen una calidad de vida muy bajo y que recurrentemente tienen que estar entrando y saliendo del hospital? ¿Sabes que su calidad de vida puede ser muy mala? ¿Sabes que si no se cuidan o se tratan esas enfermedades llegan a ser muy dolorosas?

Después de varias preguntas el vendedor le informa de una serie de pasos naturales y de cuidados para prevenir y tratar tales enfermedades, y que con cierta responsabilidad las personas pueden evitar esas enfermedades, o las que ya las tienen, tener una buena calidad de vida, incluso algunos hasta aliviarse. Todo está –le dice el vendedor- en regenerar la células. En consumir antioxidantes. ¿Sabías que estos los puedes encontrar en muchas frutas muy baratas y otras que te encuentras en cualquier tienda, pero que son tan baratos que la gente no les da la menor importancia? Y por lo mismo las empresas y la televisión no nos lo dicen, porque si los sabemos no compraríamos los productos hechos por ellos.

Ese es el regalo que te vengo a dar. Que conozcas lo que puedes consumir para no padecer esas enfermedades tan dolorosas. ¿Quieres evitar esas enfermedades? ¿Quieres vivir bien? ¡Sí! –Responde con mucha firmeza Guadalupe. Pues bien, aparte de la información, te voy a regalar este producto, que es un conjunto de antioxidantes, con esto regeneraras todas las células que provocan el cáncer y la diabetes. Mira, en la compra este producto te estamos regalando este que tienes en tu mano.

Algunas personas logran comprarlo, otras no. La situación económica influye de manera determinante en la decisión. En este caso, Guadalupe compró el producto.

Cuando Ignacio toca a la puerta de María, a la primera pregunta ella responde que tiene diabetes. Y el vendedor omite todas las preguntas, se va directo a los beneficios del producto. María convencida decide comprarlo.

Si observamos detenidamente, se podría decir que Ignacio es mejor vendedor que Roberto; sin embargo, lo que realmente advertimos son dos elementos: la identificación de una condición (condicionamiento), o bien, la construcción de uno, es decir, de una necesidad. Ambas tienen una necesidad, sólo que en María el condicionamiento o la necesidad es más próxima que la otra.

En ambas se utilizaron condicionamientos iniciales como las figuras de autoridad y de vinculación, como dar instrucciones y llamarlas por sus nombres. Se les creo la

ilusión de una satisfacción sin costo, lo que advierte también una condición inicial de toda sociedad actual.

Así, el buen vendedor o seductor identifica los condicionamientos para crear ilusiones de satisfacción, incluso para crear la ilusión de libre albedrío. Utiliza los condicionamientos para construir una imagen acorde a sus pretensiones.

En el caso de mexicano, lo podemos ver, como ejemplo claro, con los comerciales de Lolita Ayala, en los llamados infomerciales "información que cura". Posterior a ellos, vienen las imágenes de los productos que hacen referencia a ese problema, es decir, primero se condiciona, y después se razona.

Todos estos ejemplos utilizan enunciados empíricos para crear la ilusión de proximidad. Los enunciados empíricos para la causación efectiva, deben tener vínculo o nexo con las condiciones del sujeto o del auditorio a quien va dirigido.

Si no existe ese vínculo, el enunciado empírico no tiene ningún efecto, porque esa información no existe en la mente del sujeto y entonces el elemento de proximidad carece de efecto alguno, porque el sujeto se ve ajeno a esa realidad, como se describe con los ejemplos utilizados en este trabajo respecto de la decisión para elegir qué comer, o bien imaginar algún tipo de alimento. Se puede utilizar el ejemplo de Hauser, en el que los niños no son capaces de oscilar entre varias imágenes a determinada edad.²⁰⁸ Otro ejemplo que podríamos emplear, es que si un bebé sólo ha consumido leche, su elección cuando tenga hambre será leche, porque no existen otros elementos de elección, y la condición inicial dirige su decisión.

En estos casos la forma de representar la realidad (como realidad próxima), tiene un nexo directo y efectivo en el efecto; pero ¿qué sucede cuando la decisión versa sobre la acción de matar a alguien para que más personas sobrevivan? O bien, dejar morir a alguien para el mismo efecto.

²⁰⁸ Hauser, Marc D., *op. cit.*, p. 62.

Hauser plantea algunos casos ilustrativos en los que el razonamiento resulta insuficiente, incluso llega o puede calificarse como inhumano o cruel, no así desde el punto de vista del mayor beneficio producen o la mayor utilidad; en la que a un doctor se le plantea salvar la vida de cinco personas sacrificando la de una; o bien, en la que un maquinista debe decidir entre evitar que mueran cinco o una persona que se encuentra en las vías;²⁰⁹ y sin embargo, la mente humana se decidirá por la decisión donde la acción propia del sujeto sea en menor medida. Es decir, que la acción provoca un mayor grado de culpa que la omisión. No es lo mismo, desde el punto de vista de la percepción y la sensación, matar que dejar morir, aunque ambas tengan el mismo efecto.

La decisión de las personas, nos dice Hauser, transita por una doctrina religiosa o una postura deontológica que nos dice que matar es malo,²¹⁰ y si esto es así, necesariamente existe un condicionamiento que permite que la persona pueda tomar esta decisión de manera instintiva o racional.

Traslademos ahora estos conflictos a un razonamiento constitucional, como el aborto: ¿qué permite inferir que las mujeres pueden abortar? Si el debate se plantea como conflicto entre la vida y la libertad de las mujeres a decidir entre su propio cuerpo, estamos ante un verdadero conflicto de juicios de valor, como lo sostiene Hauser. Si la razón dicta el resultado, la Corte decidirá lo que es mejor²¹¹ para la sociedad, o la humanidad; pero si resuelve así, entonces surge otro problema: ¿quién es la Corte, conformada por once hombres, para decidir la conducta humana? Si la solución es jurídica, de ¿dónde se deduce la posibilidad de abortar? Si la solución es intuitiva, ¿cómo sostenemos que una cosa u otra es mala?

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 59-71.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 60.

²¹¹ Las soluciones "de lo que es mejor" se producen por las estructuras subyacentes: Daniel H. Castañeda realiza un estudio sobre estas partiendo del *ius* (posición): lo que aprueban los jueces y refiere que "estas decisiones de los jueces no serán sobre todas las cosas, sino sólo sobre aquellas que impliquen un conflicto o desorden en la relaciones sociales, el cual haya necesidad de ordenar." [pág. 7] En: *Filosofía de la Jurisprudencia, La recuperación del caso en la vida del Derecho*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2007, pp. 3-18.

Si planteamos por sí sólo la pregunta de si es bueno o malo abortar, la respuesta, atendiendo a la doctrina religiosa y la postura deontológica nos dice que es malo. Porque quitar la vida a alguien es matar, y matar es malo. Sin embargo, pareciera que en estos casos el elemento de proximidad cobra también un valor relevante. Matar es malo, pero el grado de maldad o de permisibilidad se modifica cuando matas a un bicho, a un animal salvaje, a un simio, a un ave, o a un animal doméstico.

Dicha modificación también se advierte cuando la muerte se le causa a un criminal, a una persona de la tercera edad, a un joven, a un niño, a un bebe, a un recién nacido, al producto previo a nacer, al producto en formación humana, al feto etc.

Se puede utilizar la variación cultural como condiciones iniciales para determinar el sentido moral de una decisión. Sobre esto Hauser nos dice:

Para clarificar la relación entre universalidad y variación cultural, consideremos el acto de infanticidio. Para los estadounidenses se trata de un acto bárbaro, característico de persona que precisan de adoctrinamiento moral sobre el cuidado de los niños. Para los esquimales y otras culturas, el infanticidio es moralmente lícito y justificable habida cuenta de la escasez de recursos y otros aspectos de la reproducción y la lucha por la supervivencia. Si dos cultural ven el mundo a través de lentes morales completamente diferentes, quiere decir que nuestros valores éticos sólo son relativos a los detalles de la cultura local y susceptibles de variación.²¹²

Tanto en los jueces como en la sociedad el elemento de proximidad como condicionamiento juega un papel relevante. Se pueden elegir razones, como aquellas que sostiene que el producto de la concepción a las doce semanas no ha desarrollado ciertas conexiones neuronales que permite la sensación etc., y hasta ahí es permisible evitar el desarrollo de la vida, incluso, cuando éste aun no tenga forma humana. Sin embargo, todos los argumentos, razones, intuiciones etc., no son más que posturas a las condiciones y posturas que cada uno intenta justificar. Esta última forma de justificación, parece ser la descrita por Hauser como la criatura

²¹² Hauser, Marc D., *op. cit.*, p. 72.

rawlsiana: "maquinaria que permite emitir veredictos morales fundados en principios inconscientes e inaccesibles. Se trata de una criatura con instintos morales."²¹³

Por ejemplo, nos dice Hauser: "Si estamos de acuerdo en que una mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, entonces debe tener derecho a abortar."²¹⁴ Si utilizamos el primer enunciado: La mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo"; estamos ante la presencia de la criatura rawlsiana, descrita como modelo 3:

...en el que la percepción de un acción o un acontecimiento pone en marcha un análisis de causas y consecuencias, el cual produce, a su vez, un juicio (licito, obligatorio, prohibido...). Las emociones, si es que desempeñan algún papel, lo hacen después del juicio. El hombre no tenía la intención de matar como medio para obtener un bien mayor, sino como una consecuencia prevista.²¹⁵

En las criaturas rawlsianas el conjunto de principios sólo guían la conducta, pero no la determinan de manera estricta.²¹⁶ Los principios generan juicios, inaccesibles; operan sobre experiencias independientes de sus orígenes sensoriales; "los principios de la gramática moral son innatos"; la moral de la cultura se adquiere de manera rápida; la experiencia establece patrones (espacio-tiempo) que dan lugar a un sistema moral específico; la facultad moral limita el mundo de posibilidades; el funcionamiento correcto resulta de la conexión con diversas partes de la mente; cualquier alteración o lesión al cerebro o a su funcionamiento produce déficits en los juicios morales.²¹⁷

Si por el contrario lo analizamos como la interrupción de la vida, en contraste con la libertad de decidir sobre su propio cuerpo, considero se estaría ante el modelo 2 planteado por el autor: "...el modelo 2 es un híbrido de criatura humeana y criatura kantiana, una mezcla de emociones inconscientes y alguna forma de razonamiento

²¹³ *Ibid.*, p. 71.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 58.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 75.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 82.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 83.

fundamentado y consciente, basada quizás en consecuencias utilitaristas o en reglas deontológicas accesibles.”²¹⁸

3.5.3. El psicoanálisis. El inconsciente como fuente estructural del determinismo. El psicoanálisis es un “sistema dinámico de la psicología creado y desarrollado por S. Freud, que atribuye la conducta a factores reprimidos del subconsciente, para cuya investigación desarrolló una complicada técnica, utilizada en el tratamiento de trastornos nerviosos y mentales o de la personalidad, así como en la interpretación de varios fenómenos culturales.”²¹⁹

Respecto a esto se podría decir que una persona simplemente manifiesta sus convicciones ante cualquier posicionamiento o postura, y con ello no significa que no acepte ideas de los demás, o que contradiga todo lo que no se origine en él, como sucede con los narcisistas²²⁰, sin embargo es esto precisamente lo que sucede.

Como es notorio, –nos dice Freud- muchas personas invocan, contra el supuesto de un total determinismo psíquico, un particular sentimiento de convicción a favor de la existencia de una voluntad libre. Este sentimiento de convicción existe, y no cede a la creencia en el determinismo. Como sucede con todos los sentimientos normales, es fuerza que tenga una justificación. Ahora bien, hasta donde yo je podido observarlo, no se exterioriza a raíz de las grandes e importantes de la voluntad; en esta oportunidades, se tiene más bien la sensación de la compulsión psíquica y de buena gana se la invoca (<<a esto me atengo, otra cosa no puedo>>). En cambio, en las decisiones triviales e indiferentes, uno preferiría asegurar que igualmente hubiera podido obrar de otro modo, que uno ha actuado por voluntad libre, no motivada. Pues bien; de acuerdo con nuestro análisis, no hace falta cuestionar la legitimidad del

²¹⁸ *Ibid.*, p. 74.

²¹⁹ Diccionario de psicología, editor Howard C. Warren, traducción de E. Imaz A. Alatorres y L. Alaminos, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 237.

²²⁰ Véase Narcisismo, Negación y Negativismo psicótica en: *The Philosophical Library, Freud, Dictionary of Psychoanalysis*, Barnes & Noble Books, United States of America, 2004, p. 116; también narcisismo en: *Diccionario de psicología*, editor Howard C. Warren, traducción de E. Imaz A. Alatorres y L. Alaminos, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 237.

sentimiento de convicción de la voluntad libre. Sino uno introduce el distingo entre una motivación desde lo consciente y una motivación desde lo inconsciente, este sentimiento de convicción nos anoticia de que la convicción consciente no se extiende a todas nuestras decisiones motrices. <<*Minima non curata praesor*>>. Pero lo que así se deja libre desde un lado, recibe su motivación desde otro lado, desde lo inconsciente, y de este modo se verifica sin lagunas el determinismo en el interior de lo psíquico.²²¹

De las abstracciones de Carl Jung,²²² al analizar las investigaciones del inconsciente, respecto a los instintos y la voluntad, tomando como base a Freud, entendemos que tanto lo olvidado como lo reprimido, así como lo oculto en las estructuras del conocimiento, forman un mecanismo inconsciente que influye en la decisión. Así, lo que en algún momento pudo ser consciente, en otro momento es inconsciente.

Spongamos por ejemplo que a un niño durante su edad temprana se le limita a ingerir alimentos, a realizar tareas, a jugar, o a tiempos de ocio; a irse a la cama y otras diversas actividades a la misma hora; y cualquier acto subversivo o contrario a ello, es reprimido de manera distinta, desde leve a severa.

Muchas de estas experiencias el niño las va a reprimir, otras a olvidar de manera natural; sin embargo, esas líneas reprimidas u olvidadas trazarán patrones de conducta²²³ en la edad adulta, provocando cierto grado de inclinación al orden, a la organización, al control; lo que produce una inclinación a la regulación²²⁴ y la proporcionalidad de las penas; y también, de manera, en algunos casos, personalidades dictatoriales y tiranas.

²²¹ Freud, Sigmund, *Psicopatología de la vida cotidiana* [1901], en *Obras completas*, trad. de José L. Echeverri, Buenos Aires, Amorrortu, 1986, 2ª edición, vol. 6, pp. 246-247; citado por: Brenfier, Oscar y otros, *Libertad y Determinismo*, Trad. Adriana Santoveña, 1ª edición, Ediciones Laberinto, España, 2006, p. 95.

²²² Jung, Carl, *The Basic writings of C. G. Jung*, Modern Library, Estados Unidos de América, 1983, pp. 62-88.

²²³ Véase "Patterns of Behavior in Archetypes", en: Jung, Carl, *The Basic writings of C. G. Jung*, Modern Library, Estados Unidos de América, 1983, pp. 88-108.

²²⁴ Alejandro Nieto nos dice que "cuanto más egoístas son los individuos y más complejas las relaciones sociales, más necesarias resultan las normas jurídicas entendidas como directrices o reglas de comportamiento, advertencias de las consecuencias de su incumplimiento y pautas para la resolución de eventuales conflictos. En: Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, España, 2007, p. 84.

Marcuse Herbert al estudiar el psicoanálisis freudiano, principalmente las estructuras básicas mentales, como el ego, el eros etc., así como la represión individual y colectiva del sistema de libertades e instintos naturales, expone dos ideas centrales del psicoanálisis y la función del inconsciente con la realidad:

Con la institución del principio de la realidad, el ser humano que, bajo el principio del placer, ha sido apenas un poco más que un conjunto de impulsos animales, ha llegado a ser un ego organizado. Lucha por <<lo que es útil>> y lo que puede ser obtenido sin daño para sí mismo y su ambiente vital. Bajo el principio de la realidad, el ser humano desarrolla la función de la razón: aprende a <<probar>> la realidad, a distinguir entre lo bueno y lo malo, verdadero y falso, útil y nocivo. El hombre adquiere las facultades de atención, memoria y juicio. Llega a ser un sujeto consciente, pensante, engranado a un racionalidad que les es impuesta desde afuera. Solo una forma de actividad de pensamiento es <<dejada fuera>> de la nueva organización del aparato mental y permanece libre del mando del principio de la realidad: la fantasía está <<protegida de las alteraciones culturales>> y permanece ligada a principio del placer.²²⁵

...ni sus deseos ni su alteración de la realidad son de ahí en adelante los suyos: ahora están <<organizados>>por su sociedad. Y esta <<organización>> reprime y transustancia sus necesidades instintivas originales.²²⁶

Un juez pues, puede ser proclive a sistemas jurídicos más liberales o conservadores (entendiéndolo como Estados con una mayor o menor intervención en la vida social, económica, cultural etc., de sus nacionales) atendiendo a las figuras existentes en sus estructuras del pensamiento.

Respecto a esto, el juez entenderá el sistema y justifica diversos patrones buscando dentro de él la respuesta como un mecanismo de introspección, o bien de manera externa, buscando aquellos elementos racionales que se acoplen al sentido de sus

²²⁵ Marcuse Herbert, *Eros y Civilización*, Traducción de Juan García Ponce, SARPE, España, 1983, p. 29.

²²⁶ *ibíd.*, p. 30.

razones; pero sus razones son racionales, sólo y únicamente en el sentido que lo pueden ser y en la capacidad que tiene la persona para construir las. Cuando la mayoría de personas se les concede un árbol caído, a lo máximo vemos unos troncos que nos servirán de asientos; otros, como el carpintero, ven sillas, mesas, salas, cocinas, adornos etc.

La razón pues, se creará por la posibilidad de crearse a sí misma, mediante su propia proyección,²²⁷ tomando como base los elementos conocidos, reprimidos y olvidados que configuran el mundo consciente e inconsciente²²⁸ de cada persona. Y el razonamiento del que se deducen las inferencias constitucionales contiene todos los elementos que hacen a la persona en un momento y en un espacio pasado, y que se forman para manifestarse de manera consciente en un momento futuro, al "ser ahí".

Interesante proposición plantea Ribeiro Toral:

No hay verdad, no hay conocimiento "real", sólo hay interpretaciones, significaciones a priori, que median entre la cosa y el sujeto. La cosa, por tanto, no es algo que contenga, aun tiempo, la verdad y la inmutabilidad. La cosa tiene presencia en su materialidad, pero su existencia como modo de ser, como modo de presentarse ante los ojos y a la mano es construida por el hombre.²²⁹

El profesor Peter Bieri²³⁰ al referirse a esto, nos dice que

²²⁷ Jung, Carl, *The Basic writings of C. G. Jung*, Modern Library, Estados Unidos de América, 1983, p. 110. Cuando Jung compara a la física con la psicología deduce un enunciado: *There is no médium for psychology to reflect itself in: it can only portreit in itself, en describe itself.*

²²⁸ Por inconsciente debemos no entender a lo desconocido, sino, como lo sostiene Jung, a los psíquicamente desconocido; en: Jung, Carl, *The Basic writings of C. G. Jung*, Modern Library, Estados Unidos de América, 1983, p. 70.

²²⁹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª edición, Porrúa-Tribunal de los Contencioso del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 35.

²³⁰ Peter Bieri autor del conocido libro *el Oficio de ser libre*, en una conferencia pronunciada en la Facultad de Filosofía de la UB en marzo de 2004; citado por Miguel Candel en el Prólogo del libro: *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, de John R. Searle, Paidós, España, 2005, p. 17 y 18.

<<Uno podría [...] pensar que [...] la voluntad libre debiera ser incondicionada, totalmente independiente y no determinada por nada; que en todo momento debiera semejarse a un motor no movido que inicia una cadena causal completamente nueva. Enterarse de que existen mil cosas en el cerebro de las que depende mi voluntad provoca entonces un sobresalto. Pero nadie puede desear una voluntad libre en tal sentido, puesto que se trataría de una voluntad sin propietario, es decir, no sería la voluntad de nadie; no estaría conectada ni con el cuerpo, ni con el carácter, ni con la experiencia, ni con la historia de una vida, sería una voluntad totalmente contingente, porque no dependería de nada en absoluto; totalmente injustificada, porque las razones son factores de influencia; una voluntad totalmente incorregible, porque aprender es influencia causal; y una voluntad totalmente incontrolable, porque el control es un acontecer causal>>.

En ese sentido lo explica Roger Bartra después de analizar la discusión entre Tagore y Einstein sobre el libre albedrío²³¹:

La actitud de Einstein ha influido en quienes suponen que el libre albedrío, como una propiedad de la conciencia humana, es una mera ilusión. El cerebro estaría cruzado por cadenas causales empíricamente comprobables en la que habría conexión entre pensamientos y acciones. La idea de que la conciencia, actuando libremente, es la causa de las acciones en realidad sería una ilusión. El libre albedrío es visto desde esta perspectiva, meramente como una sensación construida por el organismo y no como una indicación directa de que el pensamiento consciente ha causado la acción, como lo ha formulado Daniel Wagner. Según este psicólogo, la gente cree equivocadamente que la experiencia de tener una voluntad en realidad es un mecanismo causal. Quienes creen que existe el libre albedrío se equivocan de la misma manera en que erraban los que pensaban que el Sol daba vueltas alrededor de la Tierra. La gente creía en el sistema ptolemaico, dice Wegner, en parte por la

²³¹ Bartra, Roger, *Antropología del Cerebro; Ciencia, Cultura y Libre Albedrío*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 2014, p. 176 y 177.

influencia de las concepciones religiosas que colocaban a la Tierra en el centro del universo creado por Dios. La creencia en una voluntad consciente como un agente causal es un error similar. Reconoce que filósofos y psicólogos han pasado vidas enteras tratando de reconciliar la voluntad consciente con la causalidad mecánica. Este problema se expresa como la contraposición entre mente y cuerpo, entre libre albedrío y determinismo, entre causalidad mental y física o entre razón y causa. Para Wegner la dificultad radica en que se quiere ver al mundo de ambas maneras, lo que ha producido dos formas incompatibles de pensamiento, la solución de Wegner es la siguiente:

Cuando aplicamos explicaciones mentales a nuestros mecanismos de comportamiento causal, caemos presas de la imprecisión de que nuestra voluntad consciente es la causa de nuestras acciones. El hecho es que encontramos que es enormemente seductor pensarnos a nosotros mismos como poseyendo mentes, y así dejamos arrastrar hacia una apreciación intuitiva de nuestra propia voluntad consciente.²³²

3.5.4. La mecánica cuántica como analogía de la decisión. La "mecánica cuántica trata fenómenos a escalas extremadamente pequeñas..."²³³ Brian Cox y Jeff Forshaw realizan una breve línea del tiempo de esta teoría:

En 1900, Rutherford indicó cuál era el problema: <<Todos los átomos creados al mismo tiempo deberían durar un intervalo determinado. No obstante, esto contradice la ley de transformación observada, según la cual la vida de los átomos toma todos los valores entre cero e infinito>>. Esta aleatoriedad en el comportamiento que exhibía el micromundo resultó sorprendente porque, hasta ese momento, la ciencia había sido resueltamente determinista. Si en algún momento, uno conocía todo lo que es posible conocer sobre determinado objeto, entonces se creía que podría predecir con una certeza absoluta lo que le sucedería en el futuro. La destrucción de este tipo de

²³² Daniel M. Wegner, *The Illusion of conscious will*; citado por Bartra, Roger, *Antropología del Cerebro: Ciencia, Cultura y Libre Albedrío*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 2014, p. 177.

²³³ Hawking, Stephen, y Mlodinow, Leonard, *Brevísima Historia del tiempo*, Editorial Planeta, versión pocket, México, 2015, p. 22.

predictibilidad es una de las características fundamentales de la teoría cuántica: en lugar de certezas, trata con probabilidades, y no porque carezcamos de un conocimiento absoluto, sino porque ciertos aspectos de la naturaleza se rigen intrínsecamente por las leyes del azar.²³⁴

Están son las primeras posturas cuánticas, o bien, los primeros descubrimientos respecto de que los átomos funcionaban de alguna manera que no era factible predecir su conducta en esa escala.

En contra de lo anterior y en una teoría cuántica que se aproxima más al determinismo aquí planteado, Werner Heisenberg construyó un modelo para interpretar la función cuántica. Sobre esto, los autores nos dice que según Werner:

El objetivo de la teoría cuántica debería ser el de predecir cosas observables directamente, como el color de la luz emitida por los átomos de hidrogeno. No ha de esperarse que proporcione algún tipo de representación mental satisfactoria del funcionamiento interno del átomo, porque esto no es necesario y quizá ni siquiera sea posible. De un plumazo, Heisenberg acabó con la arrogancia que se ocultaba tras la idea de que el funcionamiento interno de la naturaleza debería ajustarse al sentido común. Lo cual no quiere decir que no quepa esperar de una teoría del mundo subatómico que se ajuste a nuestra experiencia cotidiana cuando de lo que se trate sea de la descripción de movimiento de objetos grandes, como pelotas de tenis o aeronaves.²³⁵

Esto es lo que se podría decir sobre el libre albedrío y el determinismo, éste no trata de aquellas pequeñas variables cuestiones atómicas, sino del efecto o el cuadro general en sí. Por ejemplo, el determinismo, no nos dirá qué decisión tomará una persona que sea indecisa; más bien nos dirá que esa persona es indecisa, y que se inclinará según las posibilidades que se le planteen, en uno u otro sentido, y según cómo se le hayan planteado, pero necesariamente seguirá un patrón, como una conducta precedente.

²³⁴ Cox, Brian, y Forshaw Jeff, *El universo Cuántico, y por qué todo lo que puede suceder, sucede*, traducción de Marcos Pérez Sánchez, editorial Pinguín Ramdon House, México, 2015, p. 18 y 19.

²³⁵ *Ibid.*, p. 24.

En el artículo de Glenn Harlan Reynolds, "Chaos and the Court",²³⁶ al analizar los estudios del profesor Laurence Tribe respecto de la utilidad de usar analogías de las ciencias físicas para entender al Derecho constitucional²³⁷ nos dice:

...él no sugiere que el derecho constitucional es como la mecánica cuántica, o que los abogados pueden derivar respuestas legales concretas de los paradigmas de la física moderna. En su lugar, sugiere que así como el pensamiento constitucional clásico fue fuertemente influenciado por los paradigmas Neutonianos de la precisión del funcionamiento del reloj, su regularidad y objetividad, también podría serlo el pensamiento constitucional moderno de la apreciación de los conceptos post-Neutonianos como "efectos del observador" y la habilidad de los objetos para influenciar el uno al otro desde la distancia al distorsionar el tejido específico del espacio que ellos ocupan.²³⁸

Glen Harlan manifiesta que el autor analizado deja a un lado el análisis de la teoría del Caos, que se centra en el "descubrimiento de que incluso sistemas que parecen simples y determinados son capaces de mostrar conductas que aparentan una conducta aleatoria y genuinamente impredecible";²³⁹ luego que la ciencia moderna hace una clara distinción entre aleatoriedad y el caos. Para estos efectos, el autor cita a Robert Shaw y su descubrimiento de que no obstante de que el goteo de un grifo parece ser aleatorio, sigue ciertos patrones, de tal forma que si bien cada gota es impredecible, el total de los patrones del goteo resultan ser coherentes y estructurados.²⁴⁰ ... *Aunque nadie puede predecir en que parte del cuadro caerá

²³⁶ Reynolds, Glenn Harlan, Chaos in the Court. Columbia Law Review, Vol. 91, p. 110, 1991. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=975139>. Visualizado el 15 de noviembre de 2015.

²³⁷ Se recomienda la lectura del artículo completo a efecto de no realizar una interpretación aislada y errónea de los enunciados citados, ya que el autor hace una clara distinción entre la exactitud del punto de caída, con la predicción de la forma y el trazado de la caída, dejando en claro que la próxima gota sigue patrones determinados por la gota anterior.

²³⁸ Reynolds, Glenn Harlan, op. cit., p. 110, 1991.

²³⁹ Ibid., p. 110.

²⁴⁰ Ibid., p. 111, 1991.

la próxima gota o punto de choque, si es posible predecir como lucirá la gráfica cuando muchas de esos puntos sean trazados.²⁴¹

Continúa diciendo el autor, que "en el Derecho, se obtiene una situación similar, pero aún no lo comprendemos totalmente. Como el goteo al final del grifo, un principio legal tiende a expandirse a sus límites lógicos, y luego a romperse (desfigurarse), para ser remplazado por uno nuevo (para reconfigurarse)."²⁴² "Como el goteo del grifo, cada decisión de la Suprema Corte está afectada por una que le precedió."²⁴³

Es preciso traer a este análisis el enunciado que introduce Cass Sustein, en un artículo respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en relación con el matrimonio igualitario o matrimonio homosexual: "The gay-marriage decision is no outlier. It stands in a long line of prior decisions, all of which were highly controversial at the time, but most of which are now widely celebrated, even taken as iconic."²⁴⁴ (El matrimonio-homosexual no es una decisión atípica (inusual), se encuentra en el curso de una larga cadena de decisiones previas, mismas que fueron altamente controversiales en su tiempo, pero que de las cuales, la mayoría, son ampliamente celebradas ahora, incluso tomadas como icónicas.)

Se advierte pues, como lo explican las teorías referidas, que el goteo del grifo procede de la gota anterior, igual que sucede con las decisiones de la corte, como lo explica Cass Sustein respecto de la línea de decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos. En ese sentido Edward H. Levi al referirse a la interpretación de la Constitución sostiene que el proceso de razonamiento obedece a un esquema básico que es el razonamiento mediante ejemplos:

Es un proceso que consta de tres pasos, caracterizados por la doctrina del precedente, en el curso del cual una proposición descriptiva del primer caso

²⁴¹ Ibid., p. 112.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid., p. 113 y 114.

²⁴⁴ Sunstein, Cass. "Gay Marriage Shows Court at its Best". Bloomberg View, June 26, 2015. Disponible en: www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best; Visualizada el 11/07/2015.

es convertida en una regla de derecho y aplicada luego a otra situación similar. Los pasos son los siguientes: primero se descubren semejanzas entre los casos; luego la regla de derecho implícita en el primero se hace expresa; por último, se le aplica al segundo. Se trata de un método de razonamiento necesario para el derecho, pero que posee características que en otras circunstancias podrían ser consideradas como imperfecciones.²⁴⁵

En el ámbito jurisdiccional, la justificación, la motivación, la fundamentación y la descripción se encuentra en la argumentación jurídica. Aquí radica principalmente el quehacer del juez, en persuadir a través de la argumentación que su decisión es la que mejor conviene a todos. Puede decir que es la más justa, y ante ello la motiva; puede decir que es la más correcta dentro de un sistema jurídico, y ante ello la fundamenta; y ante lo anterior, el juez comienza a describir o debe describir cómo se originó su decisión y las razones para tomarla. Ahí entonces podemos hablar de argumentación jurídica, cuando el juez representa el mundo del Derecho a través de la argumentación.²⁴⁶

La cuestión a saber, es: ¿Cuándo la decisión es justa, cuándo es motivada, cuándo es fundamentada, cuándo es correcta, cuándo es legal, cuándo es ideal, cuándo es buena, cuándo es ventajosa o cuándo es conveniente?

Podríamos sostener que la realidad se representa como justa o conveniente cuando viene precedida de una serie de decisiones que configuran ese sentido: esa construcción, actualiza o representa el pensamiento lógico actual, su proyección y su estructura. Cambiar el curso de una decisión constitucional sería como intentar experimental el caos, como sucede con esta teoría, en la que el simple aleteo de una mariposa puede modificar el sentido posterior de una conducta.²⁴⁷

²⁴⁵ Levi, E. H., Introducción al razonamiento jurídico, trad. y notas de Carrió G. R., ed. Original inglesa, 1951, Buenos Aires, Eudeba, 1964, pp. 9 y 10; en Atienza, Manuel, Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica, 1ª edición, UNAM, México, 2013, pp. 31 y 32.

²⁴⁶ Arturo Schopenhauer nos dice que: "Todo lo que constituye parte del mundo tiene forzosamente y por condición un sujeto y no existe más que por el sujeto. El mundo es representación." En: El mundo como voluntad y representación, traducción de Eduardo Ovejero y Mayn, 9ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 21.

²⁴⁷ Chen, Jim. (1999). Midnight in the Courtroom or Good and Evil. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy. Disponible en:

Esto nos lleva a sostener que no existe la mutación constitucional, no podría existir, porque lo que en realidad se modifica, es la proyección de la realidad, pero no la realidad.

3.5.5. El Yo como imagen y proyección del determinismo. La perspectiva analítica para sustentar el determinismo. Carl Schmitt, por ejemplo, utiliza una fórmula para sostener cuándo una sentencia es correcta: "Una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por <<otro juez>> se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno."²⁴⁸

De las abstracciones de Tomasini Basols, al analizar a Wittgenstein y otros respecto de las matemáticas, resulta interesante la concepción utilizada de "determinismo", pero más aún, la aplicabilidad que deduce Wittgenstein cuando la inferencia se produce respecto de una imagen, como sucede en el mundo de las ideas jurídicas, donde lo que existe es una imagen (un estado de cosas), sin que importe si está bien o mal formada, incluso sin importar la imagen *per se*.

Si las personas son entrenadas, como sucede al enseñarles las tablas de multiplicación, estaríamos de acuerdo que en todas las personas el resultado sería el mismo, y en lo que todos concuerdan, "entonces nos resultaría natural usar lo siguiente como una imagen de la situación: los pasos ya estaban dados y simplemente los está escribiendo."²⁴⁹

Pero en lo que los realistas no reparan –nos dice Tomasino Basols–

...es en el hecho de que la aceptación de resultados es ante todo la expresión de un entrenamiento colectivo exitoso previo para operar con signos de determinada manera.

<http://handle.net/11299/167979>. También véase: Chen, James Ming, *The Sound of Legal Thunder. The Consequences of Crushing Constitutional Butterflies*. Constitutional Commentary, Vol. 16, 1999; Minnesota Legal Studies Research Paper Series. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939969>.

²⁴⁸ Schmitt, Carl, *Posiciones ante el Derecho*, Traducción de Monserrat Herrero, Tecnos, España, 2012, p. 99.

²⁴⁹ L. Wittgenstein, *Remarks on the Foundation of Mathematics* (Cambridge/London: The M.I.T. Press, 1975).

Parte I, sec. 22, pp. 9-10; en Tomasini Basols, Alejandro, *Filosofía y matemáticas, ensayos entorno a Wittgenstein*, 1ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2006, p. 78.

Así pues, hablar de que en matemáticas los resultados están "predeterminados", estos es, dados previamente a las operaciones, es hablar metafóricamente o, mejor dicho, construir una imagen. Ahora bien, en sí mismo ni mucho menos es el recurso a una imagen un procedimiento ilegítimo, siempre y cuando no olvidemos que la imagen resulta más bien de una interpretación. El problema surge cuando se pretende tomar la imagen (interpretación) por una descripción. De ahí que lo que queremos es comprender realmente qué pasa cuando trazamos inferencias, lo que para empezar tenemos que hacer es desprendernos de dicha imagen y describir lo más exactamente posible lo que realmente hacemos cuando inferimos. O sea, El erro generalizado consiste en pensar que se describe un proceso cuando es una imagen lo que nos guía en nuestra supuesta descripción.²⁵⁰

Si tomamos estos asertos debemos entender que los juristas no crean una imagen cuando solucionan algo; lo único que hacen es representar o reproducir la imagen que se tiene de algo. Si tomamos un absurdo, podríamos decir que existe una voz que nos describe una imagen, y nosotros describiremos o dibujaremos atendiendo a dos cosas: a la correcta descripción que se realice de la imagen, y a la correcta comprensión que tengamos de las palabras, conceptos, definiciones y términos. Por ello se produce una mayor complejidad en el Derecho, por el uso del lenguaje común y no formal.

Para ejemplificar lo anterior utilicemos la siguiente analogía: una persona le dice a dos personas que dibujen un perro. Una de las persona tiene aptitudes para pintar y la otra no. Los dos conocen bien la imagen de un perro. El resultado es que una de ellas dibujo la imagen de un perro de manera idéntica a la imagen que todos tenemos. El dibujo de la otra persona está distorsionado, sólo él sabe qué es lo que dibujo o intentó dibujar. Posteriormente se les pide a esas dos personas que describan a un elefante. El primero que era buen dibujante no pudo describirlo, o bien su descripción cabría o podría ser la de un perro, un oso hormiguero, un felino etc. Pero el segundo, que si bien no era bueno para dibujar, si lo era en cuestiones

²⁵⁰ Tomasini Basols, Alejandro, op. cit., p. 80-81.

lingüísticas, por lo que realizó una descripción tan idéntica, que por analogía equivale a la pintura que realizó el primero. No obstante esto, ¿cómo podría decir yo que la descripción es la adecuada si no conozco los elementos biológicos y físicos del elefante?²⁵¹ Esto sería difícil, si no es que en unos casos imposible. Sin embargo, esto no sucede así cuando representamos la imagen que tenemos de algo, a través de otra imagen.

Si esto sucede en las cuestiones jurídicas, no construimos una imagen, ni mucho menos construimos una solución, sino que solamente realizamos una representación de algo existente o preformado con distintos elementos mentales como <<un aquí y ahora>>.²⁵² Como lo dice Spinoza: "El orden y conexión de las ideas son los mismos que el orden y la conexión de las cosas."²⁵³

H. L. A. Harta sostiene que el problema se origina por la definición del Derecho, todos podemos concebir lo que es una cosa y distinguirla de otra, pero en muchos casos no podemos describirla:

Todos nos hallamos a veces en esa situación: es fundamental la del hombre que dice, "yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo". La misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín sobre la noción de tiempo. "¿Qué es tiempo? Si nadie me pregunta lo sé, si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé" es así que aún juristas avezados han sentido que, aunque conocen el derecho, hay mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entienden plenamente.²⁵⁴

Véase lo siguiente:

²⁵¹ Véase infra, el ejemplo del elefante utilizado por Hart para representar el problema del concepto de Derecho.

²⁵² Cassirer, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas, Fenomenología del reconocimiento*, Traducción de Armando Morones 2ª edición, FCE, México, 1998, p. 132 y 133.

²⁵³ Spinoza, *Ética/Tratado teleológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 48. Véase demostración a página 210 y 2011 de la proposición "De la potencia del entendimiento o de la libertad del hombre."

²⁵⁴ Hart, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carridó, Abeledo Perrot, Argentina, Título original *The Concept of law*, Oxford University Press, 1961. p. 17.

Discutiendo algún pasaje oscuro de la Torah, Hilel y Shamai no lograban llegar a un acuerdo, así, Shamai dijo: Si tengo razón, que el río que corre junto a esta casa, cambie su destino curso arriba. El río, obediente, comenzó a transcurrir rumbo a la montaña; viendo el fenómeno y sin asombrarse, Hilel repuso: La afirmación no es válida. Los misterios de la naturaleza son inescrutables y, probablemente, era el momento en que el río debía cambiar de curso.

Reconociendo la respuesta de Hilel, Shamai adujo: Si tengo razón, que esta casa se derrumbe en este momento. Aunque la casa comenzó a crujir y sus muros a tambalearse, con calma Hilel dijo: Eso no prueba nada, esta casa es obra de hombres y, probablemente, era el momento en que los errores de esos hombres tuvieran por consecuencia que esta casa se cayera ahora mismo.

Irritado Shamai por lo irreductible del carácter de Hilel, reclamó la intervención de Dios: Si tengo razón, que la voz de Dios se escuche y lo diga. En ese momento se oyó la voz de Dios diciendo: Shamai tiene razón.

Una vez más, sin aterrarse en lo más mínimo, Hilel dijo: La prueba no es válida. Dios dio la Ley a los hombres y ahora somos nosotros quienes la interpretamos.

La voz de Dios se oyó una vez más para decir: Mis hijos me han vencido ²⁵⁵

¿Por qué a pesar de que Shamai desahogo suficientes pruebas que conducían a demostrar que tenía razón, Hilel consideró sus argumentos como inválidos?

¿Se pueden calificar como argumentos (razones) las demostraciones que accionó Shamai para sostener su aseveración,²⁵⁶ o bien, carecen del rigor y valor para calificarse como tales?²⁵⁷

²⁵⁵ Callejas César, *Ciencia Jurídica y Constitución*, Coordinadores: Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo, 1ª edición, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, p. 98.

²⁵⁶ Entiendo aquí que toda aseveración lleva implícita una pretensión, que en este caso en particular no es probar algo, sino persuadir a alguien de mediante la demostración de ese algo, en el sentido que lo explica Toulmin en: Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 29.

²⁵⁷ Para efecto de comprender la utilización de los términos "comprobar" y "demostrar", véase enunciados demostrativos y empíricos en este trabajo.

Puede advertirse claramente dos cosas sobre los argumentos de Hilel: primero, que lo anterior pasaba simplemente por un determinismo, es decir, pasa porque tiene que pasar, aunque nosotros desconozcamos los orígenes remotos o sus nexos causales no significa que no lo sea; y segundo: que no importa lo que se diga, se sustente, se razone o pruebe, una vez dada por Dios, y dada a los jueces, ellos son quienes la interpretan y deciden.

Léase ahora esto:

Por aquel tiempo fueron a ver al rey dos prostitutas, cuando estuvieron en su presencia, una de ellas dijo: -¡Ay, Majestad! Esta mujer y yo vivimos en la misma casa, y yo di a luz estando ella conmigo en casa. A los tres días de que yo di a luz, también dio a luz esta mujer. Estábamos las dos solas. No había ninguna persona extraña en casa con nosotras; sólo estábamos nosotras dos. Pero una noche murió el hijo de esta mujer, porque ella se acostó encima del él. Entonces se levantó a media noche, mientras yo estaba dormida, y quito de mi lado a mi hijo y lo acostó con ella, poniendo junto a mi a su hijo muerto. Por la mañana, cuando me levanté para dar pecho a mi hijo, vi que estaba muerto. Pero a la luz del día lo miré, y me di cuenta de que aquél no era el hijo que yo había dado a luz.

La otra mujer dijo: -No, mi hijo es el que está vivo, y el tuyo es el muerto. Pero la primera respondió: No, tu hijo es el muerto, y mi hijo el que está vivo.

Así estuvieron discutiendo delante del rey. Entonces el rey se puso a pensar: "Esta dice que su hijo es el que está vivo, y que el muerto es el de la otra: ¡pero la otra dice exactamente lo contrario! Luego ordenó: -¡Tráiganme una espada! Cuando le llevaron la espada al rey ordenó: -Corten en dos al niño vivo, y denle una mitad a cada una. Pero la madre del niño vivo se angustió profundamente por su hijo, y suplicó al rey: -¡Por favor! ¡No mate su Majestad al niño vivo! Mejor dêselo a esta mujer! Pero la otra dijo: -Ni para ti ni para mí. ¡Que lo

partan! Entonces intervino el rey y ordenó: -entreguen a aquella mujer el niño vivo. No lo maten, porque ella es su verdadera madre.²⁵⁸

A la luz de la solución dictada por Salomón y no obstante utilizar métodos ciertamente extremos, se considera que es justa. Lo vemos y sentimos así, pero la cuestión es, ¿por qué?

Si damos por hecho que Salomón demostró quién era la verdadera madre del niño vivo,²⁵⁹ o bien emitió una solución justa ¿cómo dedujo o infirió eso? O ¿dónde reside el elemento para que una sociedad jurídica considere a esta solución como correcta, justa, equitativa o conveniente?

La cuestión aquí, es la regla de inferencia²⁶⁰ utilizada por Salomón, luego que no se alcanza a advertir a primera vista. Esa regla de inferencia es la que nos permitiría responder si en este caso existe el determinismo, es decir, que la solución se hubiese tomado por la causalidad, o simplemente por un proceso puramente de raciocinio originado en el libre albedrío.

En ese sentido, el razonamiento que se plasma en una solución cualquiera, estará afectado por la concepción que se tiene del Derecho y de la justicia.

Aldo Schiavello, citando a J. Raz, al analizar el mismo caso para ejemplificar la autoridad legítima, la función jurisdiccional y arbitral, introduce una proposición que resulta por demás relevante, consistente en que el árbitro debe decidir "qué cosas deben hacer las partes según la recta razón".²⁶¹

Si atendemos a estas consideraciones, la decisión de Salomón no se tomó en base a las pretensiones de corrección del caso en concreto, sino de una conducta sometida a análisis. Es decir, no hubo demostración o comprobación respecto de

²⁵⁸ Dios Habla Hoy, La Biblia, Versión Popular, 2ª edición, Sociedades Bíblicas Unidas, 1983, pp. 414 y 415; Antiguo Testamento, Salomón el juez sabio. Reyes, 1; 3, 16-27.

²⁵⁹ Véase la garantía y el respaldo de Toulmin, explicada en el capítulo siguiente.

²⁶⁰ La garantía que contiene un respaldo es lo que permite pasar de un dato a una conclusión.

²⁶¹ J. Raz, Authority, Law and Morality, en *Id.*, Ethics in the public Domain Essays in the Morality of Law and Politics (Revised Edition), cit., p. 214; citado por Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica, Traducción de Santiago Ortega Gómero, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 152.

los alegatos de las probables madres, sino únicamente de la reacción de un enunciado hipotético o empírico. Consecuentemente, podríamos afirmar que un enunciado expresado por las dos madres sirvió de base para solucionar el caso.

En otras palabras, la pretensión de corrección que buscó Salomón no fue respecto de hechos pasados, sino de hechos futuros, por lo que condicionó la solución a la expresión de un enunciado hipotético o empírico, luego que puede arrojar claridad sobre la eficacia de una solución, ante un universo de posibilidades.

El juzgador busca un enunciado que satisfaga la pretensión de corrección. En este caso, la madre que decide por la vida del niño expresa una recta razón no en su beneficio, sino en la del recién nacido, lo que demuestra que la forma de concepción de la realidad de Salomón incide de manera sustancial en la solución, pues su accionar está predeterminado por la forma en cómo concibe el deber ser, la recta razón o la justicia. Puede decirse que soluciona los casos por las convicciones que se ha formado de la realidad.

Hegel sostiene que

El espíritu hace verdadero su dominio, su verdadera convicción propia. Por eso se excluye que el espíritu alcance su finalidad en ningún otro elemento, llegue a esta libertad, más que en el pensar. En el intuir tengo yo siempre otra cosa por objeto el cual sigue siendo otro; existen objetos que me determinan. Del mismo modo en el sentimiento: me encuentro determinado, no soy libre en él; puesto que soy determinado, no me he puesto; y aunque tengo conciencia de este sentimiento; sin embargo, sé solamente que siento algo, que estoy determinado. Tampoco en el querer soy por sí mismo: tengo ante mí determinados intereses; éstos son, sin duda, mis objetivos, pero, no obstante, estos objetivos contienen siempre algo opuesto a mí, algo que es para mí otro, por el cual yo estoy determinado de una manera natural. En todos estos casos no soy perfectamente en mí. Solamente el pensar es la esfera donde toda

alienación es eliminada y donde el espíritu es absolutamente libre, es en sí mismo.²⁶²

Si existe una determinación de lo que soy, entonces la solución que adopto está predeterminada, es decir, son el resultado de lo que soy,²⁶³ luego que como lo veremos más adelante y como se descubrirá, Hegel, aunque en forma distinta, plantea como solución o pensamiento estructurado, un origen remoto, que puede ser intuitivo y empírico, lo que forma una estructura mental (de asociación), que a su vez forma un concepto, para atribuirle una función a las cosas, y entonces construir la regla de inferencia que permite justificar una solución en un tiempo y espacio determinado; igual como lo plantea la psicología funcionalista al sostener que "las operaciones mentales de la consciencia se forman como resultado de una adaptación al entorno y a las necesidades del organismo, explicando buena parte de los procesos mentales del ser humano (emociones, motivaciones, aprendizaje)..."²⁶⁴. Este proceso de asociación o de la determinación de lo que soy, se origina en una estructura mental de asociación, como primera etapa, y la calidad de estos dependerá de cada sujeto.²⁶⁵ En la edad temprana la mayoría sólo utiliza dos campos, el intuitivo y el empírico, posteriormente la estructura de asociación estará conectada como si fuera una autopista de varias vías, con los campos lógicos y racionales.

En esta etapa, se entiende que asociamos el término dado, con el concepto, la función o atribución que existe previamente a dicho término. Si el término lo

²⁶² Hegel, Georg, *Introducción a la historia de la filosofía*, Traducción de Eloy Terrón, Editorial SARPE, España, 1983, p. 51.

²⁶³ El resultado de estas oraciones son anteriores a la lectura de Ortega y Gasset (*Yo soy yo y mi circunstancia*), lo que produce cierta fiabilidad de que en efecto existe un proceso lógico en la búsqueda de las cosas, y que el lenguaje y la predicción, como lo dice Joaquín M. Fuster, a página 14 de la introducción de su obra *Neuro Ciencia*, son en buena medida inseparables.

²⁶⁴ Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 65.

²⁶⁵ Para ejemplificar el caso, se pueden usar algunos extremos, como el utilizado por Aristóteles para referir que el hombre que no es miembro de una sociedad es una bestia o Dios. Luego, serán radicalmente distintos los juicios prima facie que formule una persona que nunca vivió en sociedad, respecto de la que si lo hizo. O en otras palabras, será diametralmente distinto el juicio que realiza un niño común de ocho años, con un adulto común de cincuenta. Tomando en consideración que ninguno de los dos tenga conocimientos técnicos o científicos más allá de aquellos aportados por el curso del tiempo.

desconocemos, podemos deducirlo o inferirlo de otros elementos. Como ejemplo, podemos acudir al método utilizado por las personas en los concursos para deletrear palabras o aludir al significado, tomando como base que el significado de una palabra se atribuye de manera lógica o natural, y no de manera artificial, es decir, su significado es producto de un tipo de causa y efecto. Citemos un ejemplo: ¿Podría una persona conocer el significado de la palabra subyacente si nunca la ha escuchado? O bien ¿conocer el funcionamiento que tiene dentro del lenguaje o contexto utilizado? La respuesta es relativamente sencilla, y cualquiera con cierto grado de instrucción la puede responder. No iremos a una método complejo, esto se puede explicar de manera sencilla: es una palabra que consta de dos partes: <<sub>> y <<yacente>>. Sub se refiere a que está por debajo de algo; y, yacente, a nacer, o que se origina. Así, prima facie considero que subyacente significa que algo nace debajo o por debajo de algo.

En esta parte no importa el significado que tenga asignado la palabra referida, sino la existencia de una etapa primaria en el proceso de construcción del argumento, es decir, una etapa de asociación de las ideas y datos preexistentes de manera aislada. En esta etapa se manifiestan los juicios *prima facie*, que consisten en formular ideas y soluciones atendiendo a un conocimiento previo o existente, mediante la simple asociación de ideas.

Nieva Fenoll nos dice que "el enjuiciamiento *prima facie* no es un enjuiciamiento que, en principio, venga precedido de un camino de reflexión comparable al de la elaboración de la sentencia..."²⁶⁶. Si bien se puede tomar la afirmación de este autor para sostener cierto grado de predeterminación en los juicios *prima facie*, o en los procesos primarios de asociación, se debe de poner en duda algunas afirmaciones, pues el hecho de que los juicios *prima facie* contenga poco o nada de reflexión, no significa que los modelos de pensamiento sean lineales, como lo sostiene en lo siguiente:

²⁶⁶ Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 68.

Con todos estos estudios –refiriéndose a las corrientes psicológicas que explican la toma de decisiones²⁶⁷ se trata de predecir la conducta humana, arrojando dichos trabajos la conclusión de que nuestras decisiones son más previsibles de lo que nos puede parecer, porque curiosamente siguen unos modelos de pensamiento bastante lineales y relativamente simples.²⁶⁸

Si bien se está de acuerdo que la toma de decisiones puede ser previsible, también es cierto que los modelos de pensamiento de cada persona se forman en edades tempranas en forma de espiral, es decir, que no recorren las estructuras de manera recta, como la medición de un punto X a un lugar Y. Contrario a esto, el punto central que dirige la toma de decisiones transita una y otra vez por campos intuitivos, empíricos y racionales, hasta en tanto se convence así mismo de la decisión próxima a tomar.

Se deben tomar en cuenta, nos dice Fenoll, los principios generales en la toma de decisiones, así como los elementos y factores (sesgos) que cada uno tiene a favor y en contra. Esos principios son: la representatividad, la accesibilidad, el anclaje y ajuste, utilidad subjetiva esperada, y la necesidad de justificación.²⁶⁹ La calidad de la decisión, en cualquier etapa del proceso, depende de un proceso multifactorial. Por analogía, podríamos comparar esa primera etapa con la lectura de la demanda, cualquier que esta sea, pero principalmente las demandas de amparo, donde la asociación de ideas y concepciones jurídicas, sociales e institucionales juegan un papel relevante en las primeras determinaciones. Como se podrá advertir más adelante, esta etapa del juicio no es nada más que la primera del discurso práctico racional.

Se puede utilizar la misma analogía de Hegel para ejemplificar el determinismo de las sentencias cuando utilizamos la argumentación: "El germen es lo simple, lo

²⁶⁷ Se refiere a la psicología del pensamiento que estudia los procesos de inferencia en tareas de razonamiento deductivo e inductivo, en especial la teoría de la Gestalt, el Wundtismo, la psicología funcionalista, el psicoanálisis de Freud y de Jung.

²⁶⁸ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 70.

²⁶⁹ Para un estudio más a fondo, véase *ibid.*, pp. 73-83.

carente de forma; poco se puede ver en él... En el germen está ya determinado que las flores deben contener forma, color, olor, etc.²⁷⁰

Lo mismo podemos advertir del parafraseo de Joaquín Fuster, respecto del trabajo de Ortega y Gasset:

Afirma que estamos intrincadamente ligados al mundo en el que vivimos. En libro *Meditaciones del Quijote*, señala que somos hijos de nuestra época y nuestra cultura (<<Yo soy yo y mi circunstancia>>); que nuestras decisiones están, en gran medida, determinadas por lo que nos rodea o, para ser más exactos, por la comunión íntima con nuestro mundo y el mundo de los demás. El determinismo de la mente y sus innumerables expresiones se disuelve en la incertidumbre, la variabilidad y la reciprocidad continua del ciclo PA en el núcleo de esta comunión.²⁷¹

Fuster toma como base las ideas de Ortega y Gasset para ejemplificar lo que acontece de manera análoga en el cerebro, y continúa:

Aquí, trasladando el razonamiento de Ortega al cerebro, la corteza no puede disociarse de su medio, interno y externo. Las decisiones tomadas por la corteza están completamente incrustadas en el ciclo PA y pueden afectar a cualquiera de sus partes. Así, de manera consciente o inconsciente, escogemos nuestros principios y recuerdos orientadores, nuestro escenario de actuación y nuestros medios de expresión, los amigos y parejas, los fines y recompensas.²⁷²

En este sentido, aunque desde el realismo americano, Frank Jerome, -citado por Manuel Atienza- sostiene

²⁷⁰ Hegel, Georg, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, Traducción de Eloy Terrón, Editorial SARPE, España, 1983, p. 49.

²⁷¹ Fuster, Joaquín M., *Neurociencia, Los conocimientos cerebrales de nuestra libertad*, traducción de Joan Soler Chic, Ariel, México, 2014, p. 164.

²⁷² *Ibid.*, p. 165.

que las sentencias judiciales "son desarrolladas retrospectivamente desde conclusiones tentativamente formuladas"²⁷³; que no se puede aceptar la tesis que representa al juez "aplicando leyes y principios a los hechos, estos es, tomando alguna regla o principio...como su premisa mayor, empleando los hechos del caso como premisa menor y llegando entonces a sus resolución mediante procesos de puro razonamiento"²⁷⁴; y que, en definitiva, las "decisiones están basadas en los impulsos del juez", el cual extrae esos impulsos no de las leyes y de los principios generales del derecho fundamentalmente, sino sobre todo de factores individuales que son todavía "más importantes que cualquier cosa que pudiera ser descrita como prejuicios políticos, económicos o morales",²⁷⁵

El lenguaje es la representación del mundo de las cosas²⁷⁶, y la argumentación es, la representación del mundo de las cosas del Derecho. Para esto, es necesario identificar las proposiciones propuestas por Wittgenstein a efecto de comprender el sentido de las cosas en el mundo jurídico:

- 1.1. El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas. 1.2 El mundo se descompone en hechos. 2. Lo que es el caso, el hecho, es el darse efectivo de estado de cosas. 2.1 Nos hacemos figuras de los hechos. 2.2 La figura tiene en común con lo figurado la forma lógica de la figuración. 3.

²⁷³ Frank, Jerome, *Law en Modern Mind*, Gloucester (Massachusetts), Peter Smith, 1970, p. 109; en: Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 7.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ En la *Investigaciones Filosóficas* (IF), Wittgenstein se aparta de esta proposición. "Según el TLP, las proposiciones con sentido tienen un carácter descriptivo. Pero según la concepción de los juegos del lenguaje desarrollado en IF, existe una gran variedad de formas de lenguaje. El lenguaje descriptivo no es más que una forma entre otras. La tesis del extensionalismo plantea que toda proposición compleja debe ser considerada como una función de verdad de sus elementos. Ahora bien, hay proposiciones complejas que no son funciones de verdad, en el sentido de que su valor de verdad no es función únicamente de los valores de verdad de las proposiciones que la componen. Por ejemplo, las proposiciones que utilizamos cuando damos órdenes, hacemos preguntas etc. Esto quiere decir a su vez que no todas las proposiciones son imágenes o figuras lógicas de la realidad. Y si esto es así, la tesis de la extensionalidad no puede sostenerse, simple y llanamente por que el lenguaje ya no es la imagen lógica del mundo. Véase introducción. *Esbozo del pensamiento de Wittgenstein*, Juan José Botero Cedavid, p. 25.

La figura lógica de los hechos es el pensamiento. 3.1 En la proposición se expresa senso-perceptivamente el pensamiento.²⁷⁷

He planteado las proposiciones de Wittgenstein debido a que si el mundo es la totalidad de los hechos, y si en efecto la figura lógica de los hechos es el pensamiento, cabría sostener que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos definitivamente sigue la hipótesis del determinismo compatibilista, pues como se puede advertir, el artículo 18 sostiene que el sistema penitenciario tiene como objetivo la reinserción del sentenciado a la sociedad; y el artículo 20, fracción II, que las pruebas se valorarán de manera libre y lógica; lo que supone entonces, que el derecho en efecto acepta el determinismo, y que más que un conjunto de reglas jurídicas, es un sistema de figuras y soluciones lógicas-rationales a determinados problemas, independientemente de las normas que existan en nuestro país.

3.5.6. El sentido común y los paradigmas. No se tiene la intención de realizar un estudio integral sobre estos dos conceptos, porque requiere de conocimientos de sociología, psicología y lógica que no se poseen; sin embargo, si es necesario, al menos cuestionar el origen y la forma en la que se construyen. Pocos se preguntan por qué una colectividad puede llegar a tener una solución o un pensamiento similar, o bien, común sobre un planteamiento determinado. Lo que lleva a concluir que existe una comunidad de acuerdos sobre la aceptación de ciertos pensamientos. Esta parte es estudiada por el estructuralismo genético, que como bien lo dice Habermas, "resulta muy prometedor para el análisis de la evolución social, del desarrollo de las concepciones del mundo y de sistemas de creencias morales y ordenamientos jurídicos."²⁷⁸

3.5.6.1. El sentido Común. En el último capítulo se analiza un caso concreto sobre el ofrecimiento de una prueba. No cabe duda que el juez y el órgano utilizaron el sentido común como regla de inferencia para concluir que, por este sentido, si el

²⁷⁷ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Lógico-filosófico*, Inglaterra, 1922, p. 25...; los decimales hacen referencia a las proposiciones en el orden en el que están establecidas por su importancia lógica.

²⁷⁸ Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Traducción de Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008, p. 33.

actor ofrece esta prueba, es porque el pago nunca se originó, y la exhibe para demostrar que el demandado no realizó el pago, pues de haberse realizado, quien tuviera los recibos fuera la parte demandada.

En este aspecto, el sentido común es común para lo iguales, y como dice Kuhn:

El significado de la mecánica cuántica para cada uno de ellos depende de qué cursos ha hecho, qué textos ha leído, y qué revistas estudia. De ello se sigue que si bien un cambio en las leyes de la mecánica cuántica resultará revolucionario para todos estos grupos, un cambio que incida tan sólo en uno u otra de las aplicaciones paradigmáticas del mecánica cuántica, sólo será revolucionario para los miembros de una subespecialidad profesional particular.²⁷⁹

Este mismo argumento es aplicable al sentido común y a las consideraciones respecto de las estructuras cognitivas, pues lo común, lo es para los comunes, por ejemplo, algo que aparentemente es sentido común para un grupo, como el de los abogados, parece no serlo para los médicos, etc.

3.5.6.2. Los paradigmas. El concepto de paradigma, nos dice Rojas Amandi:

...en la filosofía de la ciencia proviene de una obra escrita en el año 1962 por Thomas Kuhn que se tituló: La estructura de las revoluciones científicas. Para Kuhn, un paradigma es "una sólida red de compromisos-conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos" que proporcionan una serie de modelos de los cuales surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación. De esta forma, el término paradigma abarca una gama de factores del desarrollo científico que incluye o supone, de alguna manera, leyes y teorías, modelos, normas y métodos, vagas intuiciones y creencias y prejuicios, metafísicos explícitos o implícitos.²⁸⁰

²⁷⁹ Thomas S. Kuhn, La estructura de las revoluciones científicas, Traducción de Carlos Solís Santos, 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 127.

²⁸⁰ Victor Manuel Rojas Amandi, Jurídica, anuario del departamento de derecho de la universidad Iberoamericana, número 36, Universidad Iberoamericana, "Cuatro Paradigmas de la epistemología jurídica", México, 2006, 9. 385. en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?rejurid&n=36.

Así, los paradigmas suministran modelos²⁸¹ que consisten en guiar el proceso de investigación, lo que conlleva a concebir los paradigmas como parte de una proyección del pensamiento previamente establecido, dentro de una estructura que sigue ciertos patrones; construyéndose con los datos que comparten la función de dichos patrones, y no cualquier dato.²⁸² Luego pues, como concluye Kuhn, "un paradigma es un modelo o un patrón aceptado."²⁸³

Un paradigma requiere de una sucesión de argumentos, por supuesto, siempre aceptados por el auditorio. Si bien no se acepta como un axioma, su origen puede ser identificado o remoto, y dado los resultados que produce nadie se ha dado a la tarea de cuestionarlo; y en muchas ocasiones resulta tan eficaz que ponerlo en duda no parece ser útil.

El argumento pragmático,²⁸⁴ por ejemplo "no requiere, para que los admita el sentido común, justificación alguna."²⁸⁵ Este argumento vale por sus consecuencias, por su utilidad evidente, pero necesariamente construida previamente. No surge de un análisis racional o lógico, no se construye atendiendo a un caso concreto, pues de lo contrario no fuera pragmático. Algo pasó, sigue pasando, y se acepta que pase; y por lo regular, las consecuencias son acordadas por inercia, como si fuera un sistema de precedentes; pero en este caso, es una cadena no registrada de casos, sino de acciones humanas, tanto sociales como científicas.²⁸⁶

El pragmatismo como argumento es una forma de pensamiento, no acude al aspecto racional o artificial para originarse, es decir, no se sienta una persona para generar un argumento o una acción pragmática, ésta ya fue creada; el científico sólo la identifica, ya sea desde sus orígenes próximos o remotos, sin intentar justificarla porque sus consecuencias se justifican asimismo.

²⁸¹ Thomas S. Kuhn, *op. cit.*, p. 71

²⁸² *Ibid.*, pp. 70-87.

²⁸³ *Ibid.*, p. 88.

²⁸⁴ Se utiliza la argumentación pragmática para ejemplificar la función del concepto como predeterminación, y a su vez para verificar el diseño de los paradigmas.

²⁸⁵ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1988, p. 412.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 409-416.

Dios existe no porque se haya comprobado su existencia, o porque la creencia sobre su existencia sea un dogma; mucho menos porque sea un axioma. Dios existe porque es conveniente que exista, porque las consecuencias de su existencia no requieren de justificación.

3.6. Algunas consideraciones de las estructuras cognitivas.

Si entendemos al pensamiento, al razonamiento, a la lógica o a la argumentación, como resultado de estructuras, cualquiera que sea tu tipo, forzosamente debemos de referirnos a su formación cognitiva. Al fin y al cabo, el albedrío o el determinismo tiene su origen ahí. No hay origen diverso a este, a menos que en efecto diéramos por hecho la existencia de Dios, y que algunos humanos son simples instrumentos. Esto que nos llevaría a admitir que una persona pueda pasar de un grado de conocimientos científicos mínimo a uno máximo de un momento inmediato a otro. Consecuentemente, siempre se deben considerar al sujeto, al objeto, a la operación ; a la representación como elementos que constituyen el conocimiento.²⁸⁷

Piaget nos dice que "en efecto, igual que los organismos, los sistemas cognitivos están a la vez abiertos en un sentido (el de intercambio con el entorno) y cerrados en otro, en cuanto <<ciclos>>".²⁸⁸ Las partes constitutivas de un ciclo y a los elementos necesarios para su alimentación forman una estructura.²⁸⁹

Una vez que Piaget explica cómo se forma una estructura, nos habla también de la existencia de subsistemas jerarquizados, "cuyas estructuras son análogas, que están unidos unos a otros mediante conexiones igualmente cíclicas."²⁹⁰

Cabe citar las consideraciones problemáticas que Piaget utiliza para formular su primer postulado:

²⁸⁷ Véase Gutiérrez Sáez, Raúl, Introducción de la lógica, 9ª edición, Editorial Estinge, México, 2006, pp. 51-60.

²⁸⁸ Piaget, Jean, La equilibración de las estructuras cognitivas, traducción de Eduardo Bustos, 8ª reimpresión de la 1ª edición, Siglo XXI editores, México, p. 6.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

...(observamos que, en un sistema lógico, incluso, las afirmaciones y las negaciones se implican o se conservan mutuamente). En particular una acción conservadora de esta clase se aplica al sistema total mediante los subsistemas o sus elementos, y viceversa, lo que equivale a afirmar que el equilibrio se basa entre otras cosas en una solidaridad de la diferenciación y de la integración. El resultado de esto es que, en caso de una perturbación exterior, equivalente, por ejemplo, a una sustitución de B' por B'', o bien esta conservación del todo se hace imposible y hay muerte del organismo (o, si se trata de un sistema cognitivo, debe ser rechazado),²⁹¹ o bien hay modificación compensadora (modificación B en B2, que sigue inserto en el ciclo) y hay adaptación con supervivencia en el caso de un organismo o nuevo equilibrio del sistema cognitivo (con posibilidad de que el sistema anterior siga siendo válido a título de subestructura para la clase de objetos B' y engendre una nueva subestructura para los objetos B'').²⁹²

De lo anterior Piaget formula un primer postulado en su obra sobre la equilibración de las estructuras cognitivas:

Todo esquema de asimilación tiende a alimentarse, es decir, a incorporar los elementos exteriores a él y compatibles con su naturaleza. Este postulado se limita a asignar un motor a la investigación, y por lo tanto a considerar como necesaria una actividad del sujeto, pero implica por sí mismo la construcción de novedades, porque un esquema bastante amplio (como el de <<entes>>) podría asimilar todo el universo sin modificar éste ni enriquecerse en cuanto a comprensión.

Segundo postulado: Todo esquema de asimilación se encuentra obligado a acomodarse a los elementos que asimila, es decir, a modificarse en función de sus particularidades, pero sin perder por ello continuidad (y por lo tanto su

²⁹¹ Por muerte del organismo deberíamos, para nuestro trabajo, entender la extinción de la vida jurídica de una norma o una interpretación jurisprudencial. Para el caso concreto esto sucede cuando la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una norma determinada por considerarla inconstitucional, o bien cuando desecha una interpretación jurisprudencial al resolver una contradicción de tesis.

²⁹² Piaget, Jean, *La equilibración de las estructuras cognitivas*, op. cit., p. 7.

cerramiento en cuanto ciclo de procesos interdependientes), ni sus anteriores poderes de asimilación.²⁹³

Como se puede advertir, la formación de las estructuras cognitivas siguen los mismos patrones analizados en el determinismo, y se puede utilizar, incluso, el ejemplo del goteo del grifo para explicar una u otra.

Dos cosas podemos desprender de lo anterior, la existencia de un determinismo, y una especie de formación de estructuras subyacentes cuando alguna función especial dentro de un conjunto de normas o de interpretaciones parecieran contradecirse. Y utilizo parecieran porque como veremos más adelante, en algunas ocasiones no existe ni la antinomia ni las lagunas,²⁹⁴ sino ciertas paradojas funcionales o normativas; que producen confusiones en la identificación del problema y se clasifiquen como contradicciones o incompatibilidades cuando no lo son.²⁹⁵

A este respecto Schopenhauer nos dice que: "...toda causalidad sólo existe en el entendimiento y por el pensamiento; por tanto, aquel mundo completamente real, es decir, activo, está siempre como tal condicionado por el entendimiento y sin él no es nada."²⁹⁶

Alejandro Tomasini sintetiza las proposiciones de una de las teorías de la percepción que se consideran necesarias para este trabajo:

Me refiero a la teoría de *sense-data* desarrollada por A.J. Ayer. El contenido de la teoría, presentado de manera escueta, es el siguiente: nunca vemos objetos materiales. Siempre que se percibe algo, es que se percibe es un objeto de la mente del percipiente. Dicho objeto es un *sense-datum*. En la versión de Ayer, el percipiente normal resulta estar siempre bajo los efectos

²⁹³ *Ibid.*, p. 9.

²⁹⁴ Se puede ver: Bulygin, Eugenio, Abienza, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 83-94.

²⁹⁵ Véase el tratamiento y la solución a las antinomias en: Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 95-110.

²⁹⁶ Schopenhauer, Arturo, *El mundo como voluntad y representación*, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, 9ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 32.

de una ilusión al creer que tiene acceso directo a los objetos nombrados por las palabras del lenguaje natural (silla, mesa, etc.). Por lo tanto, el percipiente-hablante normal resulta estar sistemáticamente equivocado, puesto que cualquier persona normal cree estar viendo objetos que son independientes por completo de su mente, en tanto que se trata de objetos que son lo que son porque su mente las capta y al captarlas de algún modo las transforma.²⁹⁷

A efecto de desarrollar este apartado, supongamos lo siguiente:²⁹⁸ una A persona le pregunta a otra B con la que tiene una relación de cercanía sobre el tipo de alimentos que comerán un día determinado. ¿Cómo decide una persona qué comerá ante la pregunta de la persona A? De este ejemplo eliminaremos los obstáculos que pudieran interferir entre decidir un tipo de comida y otra, como lo puede ser, la cuestión económica, la distancia. Por eliminar entiendo que las personas cuentan la posibilidad económica y la factibilidad de que llegar a cierto punto, aunque sea lejano.

La persona B debe decidir que comerán. ¿Cómo arriban a esa conclusión? Las variables que entran en juego son diversas: tomar en cuenta los gustos de la persona A, lo que a su vez origina el interés de complacer a la persona A; los deseos de ingerir determinado alimento; la cercanía del lugar y el lugar; los costos del alimento, entre muchas otras variables. Supongamos pues que se ponen en juego dos tipos de alimentos: comida china y antojos mexicanos. La persona B dice que se le antoja comida china. Ante esta información la persona A imagina y representa el sabor de la comida china. Y a esto responde que: ha ingerido comida china en diversas ocasiones últimamente y que no se le antoja. Se me antoja mejor antojitos mexicanos –dice la persona A. La persona B responde que está bien, aunque no se ve muy convencida. Ante la imagen de la persona B, la persona A dice: o bueno, comida china está bien. La persona B replica y dice: antojitos mexicanos está bien, ya se me antojaron. Y las personas deciden acudir a comer antojitos mexicanos.

²⁹⁷ Tomasini Bassols, Alejandro, *Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana*, 1ª edición, editorial Edere, México, 2002, p. 104.

²⁹⁸ Véase el ejemplo en Searle, John, *Libertad y neurobiología, Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Trad. Miguel Candel, Paidós, España, 2004, p.34.

La cuestión a saber, es que si la cuestión de decidir fue tomada libre o predeterminada. Para que B pudiera decidir entre una comida y otra tomo en cuenta varias variables, y aun y así adoptó la idea de A. Pero A nunca lo presionó o coaccionó para tomar esa determinación. B la tomó supuestamente de manera libre. ¿Pudo B decidir sostenerse en la comida que se le antojaba? o ¿decidió comer otro alimento de manera libre?

Para que B se decidiera por una comida, forzosamente representó ambas comidas en su mente: las tuvo presente, reprodujo el sabor, y experiencias pasadas. También reprodujo ciertas cuestiones de la persona A, o bien de experiencias con otras personas, y situaciones semejantes.

¿Podríamos decir que A también actuó de manera libre y terminó ejerciendo totalmente su voluntad? ¿Por qué no se decidieron por comida de Guanajay oriental?

En este caso hablamos de persona que guardan cierto grado de cercanía, pero ¿qué pasaría que el mismo ejercicio se desarrollará con esas dos mismas personas que no se conocieran, sino hasta antes de debatir sobre la comida?

Las estructuras funcionan dependiendo el objeto o la decisión que se pretende construir. Si B se hubiera sostenido en la comida de su deseo, no significa que lo hubiera hecho con todas las personas; sin embargo, la estructura que lo determinó si hubiera funcionado en el mismo sentido, porque si bien el resultado o la manifestación puede ser distinta, la función o el origen es el mismo. Cuando algo ya se encuentra en discusión, y ante la posibilidad de decidir entre una cosa y otra, la estructura funcionará igual. Supongamos que la misma discusión se presente cuando A pretende a B. Muchos dirían que B aceptó porque pretende conquistar a A; pero que lo mismo no sucedería 5 años después de casados. La respuesta es que la función y el objeto es el mismo, pero la manifestación es la distinta. En ambos casos B está dirigido por una estructura que pretende satisfacer, y en ocasiones realizar una acción determinada le produce esa satisfacción, y en otras, otro tipo de acción de provocará la misma satisfacción. Es decir, ya está predeterminado, no lo que se va a comer, sino como se va a desarrollar o a funcionar la estructura. En otras palabras, una persona puede satisfacerse accediendo a las pretensiones de

otra persona, y otra persona se satisface imponiendo sus proposiciones. Lo predeterminado no es el resultado, si no el proceso de formación de la decisión y el pensamiento. Si una considera que una postura le garantiza un control sobre la otra, puede tomar una u otra decisión, acceder o no hacerlo. Luego, la pretensión no es el resultado, sino el proceso. Garantizando el proceso, la conclusión, como satisfacción, también está garantizada.

Para una mejor comprensión resulta indispensable detenerse en la concepción de posición original y equilibrio que analiza John Rawls para explicar las alternativas que se presentan respecto de la concepción de justicia. Para estos efectos acudiremos a algunas proposiciones sostenidas por el autor:

...la idea intuitiva de la justicia como imparcialidad es considerar los principios de justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida. Estos principios son aquellos que serían aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con objeto de establecer términos básico.²⁹⁹

Aislemos el enunciado que nos interesa para analizarlo: <<un acuerdo original de una situación inicial debidamente definid>>.

Si entendemos al contrato social como un acuerdo original se puede coincidir que formalmente en la historia de las civilizaciones modernas no existe constancia o evidencia de la manifestación expresa o formal del acuerdo de voluntades respecto del universo de concepciones de estados de cosas a las que un pueblo se habrá de sujetar o de regir. Tendríamos que aceptar ese acuerdo original como una acción comunicativa en el sentido que lo explica Habermas;³⁰⁰ y si se acepta esto, se tendría que aceptar que existe una construcción de estructuras que predeterminan, a su vez, la construcción de concepciones de estados de cosas colectiva que predeterminarán los conceptos, de lo contrario, ¿cómo se podría dar cuenta de una

²⁹⁹ Rawls, John, Teoría de la justicia, traducción de María Dolores González, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 119.

³⁰⁰ Es necesario entender cómo funcionan y se interrelacionan ciertas estructuras cognitivas a nivel individual y colectivo: en Habermas, Jürgen, Conciencia moral y acción comunicativa, Traducción de Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008, pp. 176-194.

comunicación y un acuerdo entre una masa tan diversa y heterogénea, tan distante y en ocasiones tan desconsiderada de sí mismas como por los demás, como lo es la misma civilización?

Las conclusiones a las que arriba Rawls al analizar la posición original como concepción de la justicia, inclina definitivamente a que la concepción de justicia esté afectada por estadios psicológicos previos que predeterminan lo consecuente, tanto de manera individual como de manera colectiva. Luego, Rawls nos dice:

La justicia como imparcialidad es una teoría de nuestros sentimientos morales tal y como se manifiestan en nuestros juicios meditados, hechos un reflexión equilibrada. Es de suponer que estos sentimientos afectan, en alguna medida, nuestros pensamientos y acciones. Así pues, aunque la concepción de la posición original es parte de la teoría de la conducta, no se deduce de ellos en modo alguno que existan en realidad situaciones que se le parezcan. Lo que es necesario es que los principios que serían aceptados en tal situación desempeñen su papel e nuestro razonamiento y conductas morales.

Debe mostrarse también que la aceptación de estos principios no se conjetura como ley psicológica o como probabilidad. Mi ideal es, en todo caso, mostrar que su aceptación es la única elección coherente con la descripción completa de posición original. ... Desde luego, las personas en la posición original tienen cierta psicología, ya que se formulan varios supuestos acerca de sus creencias e intereses. Estos supuestos, junto con otras premisas, aparecen en la descripción de la situación inicial. Sin embargo, es claro que los argumentos contruidos a partir de tales premisas pueden ser completamente deductivos, tal y como lo prueban las teorías políticas y económicas. Deberíamos aspirar a una especie de geometría miral con todo el rigor que su nombre lo indica.³⁰¹

Citemos otro ejemplo: ¿puede estar una persona predeterminada a tener éxito? ¿Puede una persona estar predestinada realizar obras de arte, a filosofar, o en general, a realizar obras de calidad. Si se dice que sí, estaríamos aludiendo al

³⁰¹ Rawls, John, Teoría de la justicia, op. cit., p. 121.

resultado y no la función. Lo que sí se debe decir, es que la persona sí puede estar predeterminada a hacer las cosas empleando una serie de acciones en determinado sentido, y ante determinadas circunstancias. Una acción o reacción voluntaria se accionará atendiendo las variables de cada caso. Ante ciertas circunstancias algo provocará enojo, tristeza, rabia, violencia etc., y la estructura realiza diversas acciones para representarla: no es tomar una buena foto: es captar un momento; no es pintar un buen cuadro: es realizar trazos que representen una realidad y un momento; no es hacer un buen discurso: es transmitir una emoción; no es contar una buena historia: es representar uno o varios hechos, o un mundo imaginario de tal forma que la mente lo reproduzca en imágenes que se consideren apegadas a la realidad. Lo anterior, no es cuestión de decisión, sino de ciertas estructuras mentales. Estas personas no están predeterminadas a hacer algo bien; están predeterminadas a hacer algo siempre bajo ciertos parámetros y reglas, y ante determinadas circunstancias. Lo bien o lo bueno es el resultado, y esto se sujeta a otras variables que le darán ese calificativo.

A este respecto, Alejandro Tomasini al analizar la acción de levantar la mano para taparse un ojo que Wittgenstein utiliza, concluye que "no es una característica particular lo que podría darnos la esencia del acto voluntario y, desde luego, no es la experiencia inmediata lo que podría decidir si algo fue un acto voluntario o no."³⁰²

Toulmin al explicar la forma en la que Dewey entienda las formación de los fenómenos lógicos sostiene que: "Cabe dentro de lo imaginable que métodos precarios de argumentación hallen acomodo dentro de la sociedad y sean transmitidos durante generaciones, de manera similar a lo que sucede con una deficiencia en la constitución corporal o un defecto en la psicología del individuo."³⁰³

Dewey explica la naturaleza de los principios lógicos así:

³⁰² Tomasini Bassois, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica, Cavilaciones wittgenstenianas*, 2ª edición, 1ª edición de Plaza y Valdez Editores, México, 2005, p. 202.

³⁰³ Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morris y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 20.

Cualquier hábito es una forma o manera de acción, un acto particular o un hecho. Cuando se formula, se convierte, en tanto en cuanto es aceptado, en una regla o, de manera más general, en un principio o <<ley>> para la acción. No puede negarse que hay hábitos de inferencia y que estos pueden ser formulados como reglas o principios.³⁰⁴

De lo anterior podríamos advertir que al menos los autores citados, ubican una estructura primaria o temprana donde se conciben ciertas reglas lógicas, hábitos, patrones o prácticas patológicas que forman reglas lógicas del pensamiento, transmitidas por el ambiente y entorno en el que la persona se desarrolla.

Hay una serie de afirmaciones que formula Toulmin al analizar los argumentos analíticos y sustanciales³⁰⁵ que resultan de gran interés para este trabajo, por lo que es preciso transcribirlas en su totalidad.

Realizamos afirmaciones sobre el futuro y las fundamentamos refiriéndonos a la experiencia que tenemos de cómo las cosas transcurrieron en el pasado; realizamos aseveraciones sobre los sentimientos de alguien sobre su estado legal y las respaldamos haciendo referencia a sus declaraciones y a sus gestos o a su lugar de nacimiento y las leyes sobre la nacionalidad; adoptamos posiciones morales o realizamos juicios estéticos, nos declaramos a favor de ciertas teorías científicas o apoyamos determinadas causas políticas, presentando en cada caso como base para nuestra conclusión enunciados pertenecientes a categorías lógicas muy distintas a las de la propia conclusión. Nunca, cuando realizamos cualquiera de estas afirmaciones, puede considerarse que la conclusión es una mera reformulación del enunciado inicial; en otras palabras, de algo que ha sido afirmado implícitamente en los datos o en el respaldo de nuestra idea.³⁰⁶

³⁰⁴Dewey, *The theory of inquiry*; en Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 20.

³⁰⁵Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 166 y 167.

³⁰⁶Ibid.

El autor afirma lo que no puede acontecer respecto de la conclusión, lo que nos lleva a pensar que existe un proceso primario, en el que la conclusión viene precedida de datos que respaldan nuestras ideas originales, que pueden ser lógicas, racionales o todo lo contrario, según el sujeto que las produzca.

En términos lógicos, un enunciado empírico sobre el pasado sustentará un enunciado hipotético sobre el futuro. Como lo ejemplifica Toulmin, en los argumentos analíticos y sustanciales referidos. Si en efecto esto pasa como lo describe el autor en la formación del argumento, lo mismo sucede en la estructura lógica del pensamiento, por lo que la concepción de una cosa, también, al igual que la regla de inferencia, viene precedida de algo previamente establecido, lo que nos llevaría a concluir que en efecto existe, al menos hasta aquí, una suerte de determinismo en las decisiones racionales.

Arturo Schopenhauer también utiliza los términos: abstracto, intuitiva, pura o empírica como enunciados para representar al mundo. Nos dice que: "el universo entero, no es objeto más que para un sujeto, percepción del que percibe; en una palabra: representación."³⁰⁷

Ahora, si el mundo es representación, forzosamente la representación requiere de un proceso previo en el que se concibe y percibe algo. En estas etapas previas se formarán estructuras que posteriormente darán la forma del pensamiento; incluso, en etapas posteriores, la percepción, que en un momento pudo ser pura, lo ha dejado de ser porque ahora es influida por diversos procesos. La percepción que tuvo un niño de una serpiente a los dos años, no es la misma que tiene de ella a los treinta. La percepción y sensaciones que tiene un niño de tres años al dar un golpe a otro niño no es la misma que tiene a los treinta años. Tampoco es lo mismo una resolución de un juez a sus treinta años que a sus sesenta.

La percepción y la concepción no permanecen estáticas, son afectadas: mutan, evolucionan, cambian y se modifican atendiendo a la estructura en la que están contenidas. En las personas existe cierto grado de predisposición para aceptar o no

³⁰⁷ Schopenhauer, Arturo, *op. cit.*, p. 21.

los cambios. En algunas otras su capacidad para adaptarse se origina en la capacidad para acoplar los nuevos elementos a sus estructuras mentales. Podría decirse que hay estructura en las que no se puede construir sobre ellas o reconstruirlas.

Respecto a esto Gérard Fourez nos dice que:

...no existe una información en el mundo que yo recibo como tal [...]. Observar supone una cierta organización activa de la visión [...]. Tan sólo veo las cosas en la medida en que las mismas responden a un determinado interés [...]. Cuando observo algo 'cualquier cosa, me corresponde siempre 'describirla. Por esta razón, utilizo una serie de nociones que ya poseía con anterioridad; las cuales se refieren siempre a una representación teórica, general, implícita. Sin estas nociones, que me permiten organizar mi observación, tan sólo sabría describirla [...]. Por tanto, para observar, es necesario trasponer lo que vemos a nociones poseídas con anterioridad. Una observación es, pues, una interpretación; en definitiva, una observación supone integrar una determinada visión den la representación teórica que nos hacemos de la realidad.³⁰⁸

De los asertos del párrafo anterior, Tusseau concluye que:

La radicalización de las tesis convencionalistas nos conduce a afirmar que no existe una observación neutra, universal y ahistórica. Además, los conceptos empleados para comprender los fenómenos no resultan ya de la naturaleza de las cosas –es decir, del objeto analizado- si no del sujeto que observa, quien los superpone a una masa –hasta ese momento más o menos informe –de percepciones de naturaleza diversa (olfativas, táctiles, visuales, sonoras etc.).³⁰⁹

³⁰⁸Fourez, G., *La construction des sciences. Les logiques des investissements scientifiques*, 4ª ed, Bruselas, De Boeck Université, col. «Sciences, éthiques, sociétés», 2002, pp. 32-33; en Tusseau, Guillaume, *Para Acabar con los Modelos de Jurisdicción constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2011, p. 129.

³⁰⁹ Tusseau, Guillaume, *Para Acabar con los Modelos de Jurisdicción constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2011, p. 129. Véase también páginas posteriores.

Las estructuras mentales estáticas crean estructuras, en cualquier ámbito igualmente estáticas, un ejemplo de ello es el positivismo puro. No se origina por un razonamiento puro, sino que es producto de una adaptación de un sistema de vida, como el Derecho, a la estructura mental, que queda complacida y se justifica con el funcionamiento del iuspositivismo. La razón justifica, entonces, a la estructura mental. Es iuspositivismo es, entonces, la representación del tiempo, espacio, estado de cosas, posición, sucesión y causalidad de una persona, un grupo de personas o una sociedad, que percibe, concibe y conceptualiza una realidad. En otras palabras, la realidad del mundo del Derecho se representa por un grupo, como el iuspositivismo, y se manifiesta en los sistemas jurídicos e interpretativos que se utilizan para solucionar el universo de problemas jurídicos.

El Derecho pues, no es una pluralidad de criterios, opiniones o interpretaciones, como vulgarmente se dice entre los operadores jurídicos, sino una diversidad de proyecciones cognitivas.

Del texto de Arturo Schopenhauer denominado "El mundo como representación",³¹⁰ hemos abstraído que toda acción, decisión o generación, es consecuencia de algo previo, construido sucesivamente en un tiempo, dentro de un espacio, desarrollado por lugares comunes o en un mismo lugar, y ante un estado de cosas, que establecen un posición: todo esto tendrá el efecto de causalidad, en una persona, una familia, un grupo social, un colectivo social, una sociedad, y al final, en la civilización.



³¹⁰ Schopenhauer, Arturo, El mundo como voluntad y representación, traducción de Eduardo Dvejero y Maury, 9ª edición, Porrúa, México, 2009; p. 21-107.

Persona	Colectivo	Persona	Colectivo
<input type="checkbox"/> Perseverancia	<input type="checkbox"/> Perseverancia	<input type="checkbox"/> Perseverancia	<input type="checkbox"/> Perseverancia
<input type="checkbox"/> Consistencia	<input type="checkbox"/> Consistencia	<input type="checkbox"/> Consistencia	<input type="checkbox"/> Consistencia
<input type="checkbox"/> Firmeza	<input type="checkbox"/> Firmeza	<input type="checkbox"/> Firmeza	<input type="checkbox"/> Firmeza

Por último, es pertinente hacer unas reflexiones acerca de algunas proposiciones que formula Norberto Bobbio en el sentido de que la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican, lo que significaría, que la justificación es una etapa del proceso de argumentación, y no necesariamente de la decisión.

Para una mejor comprensión se considera necesario transcribir la parte conducente:

En verdad, ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar del derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; con otras palabras, que la actividad del juez es meramente mecánica o automática. Los juristas y los filósofos del derecho prestas cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor. Valga para todos la palinodia de Calamandrei sobre la famosa teoría de la sentencia como silogismo. Esto no impide que exista diferencia entre una interpretación fundada sobre el examen de los llamados conceptos jurídicos y una interpretación fundada sobre la valoración de los intereses, y que la elección de la una u otra —como lo ha demostrado recientemente Bagolini—, no influya en la diversidad de la decisiones. Solo que no se trata de la diferencia entre una decisión entendida como la consecuencia de una operación lógica y una decisión entendida como consecuencia de una valoración, sino más bien, entre la decisión que tiene preferentemente en cuenta las cuestiones lógico-lingüísticas, a las que podríamos llamar "formales", y la decisión más atenta a las cuestiones de hecho (intereses en juego o los fines sociales que se persiguen), o sea sustanciales. Como la elección de una u otra actitud puede influir el mérito de la decisión, es probable que la elección misma del método

esté condicionada por la apreciación favorable o desfavorable de las consecuencias de la decisión. El juez adoptará este o aquel método según pretenda obtener este o aquel resultado. Esto hace decir a menudo a los jueces que de hecho la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican.³¹¹

De lo sostenido por Norberto Bobbio se abstraen cinco proposiciones que pueden proyectar un bosquejo, no de la toma de la decisión, pero sí de la estructura de la argumentación:

- i. Que las operaciones de los jueces no son meramente lógicas.
- ii. Una utilización consciente o inconsciente de juicios de valor; es decir, una estructura predeterminada que guía la forma de pensamiento del juez.
- iii. Que la decisión se adopta mediante operaciones lógicas o mediante juicios de valor o ambas, lo que nos lleva a inferir, que la el pensamiento argumentativo no se forma de manera lineal, lo que podría indicar cierta mecanismo en forma de espiral.
- iv. Que en la decisión influye de manera determinante una fluctuación de intereses, lo que nos podría indicar que al final el juez intenta imponer una determinada forma de pensamiento.
- v. Y que el método no es elegido a priori para arribar a una decisión, sino a posteriori, para justificar una decisión previamente aceptada.

En este sentido, no existiría netamente una clasificación pura de iuspositivistas e iusnaturalistas,³¹² sino una predeterminación a inclinarse y adaptarse a las ideas y pensamientos en el mismo sentido en el que evolucionan las especies descritas por Darwin. Ello nos llevaría a inferir que existe una conciencia colectiva y por supuesto, también una inconsciencia; que los pensamientos evolucionan y se adaptan a ciertos ambientes, y al igual que las mismas especies, sobreviven aquellos con una

³¹¹ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo*, versión de Ernesto Garzón Valdés, 13ª edición, Fontamara México, 2014, p. 33 y 34.

³¹² *Ibid.*, p. 96 y 97.

mayor capacidad de adaptación; aquellos que contengan estructuras subyacentes que puedan ser justificadas interna o externamente, es decir, aquellos que permitan una interpretación evolutiva del pensamiento y que posibiliten ser adaptados a diferentes espacios y tiempos, como por ejemplo podríamos citar a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Aquellas que sobreviven a los sistemas y subsistemas sociales y de gobierno son las que están formadas por procesos lógicos y en menor medida tomadas por juicios de valor adoptados y sugeridos en determinados tiempos y ambientes. Para ejemplificar esto se puede acudir a la gran mayoría de instituciones jurídicas del derecho romano que se siguen aplicando en nuestro tiempo; por supuesto que es exactamente aplicable a todas las figuras jurídicas el principio de variabilidad que también describe Darwin, con la diferencia que esta variabilidad si es en su mayoría provocada por el hombre, como lo son prohibiciones normativas, derechos civiles, formas de discriminación, derechos humanos, etc., etc., "a esta conservación de las variaciones y diferencias individualmente favorables y la destrucción de las que son perjudiciales, la he llamado selección natural o supervivencia de los más aptos."³¹³

Lo anterior no lleva a considerar que el aborto, su prohibición; el matrimonio libre o igualitario como muchos lo llaman, así como su prohibición; la adopción de menores por parejas o personas homosexuales; las libertades amplias o limitadas, y en general, todo sistema jurídico sigue las mismas reglas de pensamiento lógico: evolucionará y seguirá ciertos patrones; las figuras seguirán existiendo en razón a su capacidad estructural contenida en sí mismas para adaptarse a las exigencias sociales de cada tiempo, así como sucedió con el esclavismo y el feudalismo en su concepción más tradicional, entre muchas otras formas de vida y de organización.

Se puede sostener, como lo hace Ángeles Ródenas, que el razonamiento judicial sigue patrones lógicos de determinadas reglas, pero no de la sintáctica de la regla, sino del proceso lógico que se utilizó para establecerla: el límite máximo de velocidad en una carretera por sí sólo no significa nada; sin embargo, tiene un vínculo lógico con diferentes concepciones morales, como el hecho de considerar

³¹³ Darwin, Charles, *El origen de las especies*, Traducción de Anibal Froufe, SARPE, España, 1983, p. 136.

que el exceder ciertas velocidades pone en riesgo a las personas, lo que conlleva a establecer una regla que tenga una función lógica con lo que se pretende proteger y lo que se regula.³¹⁴

La estructura cognitiva, tiene pues, una participación influyente en las conclusiones a las que arribamos al observar y analizar cualquier hecho como problema, y esto se puede advertir en los resultados obtenidos por Galileo respecto de estudios previos realizado por Aristóteles:

Por ejemplo, Galileo observó además otras propiedades del péndulo, construyendo en torno a él muchas de las partes más significativas y originales de su nueva dinámica. Por ejemplo, Galileo derivó de las propiedades del péndulo sus únicos argumentos plenos y convincentes sobre la independencia del peso y la tasa de caída, así como de la relación entre la caída vertical y la velocidad terminal de los movimientos por planos inclinados. Vio todos estos fenómenos naturales de modo distinto de cómo habían sido vistos anteriormente.

¿Por qué se produjo ese particular cambio de visión? Gracias al particular genio de Galileo por supuesto. Pero repárese en que el genio no se manifiesta aquí por una observación más precisa u objetiva del cuerpo oscilante. Descriptivamente la percepción aristotélica es igualmente exacta. Cuando Galileo informó de que el periodo del péndulo era independiente de la amplitud, para amplitudes hasta de 90°, su visión del péndulo lo llevó a ver muchas más regularidad de que nosotros podemos descubrir. Lo que parece haber estado implicado más bien fue la explotación por parte del genio de las posibilidades perceptivas disponibles gracias a un cambio de paradigma medieval. Galileo no recibió una educación completamente aristotélica. Por el contrario, aprendió a analizar los movimientos en términos de la teoría del *impetus*, un paradigma tardomedieval...³¹⁵

³¹⁴ Ródenas, Ángeles, Razonamiento judicial y reglas, 1ª edición, Fontamara, México, 2000, p. 13 y 14.

³¹⁵ Thomas S. Kuhn, La estructura de las revoluciones científicas, op. cit., p. 224.

La estructura cognitiva puede modificar, como lo hizo en Galileo, la forma de percibir una observación, al grado de observar lo mismo, como se advirtió en el párrafo precedente, pero obtener resultado gradualmente distintos.

3.7. La silla, su concepto y función.

Thomas S. Kuhn nos dice que un enunciado empírico no necesariamente comprueba un enunciado hipotético o teórico, sólo lo describe, y en estudios muy superficiales lo explica, porque el enunciado empírico se sujeta a la forma en la que concebimos las cosas, y en razón de eso, se desarrolla un hecho o una acción (conducta). Luego, el enunciado empírico puede ser anómalo, alejado de la realidad, pero conceptualizado anómalamente a la realidad, por la forma en que percibimos o nos formamos conceptos de la realidad.

En el párrafo anterior, se insertaron algunas proposiciones que se infieren del trabajo del autor, por lo que es necesario respaldarlas.

El autor nos dice que:

El descubrimiento comienza tomando conciencia de una anomalía, es decir, reconociendo que la naturaleza ha violado de algún modo las expectativas inducidas por el paradigma que gobierna la ciencia normal. Prosigue luego con una exploración más o menos amplia del área de la anomalía, y se cierra sólo cuando la teoría paradigmática se ha ajustado para que lo anómalo se vuelva algo esperado. La asimilación de un nuevo tipo de hecho exige un ajuste de la teoría que no se limita a ser un añadido, y hasta que no se termina dicho ajuste, hasta que el científico no haya aprendido a ver la naturaleza de un modo distinto, el hecho nuevo no es en absoluto un hecho plenamente científico.³¹⁶

Se cita el párrafo anterior, como condición de la formación de los paradigmas, que son originados por una estructura en la que se forma el concepto y en la que se le

³¹⁶ Ibid., p. 130.

atribuyen funciones, sin que exista un conjunto específico de reglas para hacerlo.³¹⁷ A pie de página, Kuhn refuerza esta afirmación con lo siguiente: "Michael Polanyi ha desarrollado con brillantez una idea similar, argumentando que gran parte del éxito del científico depende del conocimiento tácito, es decir, del conocimiento que se adquiere por la práctica sin que se pueda articular explícitamente. Véase su *Personal Knowledge* (Chicago, 1958), especialmente caps. V y VI."³¹⁸

El autor refiere que se trata de cuestionamientos añejos: "hemos de conocer de manera consciente o intuitivamente qué es una silla o una hoja o un juego. Esto es, hemos de captar algún conjunto de atributos que todos los juegos y solo ellos posean en común."³¹⁹

El párrafo anterior, se utiliza usando ciertas proposiciones de Wittgenstein,³²⁰ y para una mejor comprensión es preciso ampliar el ejemplo de la silla.³²¹ Primero que todo, se debe dar por hecho que se ha utilizado una silla exclusivamente para sentarse, también, que jamás se le ha asignado un nombre. Propongamos pues, que el hecho se desarrolla entre dos personas sordomudas:³²² la persona A visita la casa de la persona B. Ambos manifiestan un gesto de amabilidad. La persona B, camina unos metros y acerca una silla. La persona A procede y se sienta en ella. Podemos advertir que la persona A identifica una serie de atributos a ese objeto por las funciones que realiza.

Ahora supongamos que esas personas recobran el oído, y visitan la casa de una persona C. Ésta utilizando el lenguaje verbal les dice: ¿quieren una silla? Las personas A y B se voltean a ver el uno al otro, porque no entienden qué es una silla. Al ver esto la persona C les acerca una silla, y entonces a la función y tributos del

³¹⁷ *Ibid.*, p. 119.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*, p. 120.

³²⁰ En Ludwig, Wittgenstein, *Investigaciones Filosóficas*, traducción de Alfonso García Suárez y otro, Altaya, España, 1999, pp. 31-36

³²¹ Empleo el ejemplo de la silla porque es recurrente en varios filósofos, y entiendo que es por la universalidad de elementos que contiene.

³²² Se utiliza es forma de comprobación, como método Socrático: "El examen de los casos concretos, vividos por cada cual, es el medio para descubrir las ideas generales, los conceptos." En el estudio introductorio de Francisco Larroyo (*Filosofía del concepto*) contenido en: Anstóteles, *Tratados de lógica* (El organón), 14ª edición, Porrúa, México, 2013, p. XXI.

objeto que ellos utilizaban para sentarse le asignan el nombre de silla, y proceden a sentarse.

Las personas A y B ahora visitan la casa de una persona D, la cual vive en el campo. La persona D se encuentra fuera de su casa. Los visitantes preguntan muy alegremente al saber que el objeto que se utiliza para sentarse se llama silla: ¿tienes unas sillas? NO –replica la persona D- ¿quieren un tronco para sentarse? Las personas de nuevo se voltean a ver el uno al otro. La persona D al advertir esto, acerca un tronco y se los muestra a las personas A y B; pero contrario al momento cuando la persona C les acercó una silla, las personas A y B no se sentaron. Al advertir esto la persona D les muestra para qué sirve el tronco y se sienta en él. Entonces las personas A y B asienten y se sientan en los troncos. Y dice: ah, esto es una silla. La persona D responde: no, esto es un tronco, pero también sirve para sentarse.³²³

En este ejemplo, como el empleado por Wittgenstein para identificar la función y los atributos de una guitarra o de un instrumento de cuerdas,³²⁴ encontramos que algo puede tener un mismo atributo, incluso tener la misma función aparente, para muchos, todas son guitarras: una grandes y otras más pequeñas y singulares, pero al final, guitarras. Todas tienen los atributos de ser instrumentos de cuerdas, lo que las identifica en un género, pero no todas son guitarras, porque aunque parecidas, su función es distinta. También puede suceder lo contrario, identificarse con la función, como la silla y el tronco, pero distinguirse en sus atributos.

³²³Véase el ejemplo análogo empleado por Ludwig Wittgenstein en: *Investigaciones filosóficas*, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Ediciones Altaya, España, 1999, p. 8 y 9.

³²⁴ Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos Azul y Marrón*, traducción de Francisco Graña Guillén, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 28 y 29.

De los ejemplos anteriores podemos ver que antes de formarse un concepto sobre algo, la persona conoce su función;³²⁵ después, conoce o le asigna el nombre, pero no es sino hasta ponerlo en juego con otros objetos que le asignan atributos.³²⁶

En la interpretación y en las soluciones jurídicas se corre el riesgo de cometer varios errores, cuando primero se forma el concepto y después las funciones o los atributos. Por ello, la forma natural no es partir de una descripción del concepto, sino de las funciones y atributos, para luego asignarle un nombre y establecer su concepto. Luego que cualquier discurso puede contener anomalías por partir de un supuesto dado, sin verificar su autenticidad o la verdad de la proposición que se emplea para describirlo.³²⁷

Se pueden cometer varios errores si no se identifican adecuadamente las categorías de lo que se habla, es decir, la distinción de los atributos del objeto que se pretende aplicar: no se puede sostener que se ha violado un principio constitucional si se desconocen sus atributos. Respecto de esto, Zagrebelsky nos dice que:

De cara a la aplicación (y, aun antes, a la individualización por medio de la interpretación) de la regla jurídica, la comprensión del caso presupone que se entienda su <<sentido>> y que se le dé un <<valor>> a través, precisamente, de las categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete. La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones

³²⁵ Tamayo Salmorán, Rolando, para comprender el uso de la palabra "Derecho", así como sus atributos y su función, utiliza el ejemplo de la mesa para identificar su función y atributos. En *Introducción analítica al estudio del Derecho*, 2ª edición, Themis, México, 2011, p. 16 y 17.

³²⁶ Véase las Categorías de Aristóteles: en Aristóteles, *Tratados de lógica (El organón)*, 14ª edición, Porrúa, México, 2013, p. 5-62.

³²⁷ Véase Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Ediciones Altaya, España, 1999, pp. 31-38, para una mejor comprensión respecto a la utilización de los conceptos, luego que si no se conoce la descripción del objeto (figura jurídica), realmente no sabes en realidad lo que quieres decir al expresar el nombre de un concepto, y pueda llegar al extremo de que se estén discutiendo temas respecto de un mismo concepto, pero del cual los discursantes tienen una descripción distinta etc. Puede pues, que ambos estén correcto o incorrectos respecto de las premisas y las conclusiones, porque la formación de los conceptos es distinta. En pocas palabras, no obstante de que estén hablando de una misma palabra, están hablando de cosas distintas.

y en vista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada.³²⁸

Wittgenstein utiliza a San Agustín para identificar el origen de la asignación de nombre:

Cuando ellos (los mayores) nombraban alguna cosa y consecuentemente con esa apelación se movían hacia algo, lo veía y comprendía que con los sonidos que pronunciaban llamaban ellos a aquella cosa cuando pretendía señalarla. Pues lo que ellos pretendían se estresacaba de su movimiento corporal: cual lenguaje natural de todos los pueblos que con mimica y juegos de ojos, con el movimiento del resto de los miembros y con el sonido de la voz hacen indicación de las afecciones del alma al apetecer, tener, rechazar o evitar cosas. Así, oyendo repetidamente las palabras colocadas en sus lugares apropiados en diferentes oraciones, colegía paulatinamente de qué cosas eran los signos y, una vez adiestrada la lengua en esos signos, expresaba ya con ellos mis deseos.³²⁹

De lo siguiente, Wittgenstein abstrae las siguientes proposiciones:

En estas palabras obtenemos, a mi parecer, una determinada figura de la esencia del lenguaje humano. Concretamente ésta. Las palabras del lenguaje nombran objetos –las oraciones son combinaciones de esas denominaciones.

-En esta figura del lenguaje encontramos las raíces de la idea. Cada palabra tiene un significado. Este significado está coordinado con la palabra. Es el objeto por el que está la palabra.³³⁰

En un sentido parecido Martínez Zorrilla nos dice que: "Conviene ser cuidadoso y preciso en la selección y manejo de la definiciones, puesto que no pocas

³²⁸ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derecho, y justicia*, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011, p. 136.

³²⁹ San Agustín, *Confesiones*, {1.8}; en Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Ediciones Altaya, España, 1999, p. 8. En la versión de Francisco Montes de Oca, la traducción es distinta, aunque mantiene aparentemente el mismo sentido, véase: San Agustín, *Confesiones*, versión de Francisco Montes de Oca, 20ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 9.

³³⁰ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, op. cit., p. 8.

controversias, disputas argumentativas o malentendidos responden en realidad a que los interlocutores adscriben significados distintos a una misma palabra o expresión.³³¹

Hasta aquí podríamos decir que todo está bien, pero en lo que no reflexionamos es en cómo se construyó la silla. Si analizamos, la silla sigue patrones lógicos, como lo es el cuerpo humano al sentarse. Forzosamente requiere de soporte trasero (de las patas traseras) para sostenerse, por lo que contiene elementos deductivos para configurarse de manera integral. En ese sentido, la silla sigue patrones predeterminados para formarse,³³² y de ahí partimos a analizar las funciones, atributos y el establecimiento del concepto, pero no fue, hasta que la silla estaba formada. Bajo esa línea, la silla sigue la estructura del pensamiento lógico.³³³

La cuestión que puede derivarse de lo anterior, es que la silla es un invento y una descripción: invento como objeto del descubrimiento, y descripción como función lógica del pensamiento. No obstante lo acontecido en la etapa del descubrimiento, cabe dejar en claro que si bien la silla sigue patrones lógicos, puede no suceder lo mismo con la toma de decisiones, porque aquí interviene diversos elementos que dependen de la figura que se ha formado de los hechos en cada persona, lo que determinará el sentido aplicado y justificación de cada decisión, como se apuntó en página anteriores, al analizar los asertos de Norberto Bobbio.³³⁴

Se advierte de una manera clara que en las resoluciones jurisdiccionales se encuentra ausente la etapa de descubrimiento, y sólo es posible analizar la etapa de justificación. Evelin T. Feteris, utilizando a diversos autores, nos dice que "el

³³¹ Martínez Zorrilla, David, Metodología jurídica y argumentación, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 203.

³³² No me refiero a una predeterminación de que la silla fuera así (predeterminación de la conducta como resultado), sino a los mecanismos con los cuales se construyen las cosas. Por ejemplo, si un simio tuviera la capacidad de diseñar o construir un silla, no la construiría igual que la silla del humano, porque la figura que el humano adopta al sentarse no es igual que la de un simio; o la de una serpiente, una res o si se quiere llegar al extremo, la de un pez; pero la estructura fisiológica que adopta el cuerpo humano es la que predetermina el pensamiento lógico de la persona que diseña una silla. Esto significa que en un lugar se diseñará una silla prácticamente idéntica a la que diseña una persona al otro lado del planeta.

³³³ Véase a Wittgenstein, específicamente en las proposiciones: 2.012 a 3.032: Tractatus Logico-Philosophicus; 1ª edición, Alianza, España, 1999, pp. 17-31.

³³⁴ Ver Bobbio, Norberto, El problema del positivismo, versión de Ernesto Garzón Valdés, 13ª edición, Fontamara México, 2014, p. 33 y 34.

contexto del descubrimiento se refiere al proceso de búsqueda de la decisión correcta. El contexto de la justificación se refiere a la justificación de la decisión y a las normas de valoración que se usan para evaluar la decisión.³³⁵

La distinción entre estas dos fases es necesaria para establecer las normas de evaluación de la calidad de la argumentación jurídica. Los jueces están obligados a justificar su decisión para indicar las consideraciones que la fundamentan. Esto no implica que estén obligados a describir el proceso de búsqueda de la decisión correcta y los motivos (personales) que juzgaron un papel en este proceso.³³⁶

En esto reside la principal problemática para conocer los errores de una solución jurídica, en que el proceso de descubrimiento nos llevaría a identificar que una gran cantidad de soluciones están condicionadas y sujetas a un determinismo que inclina, de manera determinante, no necesariamente la conclusión tomada, sino las formas de pensamiento que guían el proceso para concluir en una solución.

Luego, la argumentación jurídica como base para analizar una solución, debe incluir la atomización de cada argumento para identificar los elementos y el error o la validez de origen de un argumento.

Como se dijo, el contexto de descubrimiento es el que las personas identifican el momento de la asignación de atributos y del nombre del objeto, en este caso de la silla, se encuentra ausente en las soluciones jurisdiccionales, por lo que podemos tomar el parafraseo de Thomas Kuhn respecto de Wittgenstein para sostener esto:

Por el contrario, enfrentamos a una actividad no observada anteriormente, le aplicamos el término "juego" porque lo que estamos viendo mantiene un estrecho "parecido de familia" con algunas de las actividades que hemos aprendido anteriormente a designar con tal nombre.³³⁷

³³⁵ Feteris, Evelin T., Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de la teoría sobre la justificación de las decisiones judiciales, Traducción de Alberto Supelano, 1ª edición, Colombia, 2007, p. 33.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Thomas S. Kuhn, *op. cit.*, p. 121.

Si se estableciera el contexto de descubrimiento en las soluciones jurídicas de manera expresa, la tendencia determinista se evidenciaría claramente. Los paradigmas pues, son una especie de determinismo colectivo.

4. CONCLUSIONES.

A efecto de comprender de una mejor manera las conclusiones de este capítulo, regresemos a Karl Popper. Como se dice en páginas anteriores, éste establece dos elementos necesarios para que pueda sostenerse el principio de causalidad: una ley universal y una condición original. Análiticamente se requiere de la existencia de enunciados universales hipotéticos, y de enunciados singulares que describan un acontecimiento concreto.³³⁸ En otras palabras, se requiere de un enunciado universal (aceptado) que nos diga la consecuencia, y otro que nos diga la causa. Si se actualizan estos dos enunciados podríamos hablar de causalidad. No existe duda de esto en las ciencias naturales, el problema es si esto es posible en el mundo de las ideas y de las razones jurídicas.

Karl Popper utiliza el ejemplo de la rotura de un hilo para identificar la condición de origen (la causa). Nos dice que la rotura de hilo se dio porque se le aplicó un peso de 2 libras cuando su resistencia era de 1 libra: a esto se le identifica como la causa. De la causa podemos advertir que existen dos elementos, uno que puede ser constante o dinámico, y otro posible o contingente. La existencia del hilo con una resistencia de 1 libra es constante o dinámico; aplicar el peso de 2 libras es lo contingente o posible.

Este trabajo no se centra en los dos elementos para sustentar el determinismo, sino únicamente en el primero. Para una mejor comprensión, es necesario utilizar un ejemplo distinto del autor, para estar en posibilidad de poder utilizarlo análogamente al proceso de razonamiento constitucional, o para abstraer la regla de inferencia con la cual solucionarán el caso concreto.

³³⁸ Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2ª edición, traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, España, 2011, p. 72.

Imaginemos que tenemos un vaso de cristal con capacidad de 300 mililitros, lo que identificamos como primer elemento. Vaciamos al vaso una cantidad de agua y advertimos que cierta cantidad se derrama. No sabemos cuánta agua se derramó, pero sí la capacidad del vaso, por lo cual inferimos que la cantidad de agua vaciada al vaso excede su capacidad: esto es nuestro segundo elemento. Aquí advertimos los dos elementos de la causalidad, sin embargo al determinismo estudiado aquí no le interesa el segundo elemento y es donde muchos autores formulan una serie de objeciones respecto de la causalidad o al determinismo de los hechos, como lo vimos en Dworkin y Hawking.

El determinismo es la capacidad del vaso, cualquiera que este sea, o bien, la resistencia del hilo. No es que exista predeterminación respecto de un acontecimiento; lo existe respecto a la estructura mental, y ante diversas circunstancias, tal como el hilo y como el vaso, se harán manifiestas en una u otra conducta.

Lo debatible en los procesos mentales, por analogía, es la dificultad para medir la capacidad del vaso o la resistencia del hilo: no sabemos, por ejemplo, lo fuerte o débil que es una personalidad para ubicarla en un punto de quiebre. En este sentido, el hecho de no poder acceder al primero elemento de manera inmediata y directa para un correcto análisis, no es concluyente para sostener la inexistencia del determinismo. Lo que sucede aquí, no es la inexistencia del determinismo, sino la inestabilidad de las predicciones.

La intención del Derecho positivo fue o es integrar estos dos elementos de manera estática, a efecto de posibilitar las predicciones, lo que aproximaría al Derecho a considerarla una verdadera ciencia. Sin embargo, como se ha explorado por importantes juristas y filósofos, la dificultad del legislador para contemplar el universo de posibilidades y soluciones jurídicas se ha convertido en un obstáculo para las decisiones justas; lo que ha llevado a una amplia discusión sobre las lagunas y antinomias.

El problema pues, es que el positivismo se centró en el segundo elemento, y ante la imposibilidad referida, el positivismo parece verse derrotado. El positivismo dejó

a un lado el determinismo o el primer elemento. Si se hubiese centrado en éste, se concluiría que el segundo elemento puede ser consecuencia lógica de los procesos mentales, por lo que sin existir la posibilidad de identificar el universo de hechos posibles, la persona del juez podría llegar a conclusiones deseadas por el segundo de los elementos, pues como se advirtió en el ejemplo de la silla, el proceso mental sigue ciertos patrones, y tanto la codificación como el discurso práctico racional son fundamentados en el proceso de argumentación jurídica aquí expuesto.

En pocas palabras, el positivismo no se debió centrar en crear leyes perfectas, sino en preparar a los mejores jueces posibles, contemplando los diversos aspectos cognitivos, ambientales etc.

Dentro del positivismo, se advierte que su principal fallo fue intentar integrar los elementos referidos en la codificación, y ante ello se configuró su falla. Luis Prieto Sanchis abstrae una serie de proposiciones que pueden ser utilizadas aquí:

El código fue obra del iusnaturalismo racionalista; y, del mismo modo que éste había concebido la "jurisprudencia universal" como una teoría especulativa matematizante, así también el código quiso presentarse como la expresión más acaba del Racionalismo entendida en la triple dimensión que indica Gómez Arboleya, esto es, como racionalismo utópico constructivo de la realidad, como racionalismo político edificador del Estado unificador de la nación y, por último, como racionalismo burgués afirmador de la vida profana, libre e igual. La ley de iluminismo y el código que en su monumento ejemplar rehúsan un fundamento voluntarista vinculado al mero ejercicio del poder y reclaman para sí el prestigio de la legislación racional que –supuestamente– reflejaría la estructura natural de las cosas y de las relaciones humanas; por ello, cabe decir, que el legislador, antes que el juez, confió en la existencia de una sola respuesta justa o correcta, de una sola ley racional.³³⁸

Concluyo pues, sosteniendo la posibilidad de un determinismo razonable y proclive a otorgarnos razonamientos constitucionales más próximos a la concepción de

³³⁸ Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento*, Palestra-Terris, Lima-Bogotá, 2013, p. 109 y 110.

justicia tradicional, evitando la frase clásica que sostiene la ley puede ser justa o injusta, pero es la ley:

Pues bien, la paradoja reside en que, tras defender un modelo de jurisprudencia como el expuesto, se rehúsa a dar el siguiente paso, lógico y necesario, de revestir al juez con los atributos del legislador, aun cuando fueran los de un legislador del caso concreto; por el contrario, "si no podemos fiarnos del juramento del juez (...) no existe garantía alguna."³⁴⁰

En efecto existe un condicionamiento, pero también un psicologismo objetivo, pero no en el sentido o contrasentido al psicologismo subjetivo y sus objeciones planteadas por Recasens. La igualdad por ejemplo, como objeto ideal siempre ha existido, y no es que se haya descubierto hace un par de siglos o décadas. Lo que ha cambiado es la forma en la que se proyecta y representa la realidad.

Si tomamos a la igualdad como objeto de la realidad podremos advertir que el tiempo y el espacio influyen en la concepción que se forma de ella, no es el objeto el que cambia, muta o se modifica, sino nuestra forma de concebirla.

Somos pues, nosotros y nuestra circunstancia.

³⁴⁰ Ibid., p. 116; la oración entre paréntesis corresponde a Kantorowicz, G. La lucha por la ciencia del Derecho, p. 337.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. Conceptos generales.

1.1. Concepto general de argumentación.

Resulta pertinente iniciar esta parte del discurso con algunas afirmaciones de Descartes, aceptando que todos tenemos la potencia de bien juzgar y de distinguir lo verdadero de lo falso; pero la eficacia reside en cómo llegamos a ello: "la diversidad de nuestras opiniones no procede del hecho de que unos sean más razonables que otros, sino tan sólo del hecho de que conducimos nuestros pensamientos por vía diversas y no consideramos las mismas cosas."³⁴¹

Si bien es cierto que en todo se argumenta, o bien existe la posibilidad de hacerlo, lo cierto también, es que la ciencia utiliza diversas formas de argumentar en base a la materia en cuestión, por lo que es necesario atender, primero, a la idea general de argumentación.

Cáceres Nieto nos dice que "la palabra argumentación denota al conjunto de enunciados constitutivos de un sistema de premisa (s) y conclusión que pueden ser percibidos a través de los sentidos (leemos o escuchamos la argumentación)".³⁴²

A este respecto Manuel Ajenza sostiene que:

... parece haber también diversas nociones de argumentación. Por ejemplo, los lógicos entienden los argumentos como encadenamientos de enunciados en lo que, a partir de algunos de ellos (las premisas), se puede pasar a otro (la conclusión). Pero otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación

³⁴¹ Descartes, René, *El discurso del método*, Traducción de Juan Carlos García Borrón, Editorial SARPE, Madrid, 1984, p. 34.

³⁴² Cáceres Nieto, Enrique, *Introducción práctica al cálculo lógico aplicado al derecho*, 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2014, p. 8.

como una actividad o un arte dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro de determinada tesis; como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe atenerse a ciertas reglas; etcétera.³⁴³

Advertimos que Atienza clasifica las nociones de argumentación atendiendo a las teorías más analizadas sobre el tema, como Aristóteles, Cicerón, Viehweg, Perelman, Toulmin, Robert Alexy, Neil MacCormick, y pudiera ser el caso de Jürgen Habermas.

De forma un tanto general, el mismo Atienza nos dice que:

Una argumentación es todo el conjunto de pasos, actos del lenguaje y enunciados que tiene lugar entre el planteamiento de una pregunta inicial (un problema), con que se abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución –argumentativa– del problema), que significa el cierre de la argumentación. ... Pero todos los pasos de una argumentación no son argumentativos. No lo son aquellos que no requieren de ninguna razón para ser dados.³⁴⁴

Cabe precisar que Atienza distingue entre concepto y concepción de argumentación, y formula una serie de elementos para diferenciar los unos de los otros.

Los elementos que configuran el concepto de argumentación (en un plano muy abstracto) sería los cuatro siguientes: 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos, o fragmentos de argumentos, que no consisten en un uso explícito del lenguaje; al menos, del lenguaje hablado o escrito. 2) Una argumentación presupone siempre un

³⁴³ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, p. 109.

³⁴⁴ Atienza, Manuel y otro, *Cómo analizar un argumentación jurídica*, Editorial Cevallos, Quito, 2009, p. 39.

problema, una cuestión (de indole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a una fin, y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.³⁴⁵

Por otra parte, Atienza identifica tres concepciones de argumentación: la concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática. Respecto de la primera, la ve como una serie de enunciados sin interpretar, se centra en el contenido de la verdad, formalmente en verificar desde la postura de la lógica la validez de las premisas y la conclusión: medularmente, consiste en vincular un enunciado con otro, a efecto de inferir cierta conclusión de la conexión lógica de los enunciados, conocida como lógica formal. Respecto de la segunda, no se centra en la validez o corrección de las premisas y su conclusión, ya que lo que se pretende es una solución a un problema material, más que formal, por lo que incorpora condiciones sustantivas, como el origen o fuentes del derecho, la interpretación o la prueba. Esto se puede verificar cuando se pretende utilizar la lógica formal para solucionar un caso concreto a la luz de una norma en lo individual y el sistema jurídico.

Respecto de la tercera concepción, la pragmática, ésta se basa en el lenguaje, y su medula se encuentra en la aceptación del argumento por parte del receptor, independientemente de que se configuren o no los elementos de la lógica formal o la material, en tanto que el objetivo se dirige a la persuasión del auditorio o del

³⁴⁵ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, op. cit., p. 109.

receptor. La concepción pragmática se concibe a su vez, en retórica y en dialéctica: la primera de éstas, se dirige a que el auditorio acepte el argumento, es decir, que contenga la fuerza persuasiva para introducirse en el receptor con el rigor necesario: aquí existe, un emisor (orador), discurso y un receptor u auditorio que puede ser influenciado o persuadido; por otra parte, en el dialéctico, los elementos de la retórica tienen un sentido bidireccional, luego que el emisor se convierte a su vez en receptor del contrasentido, o del contraargumento, lo que da lugar a una interacción, y a su vez, a la construcción del argumento a través de un ejercicio dialéctico o de debate.³⁴⁶

En el texto "Etimología Jurídica" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se dice lo siguiente:

ARGUO-ARGURES-ARGUERE-ARGUI-ARGUMENTUM: hacer constar, dar a conocer, manifestar, denunciar [con matiz de reproche o acusación]. Demostrar, probar, dejar constancia. Dejar bien en claro. Este verbo ha tenido un amplio desarrollo semántico.

1.- **Argumentación**, del latín *argumentum-i*, prueba, razón convincente, Razón de ser. Derivado del verbo *arguo-arguere* explicado en el epígrafe. El sugijo-ción, indica acción o resultado e un proceso. 2.- **Argumentativo**, del latín *argumentum-i*, prueba, razón convincente, y el sufijo *-ivo*, relativo a. 3.- **Argumentista**, del latín *argumentum-i*, prueba, razón convincente y el sufijo *-ista*, seguidor, agente. 4.- **Argumento**, del latín *argumentum-i*, derivado del verbo *arguo-arguere*: dejar bien en claro, demostrar. (...) 5.- **Argumentoso**, del latín *argumentum-i*, prueba, razón convincente, y del sufijo *-oso*, que indica abundancia, posesión real que se tiene de algo.³⁴⁷ (Las negritas son propias del texto)

³⁴⁶ Ver Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, op. cit., pp 110 y 111.

³⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología Jurídica*, 5ª edición, Poder Judicial de la Federación, México, 2008, p. 226.

Agregando algunos elementos a los expuestos en el párrafo anterior, la misma Corte,³⁴⁸ en un texto diverso dice "que el antecedente más lejano de este verbo latino es el vocablo griego *argés ápyrç*, que significa de blancura deslumbrante, en oposición a todo lo "oscuro" o poco claro; de aquí procede la raíz *arg-*".³⁴⁹

La Corte concluye con una definición de argumentación basada en los elementos descritos, y adoptando a Anthony Weston dice que argumentar es "ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión".³⁵⁰

...en relación con el tema de la lógica y retórica debe decirse que por argumentación se puede entender dos cosas diferentes si bien en estrecha relación: A) Desde una *perspectiva retórica*, la argumentación comprende el conjunto de estrategias que organizan el discurso persuasivo. B) Desde una *perspectiva lógica*, una argumentación es un tipo de razonamiento. De cualquier modo, ambas se ligan de modo esencial, ya que la exposición de un razonamiento, desde la perspectiva lógica, requiere, de modo necesario, una organización elemental del discurso, lo que presupone e implica una estrategia, lo que nos sitúa en el campo de la retórica.

(...)

En consecuencia, argumentar es aducir razones o "pruebas" a favor de lo dicho.³⁵¹

Martínez Zorrilla al formular una serie de manifestaciones respecto del tema, plantea que:

La argumentación, en un sentido amplio, es toda aquella actividad dirigida a la *fundamentación o justificación* de una posición (ya se trate de una creencia, de un punto de vista, de una decisión, de una teoría, etc.). No se trata, por tanto, de una actividad exclusiva de ciertos ámbitos académicos o de ciertas

³⁴⁸ Se utiliza este nombre porque "La corte" aparece como autora del texto.

³⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, 3ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 183.

³⁵⁰ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 155; en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, op. cit., p. 183.

³⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, op. cit., p. 183-185.

especialidades, sino que, muy al contrario, está también presente de manera continua de nuestra vida diaria.³⁵²

Continúa el mismo autor afirmando que

En una aproximación genérica, argumentar consiste en ofrecer razones para la justificación o fundamentación de cierto punto de vista, creencia, opinión, acción decisión...

Es decir, toda actividad dirigida a apoyar, defender o respaldar mediante razones (expresadas a través del lenguaje) cierta posición (en sentido amplio, incluyendo decisiones, opiniones etc.) puede considerarse como una actividad argumentativa.³⁵³

Nelson Leonardo, al sostener una noción de la argumentación nos dice: "Argumentar es defender una idea aportando razones que justifican nuestra postura. La capacidad para argumentar correctamente suele ir emparejada con la capacidad de influir sobre las personas."³⁵⁴

El mismo autor, toma, a su vez de otros autores una idea de argumentación similar, consecuentemente:

la Argumentación es entendida como la capacidad de esgrimir los diferentes razonamientos que ha sido expuestos, con la firme intención de persuadir y convencer al destinatario de la validez y eficacia de una tesis que no ha sido demostrada anteriormente y de la cual se busca sea aceptada utilizando los medios y los planteamientos necesarios para cumplir con tal cometido.³⁵⁵

- 1. Argumentar consiste en presentar razones.

³⁵² Martínez Zorrilla, David, *Metodología Jurídica y Argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 187.

³⁵³ *Ibid.*, p. 189.

³⁵⁴ Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *Argumentación Jurídica*, reimpresión a la 2ª edición, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2013, p. 31.

³⁵⁵ Castillo Alva, José Luis, Luján Túpez, Manuel, Zavaleta Rodríguez, Roger, *Razonamiento judicial, Interpretación Argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, ARA, editores, Lima-Perú, 2007, p. 233; citado por ³⁵⁵ Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *op. cit.*, p. 31.

- Razones son las justificaciones dadas por una creencias/hipótesis/predicado.
- Racionalidad es la habilidad de enfrentarse en la presentación de razones.

2. La argumentación aunque es algo común, es necesaria para poder entendernos correctamente. Muchos de los discursos/pleitos verbales suceden por un desconocimiento claro y fundamental, de las reglas de la argumentación.

3. Argumentación es el resultado de un producto y un proceso. En ocasiones el enfoque es el mensaje o del discurso, producto de la argumentación.

4. Argumentación es el campo del lenguaje donde la retórica, dialéctica y lógica se encuentran.

- De la retórica, la argumentación presta el interés por la audiencia y la efectividad del mensaje.
- De la lógica, la forma y la efectividad del mensaje.
- De la dialéctica, la forma correcta de deliberar un discurso.

Esto nos lleva a determinar que la argumentación es una variedad discursiva con la cual se pretende defender una opinión y persuadir de ella a un receptor mediante pruebas y razonamientos, que están en relación con diferentes aspectos: la lógica (leyes del razonamiento humano), la dialéctica (procedimientos que se ponen en jago para probar o refutar algo) y la retórica (uso de recursos lingüísticos con el fin de persuadir movilizandno resortes no racionales, como son los afectos, las emociones, las sugerencias entre otras facultades subjetivas).³⁵⁸

Jürgen Habermas al referirse a la argumentación se manifiesta en el siguiente sentido:

³⁵⁸ 358 Landaño Ayala, Nelson Leonardo, *op. cit.*, p. 33 y 34.

En este proceso, cada uno de ellos expondrá a los otros las razones por las que puede querer que se haga obligatoria en sociedad una forma de acción. Toda persona afectada debe poder convencerse de que, en las circunstancias dadas, la norma propuesta es <<igualmente buena para todos>>. Precisamente, este tipo de proceso es el que llamamos discurso práctico. Una norma que entra en vigor de esta forma puede llamarse <<justificada>>, ya que mediante la decisión que se ha alcanzado de modo argumentativo, se ha comprobado que merece el predicado de <<igualmente buena para todos>>. ³⁵⁷

Sin formular distinciones respecto de los tipos de argumentación, como lo hacen otros autores, Juan Ramón Capella, vierte ciertas acepciones retóricas tomando como base a Perelman:

La argumentación, como operación intelectual, no persigue el hallazgo de la verdad, sino sólo la consecución del convencimiento ajeno. La argumentación se emplea en los razonamientos en que están implicados valores, pero no sólo en este caso: también argumentamos cuando provisionalmente está fuera de nuestro alcance comprobar la verdad o falsedad de un aserto, y en cambio se precisa el acuerdo o concordancia de algún interlocutor con tal aserto. La argumentación, en el sentido en que se usa aquí la palabra, es una operación esencialmente retórica, no demostrativa en sentido pleno universal. ³⁵⁸

Capella continúa diciendo que "la argumentación es, como se ve, una actividad racional; en ella se emplean fundamentalmente los argumentos *a contrario*, *a fortiori*, *a simile* y *per analogiam*". ³⁵⁹

³⁵⁷ Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción de Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008, p. 82.

³⁵⁸ Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2006, p. 17.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 18.

Atienza sostiene que "argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar."³⁶⁰

Existe, por otra parte, una distinción en el nivel o grado de la argumentación, dependiendo de la dificultad del caso, cuestión que si bien es cierto podría introducirse en este apartado para lograr conceptualizar la amplitud de la argumentación, se considera necesario ingresar en una discusión especial y posterior, donde se profundice en la estructura del argumento, atendiendo a la dificultad del caso. Se dice esto, porque la razón puede contener estructuras complejas o simples, o bien, procesos intelectivos primitivos, primarios o de niveles y grados distintos, como también lo sostiene Atienza, que en los casos fáciles "no existen problemas en relación con ninguna de las premisas (normativas o fácticas) justificar significa, simplemente, construir una deducción, un silogismo. A este tipo de justificación se le suele llamar justificación interna o justificación de primer nivel y podría decirse que es siempre una operación necesaria."³⁶¹

Como se enunció en páginas precedentes, Manuel Atienza distingue y explica tres concepciones de argumentación: la formal, la material y la pragmática. A la primera de ellas, la ve:

Como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados –premisas- de tal forma, se puede pasar a otro –conclusión- de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado: la lógica (la lógica estándar o clásica) no describe cómo la gente argumenta, sino que señala ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento puede considerarse como válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se

³⁶⁰ Atienza, Manuel, *Interpretación Constitucional*, 2ª edición, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2012, p. 83.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 88.

llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción característica de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el *modus ponens* o silogismo subsuntivo; sin un razonamiento asume esa forma, entonces sabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto, aunque no por ello resulte ser un razonamiento sólido persuasivo.³⁶²

La concepción material de argumentación "no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos, lo hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados."³⁶³ Esto se refiere pues a las razones contenidas en un enunciado que provoca en cada uno de nosotros algo, ya sea creer o la intención de realizar una acción.

Por último, la concepción pragmática,³⁶⁴ que se refiere a la actividad lingüística, como serie de acto del lenguaje, no son problemas de sintáctica o semántica –dice al autor– sino a las cuestión del lenguaje persuasivo.³⁶⁵

Al respecto, Roberto Lara expone que la argumentación "llamada también confirmación, comprobación o prueba,... es la parte en la que se establece el razonamiento mediante el cual se resuelve el problema planteado. En esta parte se suministran las razones que soportan la decisión que va a tomarse y buscan convencer de la viabilidad y validez de la misma."³⁶⁶

Nelson Leonardo por su parte no dice que los componentes de la argumentación son: una actividad lingüística, una afirmación y una o varias premisas. Describe a la estructura de la argumentación en premisas: mayor y menor; la inferencia, y la conclusión.³⁶⁷ Como se verá en los estudios respecto de las obras de Toulmin y Robert Alexy, las premisas referidas constituyen la estructura del argumento o

³⁶² Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, España, 2013, p. 110.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Véase también, *supra* 6.

³⁶⁵ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 111.

³⁶⁶ Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación Jurídica*, 1ª edición, Porrúa, México, 2012, p. 75 y 76.

³⁶⁷ Londoño Aysla, Nelson Leonardo, *Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 37 y 38.

silogismo tradicional desarrollado por Aristóteles; pero que en la actualidad resulta insuficiente para resolver una gran cantidad de casos difíciles.

Atendiendo a lo anterior, es importante identificar que el problema en la ciencia jurídica puede reducirse a la búsqueda de la verdad, es decir, ¿existe una verdad en la ciencia jurídica? Para llegar a esto debemos antes responder si la solución jurídica se crea o se descubre y por tanto si se justifica, en otras palabras, si el derecho es una creación artificial o existe en el mundo de las cosas, y nosotros sólo demostramos su existencia.

Cabe pues distinguir entre la argumentación en una ciencia natural y la ciencia jurídica, luego que la parte demostrativa en una ciencia jurídica y en otras ciencias es considerablemente diferente. Podría decirse que en las ciencias naturales se verifica la realidad, y en las ciencias jurídicas se verifica lo conveniente, lo debido, lo justo etc., en el sentido que lo describe Perelman.

A efecto de verificar el contenido anterior, me permito lo siguiente:

Supongamos que hace tres mil años dos personas debaten sobre la forma de la tierra. A alega que tiene una forma plana, y B que es esférica. El primero utiliza ciertos enunciados demostrativos y empíricos para sustentar su afirmación: todo tiene un peso determinado, lo que provoca adherirnos al suelo. Para probar esto, levanta una piedra del suelo y la lanza por el aire. La piedra se eleva en el cielo en proporción a la fuerza ejercida en su lanzamiento. La piedra regresa a una velocidad similar a la lanzada, pudiendo ser mayor o menor. Y termina en el suelo. A dirige a B hacia un colina en forma de pirámide, conforme van bajando, el peso de sus cuerpos los dirige hacia abajo, por momentos les resulta complicado no rodar sobre la colina. En algunos momentos tuvieron que sujetar para no caer el vacío. A le dice a B, que en razón a lo que acaba de demostrarle, la vida humana solo puede existir si la tierra es plana; de lo contrario caería al infinito.

Para sostener que la tierra tiene una forma esférica, B sostiene que es imposible que en el espacio exista una superficie plana tan grande. Y para esto utiliza la forma de todas las rocas, y la asimila con la topografía terrestre. Para esto utiliza

enunciados teóricos y sostiene que en el universo o el infinito no hay un suelo o un cielo, un abajo o un arriba como en la tierra, porque es un espacio sin direcciones; que una vez que una se pone al otro lado de la tierra, el otro lado del universo es el cielo (arriba), y abajo, es el suelo que uno pisa.

Si en efecto argumentar es aducir razones en favor o en contra de una afirmación, opinión etc., puede considerarse que si alguien no aduce, en sentido estricto, una razón, ¿no está argumentando?

La definición de la Real Academia Española no es útil para resolver esto, luego que les asigna una variedad de nociones a la razón. Sin embargo la proposición que dice: tú tienes la razón; estudiada desde la perspectiva analítica puede proporcionar más claridad que una definición gramatical.

Si yo tengo la razón, ¿es porque demostré mi afirmación, o simplemente porque alguien aceptó que yo tengo la razón?

En el ejemplo utilizado, por los conocimientos y el desarrollo de la ciencia, los enunciados teóricos carecen de todo valor: se admiten como meras suposiciones. No hay forma de demostrar ni teórica ni empíricamente tales aseveraciones.

Por otra parte, los enunciados empíricos, por obviedad, están sujetos a prueba. Al menos los utilizados; por lo que pareciera, hasta ese momento, estar ante la presencia de argumentos analíticos.

La pregunta que se origina, es ¿Quién tiene la razón, A o B? Como se puede advertir, B nunca tiene la razón, ni siquiera ahora. Porque para que tuviera la razón las premisas utilizadas deberían contener el nexo causal que lo une a la conclusión, y en el caso concreto no demostró el nexo causal entre las premisas.

A este respecto, Perelman nos dice lo siguiente:

Entre los enlaces de sucesión, el nexo causal desempeña, indiscutiblemente, un papel esencial, cuyos efectos argumentativos son tan numerosos como variados. Desde un principio, vemos que debe permitir argumentaciones de tres tipos: a) Las que tienden a aproximar, de modo recíproco, dos

acontecimientos sucesivos dados, por medio de un nexo causal. b) Las que, dado un acontecimiento, tratan de descubrir la existencia de una causa que haya podido determinarlo. c) Las que, ocurrido un acontecimiento, procuran evidenciar el efecto que debe resultar de ello.³⁶⁸

Si aplicamos el nexo causal como enlace de sucesión entre las premisas utilizadas, advertiremos que A, en efecto construye un argumento válido desde el punto de vista lógico. Por supuesto que la validez del argumento se justifica o se somete a la regla de espacio-tiempo. No existían otros datos que pudieran incorporarse al argumento, o bien un argumento que pudiera contener otros datos. Por lo que se concluye que A tiene la razón.

Se sostiene lo anterior, porque en A existen argumentos que permiten transitar entre una premisa hipotética y una demostrativa. "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."³⁶⁹

Tres mil años después, B podría sostener y decir: ¿ves?, ¡yo tenía la razón! Sin embargo, ni antes ni ahora tuvo la razón, dado que no aportó razones para soportar su dicho. Y el dicho, o la expresión simple de la conclusión no son suficientes para construir un argumento, mucho menos una argumentación.

En el apartado referente al argumento, pudimos advertir que no todas las razones aducidas para apoyar una posición se consideran un argumento. Que no todo conjunto de proposiciones forman un argumento; que se requieren dos cosas fundamentales: que las proposiciones estén estructuradas, y que se vinculen bajo una relación de sucesión.³⁷⁰

Se considera pues, que no es preciso utilizar los conceptos de argumentación que utilizan la palabra "razón", porque este proceso requiere forzosamente de una etapa

³⁶⁸ Perelman, CH., y Glibrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989, p. 405.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 353.

³⁷⁰ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, introducción a la lógica, 2ª edición, Limusa, México, 2013, p. 7-9.

demostrativa, y atendiendo a ello, no puede existir dos verdades contrarias sobre un mismo problema, o bien dos demostraciones distintas que a su vez concluyan con soluciones contradictorias, o incompatibles. En otras palabras, dos personas no pueden tener la razón cuando sostienen aseveraciones contrarias o incompatibles.³⁷¹

Solo se utilizarán los conceptos utilizados en las teorías de Viehweg, Perelman, Toulmin y Robert Alexy al referirnos a la argumentación.

Con Robert Alexy se analizará la justificación interna y externa del argumento, lo que conlleva a sostener que argumentar no necesariamente conlleva tener la razón, sino expresar enunciados con el objeto de convencer y persuadir de que alguien tiene la razón, al menos visto desde la postura del Derecho. Esto, porque contrario a los sistemas formales, el Derecho no persigue una regla inmutable, sino el acuerdo del auditorio universal, que es lo que produce su aplicación efectiva.

1.2. Argumento.

Definitivamente no puede existir argumentación sin que exista un argumento, con independencia de que el argumento se califique como válido o inválido. ¿pero qué es un argumento?

En la mayoría de las discusiones, tanto prácticas, como jurídicas, se aducen, en muchas ocasiones conclusiones para sostener una aseveración. Sin embargo, sucede que el auditorio da por hecho o como verdadero mucho de lo dicho por el discursante, como si el simple hecho de que una persona determinada lo diga,³⁷² le otorga un mayor grado de fiabilidad. En este caso, si bien el discursante no está obligado a fundamentar todo lo que exprese, se debe de tener el cuidado de aceptar

³⁷¹ No obstante la tesis de Perelman de que contradicción e incompatible son términos que se deben aplicar según el sistema: contradicción para sistemas formales; incompatibilidad para los argumentos expresados en el lenguaje natural; en este caso se utilizarán como sinónimos, en razón a que en el sistema jurídico mexicano la contradicción tiene un significado formal equivalente al de los sistemas formales.

³⁷² Véase argumentos de autoridad.

conclusiones que aún no han sido verificadas como verdades o argumentos. A este respecto Toulmin nos dice que:

Para que haya un argumento deben presentarse datos de algún tipo: una conclusión desnuda, desprovista de datos que la apoyen, no es un argumento. Sin embargo, –sigue diciendo– no es necesario que el respaldo de las garantías a las que aludimos se haga explícito, por lo menos al comienzo; puede que se admitan las garantías sin ponerlas en duda y el respaldo en que se apoyen se dé por entendido.³⁷³

Irving Copi en este mismo sentido sostiene que "un argumento es un grupo de proposiciones del cual se dice que una de ellas se sigue de las otras, consideradas como base o fundamento para la verdad de ésta."³⁷⁴ Sin embargo, el mismo autor sostiene que un argumento no es cualquier conjunto de proposiciones. Para esto no explica que "un pasaje puede tener varias proposiciones relacionadas y aun así no contener ningún argumento."³⁷⁵

Para que exista un argumento, el conjunto de proposiciones tienen que formar una estructura de la cual se posibilite formular una inferencia.³⁷⁶ Entendemos que si de las proposiciones no se forma una estructura que capture o muestre una inferencia, no será un argumento.³⁷⁷ Explico lo afirmado por el autor, utilizando lo siguiente: a) Todos tiene derecho de acceso a la Salud; b) yo digo que Juan padece esquizofrenia; c) en Nayarit no hay hospital psiquiátrico; d) el Estado viola del Derecho de acceso a la salud de Juan. Si las proposiciones no construyen una estructura que permita formular un inferencia, atento a los razonamientos del autor, no estaríamos hablando de un argumento. El problema de este cuasi argumento,

³⁷³ : Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 144. Véase también, datos y garantías en: Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 132 a 139.

³⁷⁴ Copi, Irving M., *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Esta definición también es adoptada por José Antonio Arnaz, luego que como requisitos establece una secuencia o serie de proposiciones; que una de ellas sea una conclusión y que ésta se desprende las proposiciones llamadas premisas. En: *Iniciación a la Lógica Simbólica*, 3ª edición, Trillas, México, 1989, p. 45.

es que de sus proposiciones no se puede transitar a la conclusión de manera lógica o por la sucesión de sus relaciones, es decir, por el nexa causal entre unas y otras. Lo que contiene este ejemplo es una proposición hipotética, en el que se dice que si no hay un hospital se viola el derecho de acceso a la salud. Este forzosamente requiere ser demostrado.³⁷⁸

Copi nos muestra a través de una serie de ejemplos cuando estamos en presencia de un argumento y cuándo no: "una proposición hipotética puede tener la apariencia de un argumento, pero nunca puede ser un argumento y no se debe confundir."³⁷⁹ El autor concluye sosteniendo que: "Aunque todo argumento es un conjunto estructurado de proposiciones, no todos los conjuntos estructurados de proposiciones son argumentos."³⁸⁰

Michel Meyer analiza tres enunciados que proponen una definición de argumento:

Un argumento es una razón para pensar o para actuar. Se suele proponer, sin embargo, otra acepción: se argumenta cuando no se está de acuerdo. Un argumento es entonces una oposición y no una razón, un desacuerdo y no una solución para ponerle fin. Tercer perspectiva: un argumento es un entimema, es decir, el producto de un razonamiento subyacente e implícito.³⁸¹

Meyer utiliza algunos enunciados, sin embargo, no serán sujetos de análisis en este trabajo, porque aquí sólo nos limitaremos a indicar que a través de ellos el autor concluye que se "se advierte con claridad el vínculo entre argumento y razonamiento, aun cuando sea implícito."³⁸² "Un argumento suscita cuestiones <<nos dice el autor>> y estas cuestiones producen un razonamiento; y es un argumento precisamente porque las suscita."³⁸³

³⁷⁸ Se debe diferenciar los términos demostrar y probar. La demostración se origina de las deducciones lógicas de las proposiciones, mientras que la prueba consiste en el respaldo de un enunciado empírico.

³⁷⁹ Copi, Irving M., op. cit., p. 9.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Meyer, Michel, *Principia Rhetorica, Una teoría general de la argumentación*, Traducción de Irene Agoff, Amorrurto editores, Argentina, 2008, p. 109.

³⁸² Ibid., p. 110.

³⁸³ Ibid., p. 112.

No obstante lo anterior, Meyer no llama argumento o argumentación a cualquier razonamiento, si no que asevera que:

Para que una argumentación tenga fundamento es preciso, desde luego, que las cuestiones se encadenen de manera pertinente y que haya auténticas alternativas en juego, alternativas respecto de las cuales –el revés de lo que sucede en la ciencia- las respuestas derivadas de ellas sean problemáticas, refutables. La argumentación es meramente probable, verosímil, pero también puede presentarse tanta evidencia que pase por irrefutable y verdadera.³⁸⁴

En las últimas proposiciones del párrafo anterior, encontramos los clasificadores modales a los que se refiere Toulmin, como probable o necesario. Es decir, que la corrección de un argumento, su validez y su demostración, se puede deducir de su pretensión, consistente en que un argumento es válido o contiene elementos de corrección si del enunciado se desprende que lo que se trata de demostrar es que la conclusión consiste en que algo sea "probable" o bien, que "necesariamente"; lo que se puede traducir en: probablemente sea esto; o necesariamente es esto.³⁸⁵

Martínez Zorrina nos dice que: "Un argumento es cualquier conjunto de afirmaciones que se ofrezca en defensa o poyo de una opinión, decisión o acción."³⁸⁶

Así, después de cierto razonamiento, el autor ofrece también, a decir de sus palabras "una definición más estricta de *argumento* como aquel conjunto de afirmaciones, llamadas premisas, que son utilizadas como razones para apoyar o justificar otra afirmación, llamada conclusión."³⁸⁷

Ribeiro Toral, sostiene que "el argumento, en su acepción más literal, es un razonamiento utilizado para demostrar o probar o refutar otra aseveración. A este

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Para una mejor comprensión véase el estudio de la teoría de Toulmin y de Perelman en este trabajo.

³⁸⁶ Martínez Zorrilla, David, *Metadología Jurídica y Argumentación*, Madrid, 2010, p. 190.

³⁸⁷ *Ibid.*

proceso se le denomina argumentación y se entiende como la cadena de razonamientos (argumentos) que se hacen valer contra otra posición."³⁸⁸

El autor afirma que independientemente de las posturas de considerar al argumento como el razonamiento para demostrar o probar otra refutación, o bien, considerar la argumentación en el sentido retórico de Aristóteles o Perelman, "los elementos que hacen posible a la argumentación son dos: 1. La existencia de un discurso y, 2. La existencia de otro discurso que toma al primer discurso como referente. No hay pues, argumentación si no existen dos discursos en juego, uno que afirma y otro que habla sobre el primero."³⁸⁹

En este punto y por lo que refiere a la ética de la juridicidad de Ribeiro en el párrafo precedente, es pertinente anotar ciertas proposiciones vertidas por Ferrajoli, porque tienen cierta vinculación con el proceso de verificación u obtención de la verdad, si damos por hecho que todo argumento tiene dentro de su estructura una parte demostrativa, que a su vez se divide en abstracta y concreta. Así, Ferrajoli sostiene "que si la ética es <<sin verdad>> por ser los juicios valorativos y no cognoscitivos, una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida <<con verdad>>, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica."³⁹⁰

Hemos referido en este trabajo, la concepción de Ribeiro Toral de argumento: "es un razonamiento utilizado para demostrar o probar o refutar otra aseveración."³⁹¹ Pero la interrogante que nace de esto, más allá de poder identificar un argumento válido, es la verificación, primero, ¿si cualquier razonamiento es un argumento?; ¿segundo, si existen razones válidas e inválidas?; tercero, ¿si existen argumentos demostrados o no demostrados, demostrables o no demostrables?; y cuarto, ¿hay argumentos válidos e inválidos? Y estas cuestiones no las atiende el autor.

³⁸⁸ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, 3ª edición, Porrúa-Tribunal de las Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 6.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho Y Razón*, Trotta, Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, 1989, p. 37

³⁹¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, 3ª edición, Porrúa-Tribunal de las Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 6.

Un argumento pues, como lo dice Nelson Leonardo, debe comprender las reglas de la lógica, en tanto que esto implica:

que en su elaboración se aporten no solo proposiciones que sean solo imaginarias, sino que sean relacionadas con la realidad en la que se contextualiza el tema en cuestión, para que desde una perspectiva deductiva, se pueda aportar más conceptos a lo que se desea comunicar; por eso al examinar argumentos lógicos, hay que tener en cuenta que un argumento puede ser válido sin que por ello su conclusión sea cierta. El razonamiento puede formalmente correcto, pero si una de las premisas es inválida, entonces la conclusión es irrelevante.³⁹²

Manuel Ateiza nos dice que "la lógica –la lógica formal– entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas) se llega a otra (la conclusión)."³⁹³

Por su parte, Martín Virgilio, utilizando la definición de Carlos Arturo Cano Jaramillo³⁹⁴ afirma que "un argumento es razonamiento que se emplea para probar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o niega."³⁹⁵

1.2.1. Argumentos deductivos e inductivos. Es necesario tener en cuenta el modelo de argumentación de Toulmin, respecto de los términos modales, las garantías y respaldos, así como la justificación interna y externa expuesto por Robert Alexy,³⁹⁶ a efecto de evitar formarse conceptos erróneos o limitados sobre la definición de estos argumentos.

A lo que Toulmin llama términos o calificadores modales Irving Copi llama argumento deductivo e inductivo. Explica que el argumento deductivo es aquel donde la conclusión se sigue necesariamente de sus premisas. Por inductivo, aquel

³⁹² Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *op. cit.*, p. 52

³⁹³ Ateiza Manuel, *El Derecho como argumentación*, 4ª edición, Fontamara, México, 2012, p. 68.

³⁹⁴ En *Oralidad, Debate y Argumentación*, Chile, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 232.

³⁹⁵ Braco Peraltam Martín Virgilio, *Mitad del caso Jurisprudencial*, Porrúa-Anahuac, México, 2014, p. 41.

³⁹⁶ Los temas referidos se estudian en el desarrollo de este trabajo, *vid. infra*.

del que se pueden presentar ciertas probabilidades de relación. Afirma que de un argumento deductivo es posible hablar de validez, pero no así del argumento inductivo, donde su conclusión únicamente aporta cierto grado de probabilidad.³⁹⁷ Incluso podría no darse la conclusión que se induce. Sobre esto, Toulmin establece que este tipo de modalidades requieren un respaldo, que sustente que en efecto la conclusión se desprende de las premisas; de lo contrario únicamente se puede calificar modalmente como "probable". En este caso, la conclusión es una presunción, que en caso de ponerse en duda deberá probarse. Es por esto que no se pueda hablar de validez respecto de los argumentos inductivos.

Tampoco se debe confundir la validez con la verdad de las premisas, cuestiones que también son tratadas en los estudios de las teorías sobre argumentación en el desarrollo de este trabajo. "La verdad y la falsedad son atributos de las proposiciones o los enunciados, la validez e invalidez son atributos de los argumentos."³⁹⁸

1.3. Argumentación jurídica.

Cabría preguntarse si se puede deducir que la argumentación jurídica es el resultado de la utilización estricta de enunciados jurídicos. Para estos efectos, no podemos calificar como argumentación jurídica algo, limitándonos a que la totalidad de los enunciados que se utilicen sean jurídicos, sino que se debe atender al tipo de sistema en el que se desarrolle la argumentación. En otras palabras, una argumentación jurídica puede calificarse así, atendiendo a los elementos de análisis de cada sistema.³⁹⁹ En unos, puede concebirse de manera estricta o cerrada, lo que la convertiría en un sistema estático, porque su evolución o regeneración no depende de un sistema integral de enunciados de todo tipo, sino de uno limitado, como lo fue el sistema mexicano aparentemente hasta el año 2011, donde

³⁹⁷ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, op. cit., pp. 13-16.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

³⁹⁹ Para la razón jurídica, Alejandro establece una serie de elementos no estrictamente jurídicos del Derecho. En: Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, España, 2007, pp. 67-80.

únicamente se aceptaban como argumentación jurídica a aquellos enunciados calificados como jurídicos. Así pues, se dice o decía, que una solución estaba debidamente fundamentada si se hacía única y exclusivamente a través de enunciados jurídicos; sin embargo, como veremos, la fundamentación en el sentido⁴⁰⁰ que la describe Robert Alexy, encuentra serias dificultades para legitimarse o fundamentarse únicamente con enunciados jurídicos o con el silogismo tradicional utilizado desde la época de Aristóteles.

Una cuestión que se debe de identificar, es a la argumentación como acción, y a la argumentación como sustancia. Otra forma de entenderlo es en su aspecto sustantivo y en su aspecto adjetivo. En otras palabras, el qué, y el cómo. Se considera que Martín Virgilio no logra hacer esta distinción y sólo hace referencia a ella de manera adjetiva, como "la acción de la persuasión, con base en razones sostenidas por leyes, principios, jurisprudencia y doctrina para convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno, que no reconoce, de o convencer a alguien que respete un derecho que pretende ignorar."⁴⁰¹ Sin embargo, su definición se limita a la acción de comunicar algo, lo que de sí no nos dice nada respecto del contenido de que debe identificarse para clasificarse como argumentación jurídica. Es preciso pues, que el lector distinga que la argumentación tiene, al menos, dos funciones, ser el fundamento de algo, en el sentido explicado por Alexy, y una segunda función, la de comunicar algo. La articulación⁴⁰² pues, de los elementos de la argumentación construyen un modo de comunicación⁴⁰³ respecto de los signos que se pretenden trasladadas, de una persona o de un conjunto de personas a otros.

El concepto de argumentación, al igual que el concepto de Derecho, no es un tema menor, porque involucra necesariamente cuestiones epistemológicas, y de esto derivan una serie de problemas complejos: entender el Derecho, es entender la

⁴⁰⁰ Por sentido entenderemos a la "idea que representa un signo e idea a la que puede ser referido un objeto de pensamiento; en: Guiraud, Pierre, *La semiología*, traducción de María Teresa Poyrazian, 1ª edición, Siglo XXI editores, México, 1972, p. 55.

⁴⁰¹ Braco Peraltam Martín Virgilio, *Método del caso jurisprudencial*, Porrúa-Anahuac, México, 2014, p. 41.

⁴⁰² Para una mejor comprensión véase: Guiraud, Pierre, *La semiología*, traducción de María Teresa Poyrazian, 1ª edición, Siglo XXI editores, México, 1972, pp. 44-46.

⁴⁰³ Para los modos de comunicación: Guiraud, Pierre, *La semiología*, op. cit., pp. 51-54.

argumentación. Por ejemplo, si aceptamos el Derecho desde el punto de vista del positivismo primitivo, diríamos que la argumentación jurídica <<es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad>>, "considerando al positivismo jurídico en su noción de que la plenitud del orden jurídico se encuentra únicamente en las reglas jurídicas establecidas por el Derecho Positivo...".⁴⁰⁴

El constitucionalismo actual repele la concepción clásica del positivismo jurídico. Su incompatibilidad se origina por lo que cada uno es, y propiamente están destinados a ser. Atienza nos dice, por citar un ejemplo respecto del vínculo del Derecho con la argumentación: "...el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico,...".⁴⁰⁵ No es sólo pues, la definición de la argumentación jurídica, un problema puramente de definición, sino un problema de origen, contenido y fin. Definir la argumentación jurídica conlleva también, definir el Derecho.⁴⁰⁶

Sobre esto, Ferrajoli nos dice, que

Según la concepción predominante, la ciencia jurídica y más aún la teoría del derecho son discursos puramente descriptivos y avalorativos. Se trata de una concepción que es fruto de diversas tradiciones, fuertemente enraizadas aún en la cultura filosófica-jurídica, sobre todo en la de orientación analítica: el principio weberiano del carácter no valorativo de las ciencias sociales, la idea kelseniana de la pureza —en particular, de la teoría del derecho—, la epistemología del primero neopositivismo lógico y su clasificación de los juicios de valor como carentes de sentido y, finalmente, el método técnico-jurídico y el modelo apolítico de jurista transmitido por la pandectística alemana y

⁴⁰⁴ Viloro Toranzo, Miguel, *Introducción del estudio del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 105.

⁴⁰⁵ Atienza, Manuel, *Interpretación constitucional*, 2ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2012, p. 78.

⁴⁰⁶ Véase el Derecho como argumentación en: Atienza, Manuel, *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 78-82.

consolidado entre finales del siglo XIX y comienzos del XX en todas las ramas de la ciencia del derecho.⁴⁰⁷

Sin embargo, Ferrajoli contradice estas concepciones positivistas en un extenso trabajo, pero para lo que a nosotros ocupa, es que el derecho es más que enunciados jurídicos, o como él dice, discursos descriptivos o avalorativos;⁴⁰⁸ porque "consiste en la incorporación en sus niveles superiores de principios jurídicos acerca de la producción del Derecho mismo, que expresan por tanto, como principios normativos, su deber jurídico y político."⁴⁰⁹

Dworkin considera que el Derecho no se le puede conceptualizar simplemente como un sistema de reglas; ataca la definición positivista de Hart, porque no en todos los sistemas jurídicos se pueden encontrar las reglas comunes o de reconocimiento en las que supuestamente se sustenta el nuevo positivismo:

Dije que la tesis de que existe algún criterio de derecho comúnmente reconocido es plausible si consideramos solamente las normas jurídicas simples, del tipo de las que aparecen en las leyes o que en los libros se destacan con negrita. Pero cuando abogados y jueces discuten y deciden un proceso, no apelan sólo a las normas jurídicas, sino también a otro tipo de estándares, que yo llamo principios jurídicos.⁴¹⁰

Atendiendo a los asertos de Dworkin, un caso difícil no podría resolverse atendiendo a esa concepción de Derecho, y si no puede resolverse, concluyo que tampoco puede argumentarse, porque tanto el silogismo clásico, como el positivismo toman en cuenta o dan por hecho que antes de la norma escrita no existe nada. Es otras palabras, el Big bang del positivismo es la voluntad del legislador, antes de la norma jurídica pareciera no existir nada.

⁴⁰⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, 1. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 19 y 20.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁴¹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Martha Guastavini, 1ª edición, Ariel, España, 2012, p. 102.

Schiavello sintetiza cuatro reglas de Dworkin contra el positivismo:

...las reglas con solamente uno de las diversos *standars* jurídicos. Los *standars* jurídicos que no son reglas reingresan en la amplia categoría de los principios.

En segundo lugar, Dworkin identifica una diferencia cualitativa y no meramente cuantitativa entre regla y principio.

En tercer lugar, Dworkin sostiene que la regla de reconocimiento permite identificar las reglas jurídicas, pero no los principios.

En cuarto lugar, afirma que no hay solución de continuidad entre principios morales y principios jurídicos.⁴¹¹

Si tomamos por válidos las objeciones de Dworkin respecto a que la regla de reconocimiento no identifica los principios, podríamos sostener que el discurso constitucional, que mayormente se basa en normas-principio, no es por lejos una argumentación estrictamente jurídica en el sentido positivista, lo que nos llevaría a incluir en esta argumentación otro tipo de elementos, como empíricos, racionales etc.,⁴¹² es decir, que en efecto el discurso constitucional es un discurso práctico racional.

Sobre esto, es pertinente tener en cuenta los asertos de Atienza sobre los sistemas jurídicos. Para ello, se analizan dos perspectivas: una, se identifica como un sistema cerrado, "si las decisiones sólo pueden considerarse como premisas de las mismas proposiciones de Derecho (o sea, se parte de una distinción entre proposiciones que son jurídicas y otras que no lo son); o abierto, si no hay límite para lo que puede ser considerado como una premisa o una proposición del Derecho (no opera la anterior distinción)."⁴¹³

⁴¹¹ Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica, Traducción de Santiago Ortega Gómero, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 81.

⁴¹² Véase el problema de la definición del Derecho en: Villoro Toranzo, Miguel, Introducción del estudio del Derecho, 19ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 109-130.

⁴¹³ Atienza, Manuel y otro, Cómo analizar un argumentación jurídica, Editorial Cevallos, Quito, 2009, p. 81.

Pareciera no ser objeto de este trabajo hablar de los tipos de sistemas; sin embargo, el hecho de que un sistema abierto permita utilizar elementos de análisis, o en otras palabras, premisas o proposiciones, nos permite deducir la demostración aludida por los teóricos de la argumentación jurídica, en el sentido de que ésta es un caso práctico de argumentación racional.

En México parecieran que estamos en esa transición. Cuando una persona sostiene una argumentación o una fundamentación, que no se funda en la redacción estricta de una norma jurídica, se le cuestiona sobre el origen de tales fundamentaciones, al grado de formular preguntas como: ¿Eso dónde está escrito? Por lo que el pragmatismo positivista se introduce como un método o una forma de pensar, al igual que la argumentación racional.⁴¹⁴

Intentar encontrar todas las soluciones en la ley, no es sólo imposible, sino irracional. La argumentación jurídica no es una técnica, aunque lo puede ser, sino un método de solución a todo tipo de problemas jurídicos. Pietro Sanchis no dice que: "Casi desde la época de la codificación, pero con renovado impetu en las últimas décadas, viene insistiéndose en que el Derecho no es sólo un universo de normas..."⁴¹⁵ En ese sentido, la ley escrita, en el sentido del positivismo, sólo es una guía, un método primario, pero no el único, e incluso, en muchas ocasiones resulta insuficiente y en otras contradictorio en sí mismo.

Schiavello, parafraseando a Hart, entiende que el lenguaje jurídico presenta una textura abierta,⁴¹⁶ por lo tanto es indeterminada, pero también sostiene que es oportuna que sea así: por el desconocimiento de los hechos, es decir que no puede prever todas las posibles hipótesis de conducta; y porque la *ratio legis* contiene

⁴¹⁴ Ver las concepciones del Derecho a efecto de comprender porque las corrientes actuales son insuficientes para dar solución al mundo de las cuestiones jurídicas. En Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Fontamara, 4ª edición, México, 2012, pp. 78-120.

⁴¹⁵ Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas*, 1ª edición, Palestra-Temis, Perú, 2013, p. 13.

⁴¹⁶ Véase también a: Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 9ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2011, pp. 139-158; especialmente el Antisepticismo, la doble indeterminación del Derecho y la tipología de la interpretación, a páginas 153-158.

naturalmente elementos vagos y complejos que sólo la autoridad puede decidir una vez que se le presenta un hecho concreto.⁴¹⁷

Me parece que la tesis de la indeterminación radical, que sostiene que "ni las leyes ordenan a la sociedad ni resuelven los conflictos, sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio persona del operador",⁴¹⁸ más que ser indeterminación, de que el método de la argumentación racional como discurso práctico jurídico (cómo método), si bien, como todo, no contempla todas las soluciones, si es un método para ellas.

Si nos limitados a ver la ley como la concatenación de enunciados o proposiciones jurídicas, tendríamos que aceptar que el Derecho es la voluntad del legislador. Sin embargo, me parece que esa tesis, principalmente la positivista, quedo rebasada ante el atentado sufrido por los barbaridades a las que se puede llegar sostener la validez de una norma sólo por emitirla una autoridad legítima, como lo fue en la Alemania Nazi.⁴¹⁹

Atienza analiza la interpretación a partir del concepto de Derecho, y respecto del trabajo de Dworkin nos dice que éste: ...2) "plantea el problema de la interpretación a partir de la consideración del Derecho no como un conjunto de enunciados (disposiciones o normas), sino como una práctica social; 3) entiende la interpretación como una actividad valorativa, pero de tipo racional, y de ahí, que puede hablarse de interpretación correcta o verdadera."⁴²⁰

⁴¹⁷ En Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica, Traducción de Santiago Ortega Gómero, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 68.

⁴¹⁸ Nieto, A. y Fernández, T. R. El derecho y el revés. Dialogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces, Barcelona, Ariel, 1998, p. 15; citado por Atienza, Manuel, El Derecho como argumentación, Fontamara, 4ª edición, México, 2012, p. 85.

⁴¹⁹ A decir de María del Carmen Platas Pacheco, "la lógica jurídica moderna, heredera del positivismo dogmático, se ubica por lo general en un discurso puramente sintáctico que otorga validez a las estructuras formales por encima de lo verdadero o falso: en Filosofía del Derecho, Analogía de Proporcionalidad, 2ª edición, Porrúa, México, 2006, p. 106.

⁴²⁰ Atienza, Manuel, Interpretación constitucional, 2ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2012, p. 57.

Se puede tomar las posturas formalistas y antiformalistas para continuar con la discusión:

Desde el punto de vista del método, el formalismo interpretativo sostiene la tesis de que la interpretación se limita a descubrir significados, mientras que al antiformalismo subraya la ineludible dimensión creativa de la interpretación (para el antiformalismo, las normas no preexisten a la interpretación, sino constituyen el resultado....⁴²¹

Desde el punto de vista del objeto, la tesis formalista afirma que la interpretación jurídica se ocupa solamente de la dimensión interna del sistema normativo, y, de lo que expresamente contiene el texto normativo. Por el contrario, el antiformalismo privilegia la dimensión social externa del sistema normativo. En otras palabras, para el antiformalismo el objeto de la interpretación, está constituido directamente por las razones y por los objetos indicados, más o menos explícitamente, en los textos jurídicos.⁴²²

Podemos advertir, que en el formalismo, acentuadamente el positivismo, aunque estrictamente no sean lo mismo, la argumentación jurídica necesariamente transita por una serie de conexiones de enunciados previamente calificados como jurídicos, contenidos en normas emitidas por una autoridad legítima. Mientras que el antiformalismo forma su concepto de argumentación o interpretación buscando la razones de la norma, lo que necesariamente nos indica que aplicación de un discurso más amplio que el de simples enunciados jurídicos previamente expedidos como normas.

Cuando Atienza analiza las diversas concepciones de la argumentación, como la formal, la material y la pragmática, afirma que

En el caso del Derecho, podría decirse que cada una de esas tres concepciones está íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas. La certeza, con la concepción formal; basta recordar la idea

⁴²¹ Schiavello, Aldo, *op. cit.*, p. 64.

⁴²² *Ibid.*, p. 65.

weberiana de la racionalidad formal del Derecho moderno que, por otro lado, debería considerarse como unilateral, reduccionista: la racionalidad del Derecho –de nuestros Derechos- no es sólo ese tipo. La verdad y la justicia, con la concepción material. Y la aceptabilidad y el consenso, con la acepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.⁴²³

Ribeiro Toral explica, aunque no logré encontrar la fundamentación a sus asertos, que

...la argumentación jurídica es el instrumento por virtud del cual: 1. La producción de la proposición jurídica es legal y legítima. 2. la aplicación de la proposición legal es pertinente a la comunidad y apegada a derecho. 3. el análisis de la proposición legal es coherente con el corpus jurídico y a la cultura comunitaria. 4. los productores, aplicadores y analistas de las proposiciones legales hacen valer razonamientos racionales y razonables que sustentan el estado de derecho democrático desde el diálogo comunitario, es decir, desde una perspectiva dialógica y no autoritaria.

La proposición legal (PL) X significa Y porque es racional el camino que nos llevó a X y porque es razonablemente pertinente con la cultura comunitaria. Lo racional es un proceso técnico, mientras que lo razonable es una ponderación entre la PL y la cultura comunitaria.

Lo enumerado anteriormente nos permite construir una concepción ética de la argumentación jurídica y despojarla, absolutamente, de su concepción técnica, de su concepción como instrumento de razonamiento jurídico.

La argumentación jurídica es para mí una concepción ética de la juridicidad de la vida comunitaria. Y esto es por dos razones: primero, porque el discurso argumentativo permite fundamentar la validez de las normas jurídicas (y morales, entendiendo el vocablo moral simplemente como el modo de ser de la comunidad) que rigen la vida comunitaria; segundo, porque el discurso

⁴²³ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 113-114.

argumentativo es una circunstancia formal, que *a priori*, reconoce la existencia de otro tipo.⁴²⁴

En un texto diverso, Atienza, al criticar la teoría estándar, logra distinguir entre la argumentación ordinaria que se origina principalmente en los hechos, y la argumentación normativa, que se origina en la mayoría de los casos, en el vínculo de una norma constitucional con alguna otra norma, así, este autor insiste que "no se puede olvidar que la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo."⁴²⁵

Atendiendo al cambio de paradigma jurídico en el sistema mexicano, incluso designando "bloque de constitucionalidad", al conjunto de fundamentos con los que se puede solucionar un problema concreto, lo dicho por Atienza tiene relevancia por diversos cuestionamientos: si una decisión debe fundamentarse partiendo de un bloque de constitucionalidad, ¿puede un enunciado constitucional fundamentarse, justificarse, argumentarse, etc., con simples enunciados jurídicos? Esto nos lleva a preguntarnos ¿dónde se origina lo jurídico? Si la respuesta a la segunda pregunta es que lo jurídico se origina en la Constitución; entonces la respuesta a la primera es que un enunciado constitucional no puede fundamentarse con enunciados jurídicos, porque los enunciados jurídicos son posteriores a la Constitución.

Si damos por hecho los anteriores asertos, la argumentación jurídica constitucional es una argumentación racional en el sentido que la explica Robert Alexy.⁴²⁶ Pero más aún, si damos por hecho el supuesto bloque constitucional existente a partir de la reforma a la Constitución del año 2011, toda argumentación jurídica, es una argumentación práctica del discurso racional.

Se dice esto, porque la fundamentación constitucional no se basa en enunciados jurídicos para fundamentarse, porque estos aún no existen, lo que nos llevaría a

⁴²⁴ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, 3ª edición, Porrúa-Tribunal de los Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 12.

⁴²⁵ Atienza, Manuel, *La Razón del Derecho*, 1ª edición, 3ª reimpresión, UNAM, México, 2007, p. 2007.

⁴²⁶ Vid., infra, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

concluir que sirve de fundamento todos los enunciados concebidos al momento de su construcción.

Al continuar cuestionando el objeto de la teoría estándar de, Atienza nos dice que

lo que puede llamarse "teoría estándar de la argumentación jurídica" viene a ser una combinación de elementos de los tres enfoques o concepciones señalado(a)s.⁴²⁷ (...) La argumentación jurídica (y en particular la judicial) es, obviamente un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar como algo aceptable.⁴²⁸

Manuel Atienza, aparte de distinguir la aplicación de la argumentación a casos fáciles y difíciles, también, siguiendo este argumento, distingue, entre argumentación ordinaria y argumentación constitucional, y lo justifica en la razón de que en los tribunales constitucionales "la ponderación adquiere un gran protagonismo, como consecuencia del papel destacado de los principios constitucionales contemporáneos. No quiere decir que los jueces ordinarios no ponderen, sino que sólo tienen que hacerlo, en cierto modo, cuando enfrentan casos difíciles...".⁴²⁹

Robert Alexy por su parte sostiene que

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un

⁴²⁷ Véase Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, pp. 110 y 111. Vid. *Infra*, p. 4.

⁴²⁸ Atienza, Manuel, *Interpretación Constitucional*, 2ª edición, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2012, p. 87.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 92.

caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.⁴³⁰

Ribeiro toral introduce ciertas afirmaciones que más que una definición de la argumentación jurídica, nos pretende explicar el objeto de la argumentación jurídica:

la argumentación jurídica se presenta como la construcción del sentido que el intérprete, prejuiciosamente, realiza sobre la proposición legal y en relación con el hecho en disputa. El fin de la argumentación jurídica es proponer una verdad al auditorio (legislativo, triada procesal, doctrina) con objeto de convencerlo, persuadirlo, buscar la adhesión del mismo a esa propuesta o proponer un diálogo con el auditorio a fin de construir una verdad comunitaria.⁴³¹

Un aserto que propone Hart y que probablemente nos brinde una justificación de por qué la argumentación jurídica no se puede limitar al uso de normas o enunciados jurídicos, así como una variedad de autores que trata el tema de la argumentación jurídica, mismos que son analizados en un capítulo especial en este trabajo en y en el desarrollo de los demás, es que "parcial indeterminación del Derecho es una de las características de los lenguajes naturales."⁴³²

También se puede analizar la justificación interna y externa para efecto de verificar si pueden converger ambas posturas: la primera, que consiste en utilizar únicamente enunciados jurídicos; y la segunda, que pueden utilizarse otros tipos de enunciados en la argumentación jurídica.⁴³³

Como se verá en el capítulo referente al estudio de la obra de Robert Alexy, el argumento, y el silogismo tradicional, como el utilizado en el ejemplo anterior, no es

⁴³⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 177.

⁴³¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª edición, Porrúa-Tribunal de los Contenciosos Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 17.

⁴³² En Schiavello, Aldo, op. cit., p. 65.

⁴³³ Véase infra, "justificación" del capítulo VI de este trabajo.

suficiente para fundamentar una cantidad de casos importantes,⁴³⁴ por lo que la concepción de argumentación jurídica, en el sentido cerrado y explicado en páginas precedentes, no es útil para resolver el universo de cuestiones jurídicas, lo que conlleva a concluir que la argumentación jurídica no se limita a la concatenación de enunciados o argumentos jurídicos, mucho menos la materia constitucional.

Platas Pacheco formula una serie de asertos, tendientes a implicar que la argumentación jurídica es el resultado de la tópica y la cetética, sirviendo como "puente entre lo estrictamente formal y el contenido semántico de cada una de las premisas de un razonamiento deductivo. De esta forma la argumentación jurídica, al versar sobre lo contingente y probable, echa mano de la predicación y la aplica a los conceptos jurídicos."⁴³⁵

En tal sentido, debemos entender a la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general, por fundamentarse en el discurso racional, que contempla o puede utilizar al universo de los elementos o enunciados sujetos a análisis.

2. Composición del argumento.

No todo cuanto existe es lo que aparenta, y no todo lo que no aparenta, no existe. Se dice lo anterior, porque es reiterativo utilizar diversos términos para designar algo, porque simplemente parece ser, o bien aparenta. Existen muchas cosas que conocemos, o bien, a la cuales le asignamos un nombre, en muchas ocasiones, por desconocimiento entre lo que es <A>, y lo que es <a>; es decir, no es que exista confusión entre una y otra cosa, entre sus distinciones, o sus cualidades, sino que simplemente en el lenguaje común poco o nada importa llamarle de una u otra forma, pues lo que se persigue es que cierto auditorio se convenza de algo,

⁴³⁴ Para una explicación más sencilla, véase la demostración que realiza Martínez Zorrilla sobre la insuficiencia de la aplicación del silogismo jurídico tradicional para fundamentar los casos difíciles: en Martínez Zorrilla, David, Metodología jurídica y argumentación, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 28-37.

⁴³⁵ Platas Pacheco, María del Carmen, Filosofía del Derecho, Analogía de la proporcionalidad, 2ª edición, Porrúa, México, 2006, p. 98.

independientemente que para ello se utilicen términos equívocos. Así, problema no es lo anterior, problema es, que lo anterior influya de manera determinante en el universo de la ciencia del Derecho, o bien, que en el ánimo de transformar el lenguaje jurídico, lo vulgaricemos al grado de vernos persuadidos por el argumento que toma fuerza en un solo sentido: que el lenguaje jurídico sea asequible para toda la población. Podemos pues confundir la certeza y la seguridad jurídica⁴³⁶ que deben necesariamente producir las normas y las resoluciones jurisdiccionales respectivamente, con los métodos, técnicas, estudio y análisis de la ciencia jurídica. No es lo mismo pues, un argumento emotivo, a un argumento retórico.

Graciela Fernández señala que "pocas realidades tienen una vinculación tan estrecha con la palabra, con el lenguaje, como la tiene el derecho."⁴³⁷

Tamayo y Salmorán sostiene que

Estamos ante el imperio del palabra [...] No es el hacer sino el *pronunciar* lo que es constitutivo del derecho; *jus* y *dicere*, *judex* nos recuerdan este vínculo constantemente. Por ello, conjuntamente con *jus*, el verbo *dicere* domina en las fórmulas judiciales. Con la mediación de este *acto de palabra*, se desarrolla toda la terminología procesal romana: *judex*, *judicare*, *judicium*, *juris dictio*, etc.⁴³⁸

Luego, la eficacia del derecho no puede excluir a la palabra, su significado y su comprensión, en espacio y el tiempo en el que se pronuncia. Las letras forman palabras, las palabras oraciones, las oraciones enunciados. La oración no son palabras desordenadas u ordenadas arbitrariamente, sino que tienen un significado que puede ser complejo o simple.

Ante esto, es preciso formular ciertas precisiones a efecto de comprender lo que se dice cuando se habla, o lo que simplemente se dice a través de las diversas

⁴³⁶ Véase Azua Reyes, Sergio T., *Los principios Generales del Derecho*, 5ª edición, Porrúa, México, 2007, pp. 150-156. Para distinguir entre certeza y seguridad jurídica.

⁴³⁷ Fernández Ruiz, Graciela, *La Argumentación y Lenguaje Jurídico*, 1ª edición, UNAM, México, 2011, p. 129.

⁴³⁸ Tamayo y Salmorán, Rolanda, *Derecho, Enciclopedia Jurídica mexicana, t. III*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 178; citado por Fernández Ruiz, Graciela, *La Argumentación y Lenguaje Jurídico*, 1ª edición, UNAM, México, 2011, p. 129.

acciones comunicativas del ser humano. En efecto el Derecho adoptó como medio para comunicarse al lenguaje, en unos casos, común, como parte de su lenguaje, y en otros, técnico, por provenir de lenguajes de origen extranjero como lo puede ser el latín, lo que lo convierte, no en un lenguaje técnico-jurídico, sino simplemente en un lenguaje ajeno.

Un argumento, debe componerse de algunos elementos o estructuras, porque argüir forzosamente requiere de un proceso de comunicación, en este caso, la oración, el enunciado o la proposición.

3.1. La oración.

La Real Academia Española define a la oración como "palabra o conjunto de palabras con que se expresa un sentido gramatical completo".⁴³⁹

Graciela Fernández, por su parte, nos dice que "una oración es una estructura constituida por un sujeto y un predicado, es una unidad sintáctica."⁴⁴⁰

Martínez Zorrilla aporta lo siguiente: "Una oración es una expresión lingüística gramaticalmente correcta y con sentido amplio."⁴⁴¹ Como se dijo en párrafos precedentes, la oración no son palabras desordenadas u ordenadas arbitrariamente. No están ahí, sino que son ubicados para producir algo en alguien. En este caso comunican un significado, de lo contrario, cuando no lo hacen, comunican nada. Así, cuando una expresión está bien formada gramaticalmente expresará un significado, entonces, como dice Zorrilla, estaremos hablando de una oración.

En el texto estructura y Estilo en la Resoluciones Judiciales, adoptan la definición de la Real Academia Española, o al menos, una identidad de elementos. Se dice también, que las oraciones están compuestas de un sujeto y un predicado, y como

⁴³⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, Espala, 2001, p. 1626.

⁴⁴⁰ Fernández Ruíz, Graciela, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴¹ Martínez Zorrilla, *op. cit.*, p 198.

es explorado, el sujeto "es la persona, animal o cosa que ejecuta una acción o de quien se dice algo. (...) "El predicado, es lo que se dice del sujeto."⁴⁴²

Tron Petit adopta una definición amplia, utilizándola para identificar a la oración como al enunciado, al decirnos que son "un conjunto de símbolos lingüísticos consentido completo, deben ser capaces de expresar cabalmente una idea."⁴⁴³

Es factible sostener, al menos de los autores tratados, que no existe conflicto en afirmar ciertas cosas respecto a la oración: es un conjunto de palabras ordenadas, que atienden a reglas gramaticales; se constituyen al menos de un sujeto y un predicado; su objetivo es expresar algo, con un significado determinado.

2.2. El enunciado.

El enunciado "es la secuencia finita de palabras delimitada por pausas muy marcadas, que puede estar constituida por una o varias oraciones."⁴⁴⁴

Antes de entrar al análisis de los conceptos y definiciones cabe hacer la precisión que hace Irving Copi: "El término enunciado no es un sinónimo exacto de proposición, pero en lógica se utiliza en el mismo sentido."⁴⁴⁵

Para efectos de comprender la distinción entre enunciado y proposición, ferrajoli explica que

Podemos afirmar que el acto mediante el cual, en nuestros ejemplos, se coloca una señal de tráfico (o se promulga una ley, se dicta una sentencia o se estipula el negocio jurídico) es una <<enunciación>>; que el signo que los expresa (la señal, o el texto de la ley, de la sentencia o del negocio) es un <<enunciado>> o un conjunto de enunciados; y que el significado que se le

⁴⁴² López Ruiz, Miguel, López Olivera, Miguel Alejandro, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, Editorial Novum, México, 2012, p. 88.

⁴⁴³ Tron Petit, Jean Claude, *Argumentación en el amparo, Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2010, p. 13.

⁴⁴⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, España, 2001, p. 937.

⁴⁴⁵ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, op. cit., p. 6.

atribuye en virtud de una determinada interpretación es una <<proposición>> y más exactamente, cuando se trata de usos prescriptivos del lenguaje, una <<norma>> o, en términos más generales –como se diría aquí-, una <<prescripción>>.⁴⁴⁶

Explica Fernández Ruiz, que el

enunciado es el producto de una realización individual del uso del lenguaje; es una unidad lingüística de la enunciación, es decir, la que considera los elementos del uso de la lengua. Podría describirse como “un segmento de habla de una persona, antes y después del cual hay silencio por parte de esa persona. El segmento de habla que se usa puede ser tanto una cadena de oraciones, como una sola oración, una frase o incluso sólo una palabra.”⁴⁴⁷

Kelsen al formular una comparación entre el enunciado y la norma, introduce un elemento relevante al afirmar que la “verdad y la falsedad son propiedades de un enunciado”⁴⁴⁸, no de la norma. Es decir, que el enunciado es o verdadero o falso. El autor añade que “con la palabra enunciado se designa no sólo el sentido de un acto de pensamiento, sino también el acto mismo de pensar y decir...”⁴⁴⁹ Fernández Ruiz al distinguir entre enunciado y oración, sostiene que los enunciados implican el uso del lenguaje y que estos pueden ser verdaderos o falso, contrario a las oraciones.⁴⁵⁰ Como se advierte, el concepto de enunciado contiene, al menos en estos autores, los mismos elementos de la proposición.

Respecto a esto Robert Alexy sostiene, como también, se dijo provisionalmente, que “un enunciado es un determinada secuencia de signos, por ejemplo sonoros o escritos”.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principio iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, I. Teoría del Derecho*, op. cit., p. 208.

⁴⁴⁷ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 133.

⁴⁴⁸ Kelsen, Hans, *Derecho y Lógica*, Traducción de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, 1ª edición, Ediciones Coyoacán, México, 2012, p. 38.

⁴⁴⁹ *Ibid.* p. 44.

⁴⁵⁰ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 133.

⁴⁵¹ Véase nota a pie de página 1, en: Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 51.

Atendiendo a Zorrilla, existen clases de enunciados: lo contingentes, los tautológicos, y los contradictorios. Son contingentes, como su mismo significado lo dice, los que pueden ser verdaderos o falsos; es un tautología, aquello que necesariamente es verdadero; y es contradictorio, aquel que necesariamente es falso.⁴⁵²

Por su parte Bulygin al criticar a Jules Coleman, y contradecir su postura sobre los tipos de enunciados, sostiene que:

se trata de dos tipos de enunciados diferentes; uno es el enunciado que afirma que el derecho dispone tal o cual cosa, que es una proposición normativa verdadera o falsa y otro muy distinto es el enunciado prescriptivo o expresivo (como lo llama Coleman) que prescribe o dispone algo. La diferencia entre estos dos tipos de enunciados no está en el aspecto sintáctico o semántico del mismo enunciado, sino en el hecho de que se trata de dos enunciados diferentes...⁴⁵³

Rafael Hernández, parece, al menos en un principio, caer en el error de llamar indistintamente oración o enunciado a las expresiones bien formadas y con sentido completo.⁴⁵⁴ Posterior a esto, el autor clasifica a los enunciados: desde el punto de vista de su alcance, desde el punto de vista de su tipo de discurso. Parte a continuación a definir los enunciados jurídicos y a clasificarlos desde el punto de vista de su alcance, desde el punto de vista sintáctico y desde el punto de vista de su tipo de discurso; para finalizar con los enunciados metalingüísticos, a su vez subclasificado en enunciados interpretativos.

El enunciado clasificado desde el punto de vista de su alcance, atiende al número de entidades o individuos a los que se refiere. Estos a su vez se distinguen en singulares y generales o universales. Por singulares se entiende la determinación de alguien en concreto, y es factible ser uno o más individuos. Por generales o

⁴⁵² Martínez Zorrilla, David, op. cit., p 221 y 222.

⁴⁵³ Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 19 y 20.

⁴⁵⁴ Hernández Marín, Rafael, *Razonamientos en la Sentencia Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 14.

universales se entiende la referencia a un número ilimitado o indeterminado, a este efecto el autor cita los siguientes ejemplos: todas las estrellas brillan, el arrendatario debe pagar la renta.⁴⁵⁵

El enunciado clasificado desde el punto de vista de su tipo de discurso, atiende -a una subclasificación de enunciados-, aunque el autor se limita a señalar "clases de enunciados": los enunciados asertivos, los que se califican de verdaderos o falso, y sostiene que tales enunciados también se denominan, aseverativos, descriptivos, declarativos indicativos etc.⁴⁵⁶

Los no asertivos son aquellos que por obviedad, no son verdaderos ni falso, como: "no fumar, viva la república...".⁴⁵⁷

En ese orden de subclasificación tenemos a las definiciones, es decir, enunciados que establecen definiciones, o llamadas definiciones estipulativas. "Estos enunciados que establecen, por convención, porque así se estipula, una equivalencia entre dos expresiones."⁴⁵⁸ Estos, sostiene el autor, no son enunciados asertivos. A su vez se debe distinguir entre las definiciones lexicográficas, con las definiciones aquí tratadas (definiciones estipulativas), las primeras sí se califican como verdaderas o falsas. No obstante esto, el autor hace hincapié, en que para efecto de poder clasificar una definición como estipulativa o lexicográfica, es necesario conocer el contexto en el que es formulada la definición.

Existen, no obstante lo anterior, otros enunciados, como los exclamativos e interrogativos, pero los ya descritos, son los que le interesan a la filosofía, concluye el autor.

Respecto a los enunciados desde el punto de vista de su discurso, quedan por analizar los enunciados prescriptivos y los de las definiciones, en tanto que es prácticamente imposible que se originen enunciados exclamativos, interrogativos, y asertivos, ya que lo que se persigue en los enunciados jurídicos, no es la verdad o

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 15.

⁴⁵⁸ Ibid.

falsedad de lo que se enuncia, luego que esto se produce propiamente en los enunciados individuales y concretos; Pedro es un ladrón, y toma un enunciado anterior para verificar la calificación de verdad o falso; sin embargo, dicha calificación no nace por la cualidad de los enunciados, sino por lo que los enunciados demuestran.

Por último, como parte de la clasificación general de los enunciados, se tienen a los metalingüísticos: que son aquellos que hablan de entidades lingüísticas. Es decir, cuando el enunciado se refiere a una cualidad lingüística expresada en él mismo. No se debe confundir, con aquellas que expresan una cualidad del sujeto o de lo que se habla en el enunciado.⁴⁵⁹

A este respecto el autor nos brinda ciertos ejemplos que clarifican lo expuesto. El enunciado "Pedro es alto", se refiere a una cualidad de Pedro, que consiste en que es alto. Este es un enunciado no metalingüístico, aunque como todo, sean entidades lingüísticas. Por otra parte, el enunciado "Pedro tiene cinco letras", se refiere a una cualidad de la palabra, que en este caso resulta no ser un sujeto. Cabe señalar, que aquí no hablamos de Pedro como sujeto, sino de la palabra Pedro. Así cuando se utiliza enunciados para hablar de entidades lingüísticas o de otros enunciados, estaremos en presencia de un enunciado metalingüístico.⁴⁶⁰ En esa tesitura, cuando "los enunciados metalingüísticos que se refieren a enunciados jurídicos pueden ser llamadas metajurídicos.

Dentro de los enunciados metalingüísticos encontramos también a los interpretativos. Éste, atribuye sentido a una expresión. Un enunciado interpretativo es aquel que atribuye, por ejemplo, sentido, o en este caso en especial, significado a un enunciado previo, y que los hace equivalentes. En otras palabras, lo que hace este tipo de enunciados es desentrañar en sentido de un enunciado previo. El autor cita un ejemplo para clarificar lo anterior: "El hombre es un ser mortal, significa que todos los hombres son mortales".⁴⁶¹ Como se puede advertir, lo anterior consta de

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 24.

dos enunciados, uno, el primario, y otro el interpretativo, o bien, uno, el interpretado o que fue objeto de interpretación y otro, el interpretativo.

Guastini señala que se puede llamar enunciados interpretativos a aquellos que adscriben significado a un texto normativo.⁴⁶²

Manuel Atienza, para la argumentación jurídica, propone dos tipos de enunciados: los de carácter práctico como los normativos y los valorativos, y los de carácter no práctico, como las definiciones. Respecto a los enunciados no pertenecientes al sistema jurídico propone cinco enunciados importantes: los interpretativos, los teóricos, los jurisprudenciales, los empíricos, y los valorativos.⁴⁶³

Por enunciados interpretativos puede entenderse los que aparecen en procesos de interpretación, o sea, cuando se trata de atribuir un significado a un texto dudoso. (...) Los enunciados teóricos son aquellos extraídos de la dogmática o bien de la teoría general del Derecho.... Por enunciados jurisprudenciales se entienden los elaborados por los jueces y tribunales en la fundamentaciones de sus decisiones: bien se trate de la *ratio decidendi*... o de simples *obiter dicta*. ... de los enunciados empíricos habría que distinguir, por ejemplo, entre lo que representan el hecho principal que se pretende probar, los hechos probatorios (los hechos secundarios, que son relevantes para probar los principales) y las regularidades (leyes científicas, máximas de la experiencia) que garantizan el paso de los hechos probatorios a los hechos probados... Finalmente, los enunciados valorativos son los (enunciados que no forman parte del sistema jurídico) que expresan aprobación o desaprobación hacia cualquier tipo de hecho, evento o estado de cosa, o dicho de otra manera, lo que incluyen términos valorativos.⁴⁶⁴

Atendiendo a los autores citados, es factible formular un cuadro comparativo del tipo de enunciados que se identifican, sin entrar en conflicto entre unos y otro, pero si

⁴⁶² Guastini, Ricardo, Estudios sobre la Interpretación Jurídica, Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 9ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2011, p. 11.

⁴⁶³ Atienza Manuel, Lozada Prado, Aí, *Cómo Analizar una Argumentación Jurídica*, Cevallos Editora Jurídica, Quito Ecuador, 2009, p. 47.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 48-49.

introducir la clasificación formal y las cualidades de cada uno de los enunciados, valga la expresión, enunciados.

2.2.1. Enunciados normativos. Cuando Hart analiza la zona de penumbra respecto de la zona de aplicación del Derecho, para describir la contextualización en la que se desarrollan los casos fáciles y los casos difíciles, nos dice que "los enunciados normativos siempre ejercen una función de guía de la actividad interpretativa, pero solo de modo incierto."⁴⁶⁵

Un enunciado normativo puede ser al mismo tiempo, tan sencillo, como complejo, según la indeterminación del enunciado.

Bajo esa premisa, resulta indispensable conocer, primero, el uso de la palabra norma, y para este efecto es ilustrativo los asertos de Tamayo Salmorán:

En un principio, había cosas del mundo que eran normas (escuadra de carpintero); después, cosas del mundo que eran normas (en sentido metafórico). Con el tiempo, 'norma, en las lenguas modernas, deviene del nombre de entidades básicas de los órdenes jurídicos. De forma que para ser parte de un orden jurídico es necesario ser norma.

No obstante que norma, en el discurso jurídico, nació como una extensión metafórica, su uso se ha impuesto a otras expresiones, como e.g. 'precepto', 'regla', 'mandato', inter alia, recibiendo, sin embargo, los atributos de las expresiones sinónimas.⁴⁶⁶

2.2.2. Enunciados prescriptivos. Un enunciado prescriptivo es aquel se utiliza para describir o informar sobre la verdad de una norma. Por su parte, una proposición prescriptiva es aquella que establece modalidades deónticas del lenguaje: como describir una obligación o un deber.⁴⁶⁷ Así, se usa una proposición para dictar una norma, y otra para informar de la norma; sólo en el primer caso

⁴⁶⁵ En Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica, Traducción de Santiago Ortega Gómeo, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 65 y 66.

⁴⁶⁶ Tamayo Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del Derecho, 2ª edición, Themis, México, 2011, p. 27.

⁴⁶⁷ Capella, Juan Ramón, Elementos de análisis jurídico, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2006, p. 61.

hablamos de una prescripción.⁴⁶⁸ Capella llama entonces a los primeros, proposiciones prescriptivas, ya los segundo, proposiciones descriptivas.

Hernández Marín nos dice que se subclasifica a los enunciados prescriptivos, a aquellos que son eficaces, ineficaces, cumplidos o incumplidos. Se les denomina directivos, normativos, deónticos, imperativos etc., por ejemplo: "prohibido pisar el césped, ¡cierra la puerta! y no fumes."⁴⁶⁹

En las proposiciones prescriptivas –nos dice Capella– se habla de si están bien formadas; mientras de los enunciados descriptivos o proposiciones descriptivas, se habla de la verdad o falsedad.⁴⁷⁰

Si citáramos el ejemplo el tipo penal del homicidio: Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otra persona: nos podemos dar cuenta que es una proposición descriptiva, aunque parezca descriptiva, porque no podemos hablar de "si quien priva de la vida a otra persona es un homicida", es verdadero o falso, porque eso le incumbe a la fundamentación del enunciado. Por el contrario, si decimos, Juan privo de la vida a otra persona, por ello, es una homicida. Entonces hablamos de un enunciado que requiere ser probado (respaldado), para efecto de verificar la verdad o falsedad de esa descripción.

2.2.3. Enunciados descriptivos. "Solemos llamar descriptivos a los enunciados que remiten a rasgos del mundo de la experiencia."⁴⁷¹

Bertrand Russell nos dice que "hay dos clases de <<descripciones>>: definidas e indefinidas (o ambiguas). Una descripción indefinida es una frase de la forma <<un tal y tal>> y una descripción definida es una frase de la forma <<el tal y cual>>."⁴⁷²

Para identificar un tipo penal inconstitucional por ejemplo, en razón a su ambigüedad, se puede acudir a estos conceptos, primero a la clase de enunciado.

⁴⁶⁸Capella, Juan Ramón, Elementos de análisis jurídico, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2006, p. 62.

⁴⁶⁹Hernández Marín, Rafael, op. cit., p. 15

⁴⁷⁰Capella, Juan Ramón, op. cit., p. 62.

⁴⁷¹ ibid., p. 20.

⁴⁷² Russell, Bertrand, Introducción a la filosofía matemática, Traducción de Mireia Bofill. 1ª edición, Paidós, España, 1988, p. 147.

La materia penal requiere de la validez de un elemento formal, que la descripción sea definida,⁴⁷³ después puede analizar otros elementos, pero si no pasa este examen, podríamos hablar de cierto grado de ambigüedad, lo que produciría el incumplimiento al requisito de certidumbre que deben de reunir la normas penales.

Los tipos penales, por ejemplo, son enunciados descriptivos. Un enunciado descriptivo válido por su calidad de definido es, por ejemplo, el tipo penal del robo: comete el delito de robo: el que se apodera⁴⁷⁴ de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Por otro lado, una descripción indefinida y por lo tanto inconstitucional, es la fracción VIII del artículo 375 del Código Penal de Puebla, dado que los elementos que configuran ese delito, no fueron redactados de manera clara y precisa, en virtud de que únicamente se señaló que el delito se acreditaba cuando una persona detente un automóvil que cuente con <<medios de identificación>> alterados o modificados, sin establecer concretamente en qué consisten éstos.⁴⁷⁵

2.2.4. Enunciados empíricos y demostrativos. Cabe explicar ambos enunciados a efecto de evitar confusiones.

Juan Ramón Capella nos explica que

en principio los asertos formales se pueden demostrar, mientras que la verdad de los enunciados empíricos es susceptible de prueba. En el caso de las verdades formales, la demostración consiste en derivarlas de los axiomas del

⁴⁷³ Jurídicamente se le define como el principio de tipicidad y taxatividad, según el cual las conductas punibles deben estar previstas en la ley de manera clara, limitada e inequívoca, lo que implica, entre otras cosas, la prohibición de tipos penales ambiguos. Véase jurisprudencia con número de IUS: 167445 y 174326 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁷⁴ El apoderamiento contiene un elemento intrínseco que consiste en la intención de realizar la conducta. Por lo que si no existe intención, no existe el apoderamiento, luego que el apoderamiento deviene de una condición psicológica del que se hace poseedor de una cosa, y de una condición objetiva de en efecto tenerla físicamente en su poder.

⁴⁷⁵ Véase tesis con número de IUS: 2009049.

sistema formal o universo discursivo correspondiente; en cambio la prueba de un aserto material ha de remitir de algún modo al universo empírico.⁴⁷⁶

Un enunciado empírico, prueba la verdad de ese enunciado; mientras que un enunciado demostrativo, prueba la relación entre diversos enunciados o proposiciones. En los enunciados demostrativos están en juego la validez de los enunciados en sí; mientras que en los enunciados empíricos está en juego el contenido del enunciado.

Si utilizamos un ejemplo de Hernández Marín: Pedro tiene cinco letras. Este es un enunciado demostrativo, a pesar de que de manera convencional pudiera decirse que es un enunciado empírico, porque la validez está en el mismo enunciado, y no en probar su contenido. Por ejemplo: el perro de Juan tiene tres patas. Esto requiere de una prueba, y su validez no depende del enunciado en sí, si no de probarse que efectivamente el perro tiene cuatro patas.

En -pedro tiene cinco letras- "usamos este enunciado para hablar de una palabra, para mencionar una palabra, la palabra <<Pedro>>, y decir de ella que tiene cinco letras."⁴⁷⁷ Por lo que es un enunciado demostrativo. Por el contrario si decimos, <<Pedro es alto>>, "usamos este enunciado para hablar de otro enunciado, para mencionar otro enunciado", ese otro enunciado es uno empírico, que prueba que en efecto pedro es alto.

El mismo Capella nos dice que el enunciado empírico debe estar exento de ambigüedad, de vaguedad y de indeterminación. Debe excluirse las expresiones subjetivas, por lo que al describirse el hecho se debe cerciorarse de utilizar calificativos, porque estos degeneran al mismo enunciado. Los calificativos son parte de otro tipo proposiciones o enunciados.⁴⁷⁸

Debe de tener cuidado de no confundir enunciados empíricos con enunciados teóricos. Ciertos enunciados no guardan relación entre sí, como lo explica

⁴⁷⁶ Capella, Juan Ramón, op. cit., p. 20.

⁴⁷⁷ Hernández Marín, op. cit., p. 23.

⁴⁷⁸ Capella, Juan Ramón, op. cit., p. 28.

Toulmin,⁴⁷⁹ porque son proposiciones de garantías que requieren de un respaldo; y ante la ausencia de un respaldo como lo es una prueba o bien un enunciado que se prueba por sí mismo, el oyente puede tener por cierto lo expresado por el enunciado, cuando no es así. Capella nos dice que

En ciertos casos el acceso a la experiencia para afirmar la verdad o falsedad de un enunciado o de un conjunto de enunciados, presenta problemas: puede ser incompleto, o estar vedado temporalmente, o tal vez lo expresado por el enunciado no es exactamente cierto sino más bien perteneciente al mundo de lo probable. En estos casos no se puede afirmar la verdad de los enunciados, sino sólo su verosimilitud o su plausibilidad.⁴⁸⁰

Un enunciado demostrativo, entonces, es aquel del que se puede deducir conclusión de sus propios elementos lingüísticos. Los analíticos por ejemplo utilizan el silogismo clásico para realizar demostraciones, lo que no debe confundirse con comprobaciones. Por ejemplo las proposiciones: todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre; son enunciados demostrativos, porque las deducciones están contenida en los elementos propios del enunciado. Si el enunciado requiere ser probado por enunciados empíricos, es decir, si requiere de algún proceso experimental, entonces hablamos de un enunciado empírico.

Por ejemplo: todos los hombres son de raza blanca; Juan es hombre; entonces, Juan es de raza blanca. Como podemos ver, la deducción requiere de un enunciado que los respalde, para que pueda deducirse válidamente que Juan es de raza blanca. Lo correcto sería, los hombres observados que viven en la casa X, son de raza blanca; Juan vive en la casa X, probablemente sea de raza blanca.⁴⁸¹

Atienza sostiene que

... dentro de los enunciados empíricos habría que distinguir, por ejemplo, entre los hechos probatorios (los hechos secundarios, que son relevantes para

⁴⁷⁹ Véase los puntos de Datos y Garantías; y cómo respaldar garantías en el apartado referente a los usos de la argumentación de Toulmin en este trabajo.

⁴⁸⁰ Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸¹ Véase *infra*, "los términos modales" de Toulmin.

probar los principales) y las regularidades (leyes científicas, máximas de experiencia) que garantizan el paso de los hechos probatorios a los hechos probados; a su vez, los hechos principales (los relevantes en base al supuesto de hecho de la norma de que se trate) pueden subclasificarse en hechos constitutivos (del delito o de la demanda en un proceso civil), o excepciones (en los procesos civiles, hechos impeditivos, extintivos o modificatorios de la demanda; en el penal, lo que servirían para rechazar la hipótesis acusatoria)...⁴⁸²

2.2.5. Enunciados teóricos o hipotéticos. Podemos entender por enunciados hipotéticos un significado análogo al que propone Ferrajoli respecto de las reglas hipotéticas: "son las reglas que predisponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus."⁴⁸³

Son por ejemplo hipotéticas, en cuanto predisponen prescripciones de modo mediato, es decir, con la mediación de lo que contemplan como hipótesis, las reglas de ajedrez que predeterminan el estatus de <<jaque al rey>> o de <<jaque mate>> en presencia de determinados presupuestos, las normas que disciplinan la formación de los actos preceptivos, las normas sobre la aplicación de las sanciones previstas para cuando se cometan delitos; o también las normas sobre los efectos del matrimonio, las definiciones legislativas y, en general, todas las reglas que predeterminan modalidades, expectativas o estatus de cosas como efectos de los actos que contemplan en abstracto como hipótesis.⁴⁸⁴

Lo que hace un enunciado hipotético es establecer una posibilidad partiendo de un supuesto dado, si sucede esto, posiblemente será esto. Sin embargo, continúa siendo hipotético porque sólo es una posibilidad, y no una prescripción como si sucede con los enunciados prescriptivos.

⁴⁸² Atienza Manuel, Lozada Prado, Ali, *Cómo Analizar una Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 48 y 49.

⁴⁸³ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia, I. Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 223.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

En los enunciados prescriptivos se basan en la modalidad <<necesariamente>>, es decir, si sucede esto, necesariamente será esto (Si...entonces).

Por ejemplo, comúnmente podemos ver que entre los juristas se utilizan las frases como: está acreditada la hipótesis normativa; para referirnos a que, por ejemplo, se actualizan los elementos de un tipo penal. El tipo penal del homicidio, no es una norma hipotética, sino que se le confunde con la generalidad y abstracción de la norma.⁴⁸⁵ Es prescriptiva porque contiene el término modal de <<necesariamente>>, es decir, al que priva de la vida a otra persona, necesariamente se debe calificar como homicida. Si fuera hipotética, el enunciado debería expresarse de la siguiente manera: al que priva de la vida a otra persona, probablemente es un homicida.⁴⁸⁶

Lo que en determinado momento puede ser hipotético, es el hecho, es decir, que alguien lleve a cabo el hecho establecido por la norma, es decir: una persona A ante tal situación pudiera cometer el delito de homicidio, sin que fuera responsable. La legítima defensa, como excluyente de responsabilidad, el enunciado como tal, es hipotético, y al actualizarse es prescriptivo, porque ordena que no se sancione al que comete algún tipo penal defendiéndose legítimamente.

Los enunciados teóricos, nos dice Atienza, "son aquellos extraídos de la dogmática (de cada rama dogmática) o bien de la teoría general del Derecho."⁴⁸⁷

2.2.6. Enunciados jurídicos. Otra clasificación que analiza Hernández Marín, es la relativa a los enunciados jurídicos, y que a diferencia de los demás, su principal característica es el documento que los contiene, o bien el documento por el cual se conocen. Un enunciado jurídico, por tanto, puede ser verdadero pero no válido, o bien, falso pero válido, esto si atendemos al derecho positivo, y los elementos, por

⁴⁸⁵ Véase la universalidad de las reglas: la generalidad y la abstracción, en: ⁴⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia*, 1. *Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 219-222.

⁴⁸⁶ No debe confundirse a las excluyentes de responsabilidad con los términos modales.

⁴⁸⁷ Atienza Manuel, Lozada Prado, Ali, *Cómo Analizar una Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 48.

ejemplo, para que una ley sea considerada como parte del ordenamiento jurídico de una determinada sociedad.⁴⁸⁸

Así vemos que atendiendo a la validez de un enunciado jurídico, este puede ser válido en cierto tiempo. El autor refiere a distintas formas en la que se extingue la validez, como por la derogación del propio enunciado, o bien por su anulación. Si bien la certeza del enunciado aquí analizado: "un enunciado puede ser invalidado por derogación o anulación", es válida, lo cierto también, es que la validez de los enunciados jurídicos propiamente dichos se refiere a un ámbito espacial y temporal, y al menos, en la actualidad, sería riesgoso afirmar la validez de un enunciado jurídico, por su simple entrada en vigor, pues al menos en México han ocurrido ciertos cambios que reconfiguran la tesis positivista de la validez de las normas, o los enunciados, por el simple hecho de cubrir los requisitos de forma.

Cabe hacer un espacio para verificar la veracidad del enunciado aquí planteado por el autor, en tanto que se considera que, incluso su validez en el ámbito jurídico podría estar rebasado. Para esto es conveniente citar lo que Ferrajoli sostiene al verificar la formulación hobbesiana *Auctoritas, non veritas facit legem*, y que consiste en que

Una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean sus contenidos, en las formas previstas por otra norma del ordenamiento al que pertenece.⁴⁸⁹

Contraviniendo lo anterior, un sistema de precedentes, como el que se considera se está construyendo en el actual sistema jurídico mexicano, pareciera rebasar la formulación hobbesiana y la tesis positivista.

No obstante lo anterior, pareciera que sigue prevaleciendo cierta postura sobre la validez de los enunciados jurídicos atendiendo a lo que también sostuvo Kelsen, es

⁴⁸⁸ Hernández Marín, Rafael, op. cit., p. 16.

⁴⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, I. Teoría del Derecho*, op. cit., p. 15.

decir, que "las normas de un orden jurídico positivo valen porque la norma fundamental básica, que es la regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz. Esto se puede verificar en las cuestiones resueltas por la corte respecto al arraigo. (Ver sentencia de la SCJN)

La subclasificación de los enunciados jurídicos se analiza atendiendo a su alcance, explicación ocurrida en párrafos precedentes. Sin embargo, es necesario sostener que por ejemplo, por disposición constitucional, ninguna ley o norma, puede estar dirigida a una persona en particular, es decir, debe ser abstracta y general. Por el contrario, los enunciados singulares se encuentran en las sentencias o resoluciones jurídicas, donde, por su parte, se debe atender a una persona y una conducta concreta, y alejarse de lo abstracto y lo general.⁴⁹⁰

Dentro de esa subclasificación encontramos la referente al punto de vista sintáctico, y bajo esta subclasificación se establece que un "enunciado jurídico no es un enunciado simple, sino un enunciado compuesto por dos enunciados: uno de ellos llamado <<supuesto de hecho>> y el otro, <<consecuencia jurídica, que están unidos por la expresión <<si, ... entonces>>, que es la que le da al enunciado jurídico su forma y carácter condicional." Por supuesto que la generalidad y la condicionalidad van siempre unidas, pues como se vio, ⁴⁹¹las resoluciones judiciales son individuales y concretas; y por otro lado, no siempre el enunciado jurídico está unido por otro enunciado que establezca la consecuencia jurídica, cuestión que ha sido debatida por diversos autores, respecto a las normas imperfectas. (ver a Kelsen)

2.2.7. Principios y reglas. "Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios."⁴⁹²

⁴⁹⁰ Hernández Marín, Rafael, op. cit., p. 17.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁹² Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, 2ª edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 249.

Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias: las primeras, son aquellas guías y directrices de cada persona y de la sociedad; mientras que las segundas son aquellas reglas que permiten a la persona o al legislador crear las reglas primarias. Un ejemplo de regla secundaria sería la Constitución.⁴⁹³

Existe una distinción sustancial y no solamente formal entre principios y reglas. En un mismo texto, o incluso, en un mismo enunciado por contener tanto un principio, como una regla.

Zagrebelsky nos dice que

... sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <<constitutivo>> del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.⁴⁹⁴

Resulta relevante la postura concluyente del autor para este trabajo, porque como se verá en todo este estudio, la problemática de interpretación y respecto de la solución de casos difíciles, se origina principalmente cuando se analiza un caso concreto a la luz de un principio constitucional.⁴⁹⁵ Por ello, los enunciados que contienen un principio o una regla deben clasificarse adecuadamente, a efecto de no confundir la adhesión con la interpretación: de un principio se tiene una concepción, se integra o se le da contenido, este es la nada sin un caso concreto; mientras que a una regla se le obedece en el sentido que se le interprete.

⁴⁹³ El debate H. L. A. Hart - Ronald Dworkin; estudio preliminar de Cesar Rodriguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 25 y 26.

⁴⁹⁴ Zagrebelsky Gustavo, El derecho dúctil, Ley, derecho, y justicia, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011, p. 110.

⁴⁹⁵ López Sánchez, Rogelio, Interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos, 1ª edición, Porrúa, México, 2013, p. 54-132; realiza un estudio interesante a partir del análisis de diversas sentencias de Cortes constitucionales, para la elaboración de un modelo flexible de jurisprudencia "donde la construcción conceptual y metodológica ocurra a partir de la identificación del contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles." Opinión que es coincidente o conclusiva de este trabajo, principalmente del capítulo Quinto.

las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.⁴⁹⁶

El autor denomina a unas normas-principio y a las otras, normas-regla; sin embargo, si bien los principios están contenidos en un texto constitucional, no fundamentado en enunciados jurídicos, sino histórico-sociológicos, ese hecho podría confundirse con proposiciones normativas, o normas en sentido estricto, punto que también se tratará en este trabajo: por lo que se considera pertinente utilizar "enunciado-principio" y "enunciado-regla", para efectos de evitar confusiones con los demás términos descritos en el presente estudio.

Las reglas en la mayoría de los casos, resultan, dependiendo del enunciado en el que estén contenidas, fáciles de digerir, de interpretar, de comprender y de aplicar. Sin embargo, existen reglas que contienen principios y ante ello resulta más complejo aplicarlo de manera general, y esa complejidad solo puede ser observada en la historia, es decir, a través de enunciados empíricos.

Veamos un enunciado que contiene tanto un principio como una regla: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.⁴⁹⁷ A primera vista esta regla no representa ningún problema, porque válidamente se puede deducir una conclusión mediante el silogismo tradicional, mediante la simple demostración de sus enunciados,

Este enunciado siempre es interpretado como principio, y de las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no advertí una sola que realizara un

⁴⁹⁶ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derecho, y justicia*, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011, p. 110.

⁴⁹⁷ Primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

análisis de este enunciado como regla. Alguien podría sostener que no habría un daño estructural entre interpretar a un enunciado como regla o como principio; sin embargo, realmente sí representa un cambio estructural, porque como regla nos dice lo que debemos o no hacer ante determinadas circunstancias y no más. Por el contrario, el principio no dice mucho, pero de ninguna forma se podría decir que nos dice nada; y sin embargo en él están contenidos un sinnúmero de configuraciones probables respecto de un universo de problemas que se pudieran presentar, y ante ello, cabe formular configuraciones de dicho principio diversos planteamientos, lo que conduce a concluir que su determinación se debe realizar atendiendo a los componentes de cada norma que se tilde contraria al principio.⁴⁹⁸

Lo mismo sucede con el "debido proceso" y la "igual protección de las leyes", luego que sus estándares están estructurados de manera tan vaga que requiere configurarse cada vez que se analiza a la luz de un caso concreto.⁴⁹⁹ En igual sentido se pronuncia Prieto Sanchis: las dos características más frecuentes atribuidas a los principios son su generalidad y su vaguedad...⁵⁰⁰

Laporta nos dice que un "principio es un enunciado normativo de carácter general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene estructura diferente de la norma concreta."⁵⁰¹

Un enunciado que dice: debes hacer bien las cosas; no es ni principio ni regla, este en efecto dice nada. Es una proposición normativa, pero toma forma únicamente ante un caso concreto o una pretensión en particular. No es una pretensión de corrección, porque no persigue el bien, sino únicamente su eficacia: el autor intelectual de un homicidio puede pedirle al autor material hacer bien las cosas, al igual que el propietario del caballo a su jinete en una carrera.

⁴⁹⁸ Véase la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: P./J. 123/2001, con número de registro en el IUS: 188508; bajo el rubro: Retroactividad de las leyes. Su determinación conforme a la teoría de los componentes de la norma; así como la registrada bajo el número: 197363.

⁴⁹⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Martha Guastavino, 1ª edición, Ariel, España, 2012, pp. 211-216.

⁵⁰⁰ Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas*, 1ª edición, Palestra-Temis, Perú, 2013, p. 63.

⁵⁰¹ Laporta, F., *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, en *Sistema*, 67, 1985, pp. 5; citado por Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas*, 1ª edición, Palestra-Temis, Perú, 2013, p. 63.

La diferencia de lo anterior, es que los principios son acuerdos universales del auditorio, no hay postulado alguno que lo pueda contradecir, y su desarrollo tiene una particularidad y bases de decisión ante determinadas circunstancias. La regla por su parte, no es una concepción de la realidad en un tiempo y espacio determinado, sino guías específicas o determinadas a una clasificación o especie de cosas que deben o no realizarse ante una diversidad de hechos. Lo anterior tampoco se debe confundir con un enunciado prescriptivo o descriptivo, es decir, que una regla también guía y puede llegar a ser tan general o abstracta como un principio, así como ambiguas o inequívocas.⁵⁰²

Schiavello interpretando la tesis de distinción cualitativa de Comanducci, nos dice que: "La diferencia entre reglas y principios representa una condición necesaria y suficiente del hecho de que estos dos tipos de normas deservuelven un rol diferente en la interpretación y en la aplicación del derecho."⁵⁰³

Utilizando el ejemplo del enunciado que establece la irretroactividad de las leyes, se aplicará como regla en los casos fáciles, y como principio para los difíciles.⁵⁰⁴

Una de las principales distinciones entre los principios y las reglas, es su estructura lógica; Schiavello, utilizando a Guastini nos dice que:

Los principios, a diferencia de las reglas, son enunciados condicionales derrotables (defeasible). Esto significa que mientras las reglas jurídicas son enunciados condicionales que no admiten excepciones "sino aquellas expresamente previstas por otras normas, que son en número finito, y son susceptibles de una enumeración contempla, los principios, al contrario, son enunciados condicionales que admiten excepciones implícitas —recavables por otros principios— que son "...nada susceptibles de numeración exhaustiva". A esto es necesario agregar que entre los principios rige una jerarquía

⁵⁰² Aarnio, A., *Lo racional como razonable, Un tratado sobre la justificación jurídica*, (1987), E. Garzón Valdés, Madrid, C.E.C, 1991, p. 142; citado por Prieto Sánchez, Iván, *Sobre principios y normas*, 1ª edición, Palestra-Temis, Perú; 2013, p. 65.

⁵⁰³ Schiavello, Aldo, *H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica*, Traducción de Santiago Ortega Gómeza, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 85.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 90.

axiológica móvil”, en el sentido de que es el intérprete quien debe establecer, en relación al caso concreto, qué principio entre aquellos en competencia debe prevalecer sobre otros.⁵⁰⁵

Esta distinción lógica, interesa, nos dice Schiavello, en la fase de aplicación del Derecho.⁵⁰⁶ Las reglas se aplican según el criterio de “todo o nada”; mientras que los principios, de acuerdo al criterio del “peso y la importancia”.⁵⁰⁷

Ángeles Ródenas, realiza un estudio sobre este tema, y toma como base a Atienza y a Ruiz Manero, de lo que se abstrae que: en cuanto a los casos, las reglas se configuran de manera cerrada y finita, mientras que los principios lo hacen de manera abierta, por lo que la indeterminación es más radical en los principios.⁵⁰⁸

En forma aclarativa, nos dice que

Posteriormente, tanto en la versión inglesa de su libro –A Theory of legal sentences- como en el trabajo “De nuevo sobre principios y reglas” (presentado al “Seminario finlandés-italiano-español de teoría del Derecho” celebrado en Tampere en junio de 1998), Atienza y Ruiz Manero Han presentado la distinción entre reglas y principios utilizando la contraposición de von Wright entre normas hipotéticas y normas categóricas: las reglas serían normas hipotéticas –esto es, normas que contienen condiciones de aplicación distintas de aquellas que se derivan de su contenido- que pretenden establecer deberes concluyentes (aunque esta pretensión pueda en ocasiones resultar fallida); mientras que los principios serían normas categóricas –esto es, normas que no contienen más condiciones de aplicación que aquellas que se derivan de su contenido- que establecen deberes meramente “prima facie” que sólo devienen concluyentes tras ponderar si, en el caso en cuestión, las

⁵⁰⁵ Los entre comillados pertenecen a Guastini, en: Guastini Ricardo, Teoría e dogmática delle fonti, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 281, 282-304, respectivamente; en Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, Una introducción crítica, Traducción de Santiago Ortega Gómeo, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013, p. 86 y 87.

⁵⁰⁶ Schiavello, Aldo, op. cit., p. 87.

⁵⁰⁷ Schiavello parafrasea a Dworkin, sin embargo no hace referencia a la obra correspondiente; en Schiavello, Aldo, *ibid.*, p. 87.

⁵⁰⁸ Ródenas, Ángeles, Razonamiento judicial y reglas, 1ª edición, Fontamara, México, 2000, p. 37 y 38.

normas en pro de los mismos tienen más fuerza que eventuales razones en sentido contrario que provengan de otro principios.⁵⁰⁹

Un ejemplo de una regla que puede ser tan ambigua y aparentemente tan abierta como cualquier principio, es la regla de eficacia y debida conducta establecida en el artículo 8, fracción I de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos: "Todo servidor tendrá las siguientes obligaciones: I.- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;...".

Como podemos advertir, esta obligación lo que realmente establece es una regla de eficacia, es decir, de ser eficaz, pero la eficacia no es una regla objetiva, es circunstancial y contingentes; depende y se sujeta a un sin número de condiciones para que se actualice, o bien para que se pueda infringir. En efecto es una norma hipotética, y como se sostiene en párrafos precedentes, al menos en este caso, resulta fallida.

Así, contrario a la postura de Laporta, en páginas precedentes, la diferencia entre reglas y principios sí es estructural,⁵¹⁰ y la estructura que las distingue, es la acción que produce uno y otro. Una regla produce una hipótesis normativa o de hecho, mientras que un principio produce la imagen o idea de un estado de cosas.

Esto coincide con la noción de razón perentoria de las reglas, que limita el análisis de su contenido y excluye los juicios que se puedan realizar sobre ella; contrario a lo que sucede con los principios, que una de sus principales características es configurarse a través de distintos y diverso tipos de juicios y ponderaciones; por lo que el valor colectivo e individual atribuido a cada principio influye de manera determinante para resolver un caso concreto y formular un interpretación.⁵¹¹

2.2.8. Enunciados declarativos o semánticos. Por enunciados sintácticos, entendemos a los enunciados declarativos, consistentes en decir algo sin que

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 38; Nota 2 a pie de página.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 38 y 39.

necesariamente signifiquen algo. Por su parte los enunciados semánticos necesariamente significan algo, porque se tiene un objetivo y están dirigidos a producir algo. Un ejemplo de una oración que contenga los mismos elementos pero que a su vez puede ser un enunciado sintáctico, carente de significado, o reducido a su significado gramatical o literal, es cuando encuentras a una persona A en un pasillo concurrido y expresas lo siguiente: ¿qué tal, cómo estás? Este enunciado es sintáctico o declarativo, porque realmente no tiene un significado más allá de su expresión gramatical, aunque tenga una pretensión, que consiste en un mero saludo o un acto de cordialidad. A este enunciado le seguirá una respuesta como: bien, gracias ¿y tú? Puede que en ese momento alguno de ellos pueda padecer una grave enfermedad y no manifestarlo. Sin embargo, si el que formula la pregunta es tu doctor, el objetivo y la medula del enunciado cambia. En efecto quiere obtener un enunciado descriptivo, sujeto a verdad o falsedad: ¿Cómo estás, cómo te sientes, o cómo te has sentido? El doctor espera una respuesta verdadera, y no un enunciado declarativo sin significado: ¡bien gracias! Espera por tanto un enunciado semántico: me ha dolido mucho la cabeza, he tenido muchos mareos, etc., etc.

La anomalía del Derecho, como algunos sostienen, es que las soluciones del Derecho se basa, en muchas ocasiones, en enunciados sintácticos, que únicamente se someten a un examen de validez, pero no de verdad, lo que produce serias complicaciones respecto del concepto de justicia o de la verdad de la solución adoptada por los jueces.

En el discurso general, podemos encontrarlo en las relaciones sentimentales: una persona A reclama a otra, el hecho de no realizar una acción, o no recordar algo. Entonces, la persona B, ante dicho reclamo, expresa lo requerido o realiza una acción. Sin embargo uno esperaría que la persona A quedara satisfecha, y no obstante eso, también rechaza la acción requerida, y expresa lo siguiente: ya no importa, ya no lo quiero, etc., etc.

Advertimos dos tipos de enunciados en esta acción ante el reclamo: la percepción de la persona B de que la persona A le ha exigido un enunciado declarativo. Y ante tal exigencia, B lo expresa. Sin embargo, el reclamo de la persona B, ya no es

satisfactorio porque carece de significado, luego que la acción no nació de manera voluntaria o espontánea, lo que le hace perder el significado. Así pues, la persona A esperaba un enunciado semántico, y este pierde su significado si es requerido, porque de ahí es donde reside el significado de ese enunciado, en que nazca de manera natural: si lo hiciste, es porque te lo pedí, no porque lo quisieras hacer, pues si lo hubieras querido, lo hubieras hecho sin que te lo hubiera pedido.

El Derecho pues, no son simples enunciados sintáctico o declarativos, sino que guardan un significado en un tiempo y un espacio.⁵¹² Veamos el siguiente ejemplo: en el cruce de una esquina está un símbolo de un círculo cruzado por una línea diagonal, y dentro de él, una flecha. Entiendo por esto, que está prohibido dar vuelta a la izquierda. Cuando recorro la avenida, advierto que un automóvil se detiene para dar vuelta a la izquierda, y se inicia un congestionamiento y cierto desorden. Se entiende entonces que no se colocó la prohibición de dar vuelta de manera arbitraria, sino que tiene determinado sentido. Cuando la persona realiza la maniobra prohibida es infraccionado. Diríamos que es justa la sanción porque guarda el orden e inhibe conductas que afectarán a la colectividad.

La cuestión se origina cuando ese mismo acto es realizado a las tres de la mañana, sin tráfico alguno. ¿Qué significado tiene aquí la norma? Las respuestas pueden ser varias: la psicológica, es que el bien jurídico protegido no es solamente aligerar el tráfico, el orden, el flujo etc., sino que también, es el efecto que se produce al dejar que alguien no obedezca una prohibición en determinadas circunstancias. Su efectividad depende de que se aplique en todo momento, luego que de no hacerlo así, se inician procesos viciosos y las conductas van aumentando en gravedad.⁵¹³ En efecto amerita sanción, pero está será aplicada según las circunstancias en las que se haya ejecutado. De lo contrario el Derecho deja de ser efectivo si se le condiciona a pretensiones de verdad, y no de validez.

⁵¹² Buljgin, Eugenio, Añez, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 19 y 20.

⁵¹³ Tómese el experimento de las ventanas rotas por ejemplo.

Por su parte, analíticamente, son dos cosas lo que se protege con la norma: una interna y otra externa. La primera, es la protección a la propia norma, el orden social y jurídico, a la autoridad que la emitió, al sistema etc. La segunda, es lo que se intenta proteger con la norma, como lo es, el flujo del tráfico, evitar accidentes, congestionamientos, actos de intolerancia por la ansiedad que produce etc., etc.

Si atendemos a pretensiones de corrección y de verdad, veremos que la justificación psicológica también puede ser calificada de analítica, si es comprobada en esos términos. Pero si la norma se aplica sin considerarla de manera semántica y sólo su sentido sintáctico, se pueden cometer arbitrariedades y abuso en la interpretación de la norma, como aplicar la misma sanción a quien violó tal prohibición a la hora de tráfico o a las tres de la mañana. Bajo esa idea, los operadores deben conocer qué se pretende con ese enunciado, y no sólo explicarlo de manera gramatical. En este caso, el operador (agente de tránsito), puede reprender verbalmente al infractor, haciéndole de su conocimiento la razón de reprenderlo, y también la razón para no imponerle una sanción económica: se reprende verbalmente por haber realizado una conducta que está prohibida, pero no se sanciona por no haber causado un daño. Si esa acción se realiza ante circunstancias determinadas, la sanción sería inevitable. Si se repite la conducta, aunque no se ocasione una lesión, la sanción también sería inevitable, graduando por su puesto la gravedad, porque ahora se está intencionalmente violando el bien interno.

Bajo esa razón, lo justo pues, no necesariamente depende de la corrección o verdad de la norma.

Sobre este tema, Juan Carlos Bayón, al referirse a la distinción entre normas y proposiciones normativas, nos dice que:

...el dato crucial está en que la identificación de las normas a partir de las formulaciones normativas relevantes no depende sólo de las convenciones puramente lingüísticas ("literal" u "ordinario") a dichas formulaciones. Depende además, de manera decisiva de las prácticas argumentativas o interpretativas

que aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones de dichas formulaciones.⁵¹⁴

La implicaciones de Bayón, consistentes en el papel que juega la interpretación y la argumentación sobre la decisión coincide con las afirmaciones de Wittgenstein sobre la forma en la que son utilizadas las proposiciones para formarse un concepto,⁵¹⁵ es decir, como método. Por lo que el error de apreciación no sólo es resultado del enunciado en sí, sino de la forma en la que concebimos las cosas, o en otras palabras, de la forma en la que interpretamos o argumentamos las cosas: entiéndase pues, al método que supuestamente se utiliza para arribar a una solución determinada.

2.3. Las proposiciones. Es tiempo ahora, de ver el significado de una proposición, a efecto de poder comparar su construcción, con la utilización de los conceptos de oración y enunciado.

El diccionario de la Real Academia Española nos dice que una proposición es: "...Expresión de un juicio entre dos términos, sujeto y predicado, que afirma o niega este de aquel, o incluye o excluye el primero respecto del segundo."⁵¹⁶

Irving Copi nos dice que

Las proposiciones son el material de nuestro razonamiento. Una proposición afirma que algo es (o no es) el caso; cualquier proposición puede ser afirmada o negada.

...

⁵¹⁴ Bulygin, Eugenio, Atienza, Múzuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fundación Colquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 49.

⁵¹⁵ Véase infra, "el concepto", o : Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, 1ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Alianza, España, 2014, p. 23 y 25; proposiciones: 2.063, 2.1, 2.11, 2.12, 2.13, 2.131, 2.14, 2.141, 2.15, 2.151, 2.1511, 2.1512, 2.15121, 2.1513, 2.1514 y 2.1515 respectivamente.

⁵¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, España, 2001, p. 1846.

Así las proposiciones difieren de las preguntas, de las órdenes y de las exclamaciones. Ninguna de las anteriores puede afirmar o negar algo. La verdad y la falsedad siempre se aplican a las proposiciones,...

Proposición es el término empleado para referimos a aquello para lo que las oraciones declarativas se utilizan normalmente para aseverar.⁵¹⁷

Respecto de esto, Ramón Capella nos dice que

Se llamará 'describir' o 'enunciar' a formular proposiciones susceptibles de verdad o falsedad.

Los enunciados son proposiciones susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas. No todas las proposiciones son enunciados: por una parte, es preciso que las proposiciones pertenezcan al mundo apofántico del lenguaje, el modo en que lo usamos para informar.⁵¹⁸

Bertrand Russell, no obstante que refiere la imposibilidad de establecer una definición formal de proposición, nos dice que por ésta, "entenderemos ante todo una forma verbal que expresa lo que es verdadero o falso. Y decimos <<ante todo>> par no excluir otros símbolos no verbales o incluso los meros pensamientos cuando tengan un carácter simbólico. Pero, a mi entender, la palabra <<proposición>> debe limitarse a los que, en algún sentido, pueden llamarse <<símbolos>> y, entre otros, a los que son expresión de la verdad o falsedad"⁵¹⁹

Por proposición entendemos -dice Graciela Fernández- "el contenido referencial de un enunciado, es la parte del significado declarativo que describe un estado de cosas. La proposición es una unidad semántica formal y de la lógica. Para que una proposición sea tal, debe ser susceptible de recibir un valor de verdad, ya sea verdadero o falso."⁵²⁰

⁵¹⁷ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, op. cit., p. 5 y 6.

⁵¹⁸ Capella, Juan Ramón, op. cit., p. 19.

⁵¹⁹ Russell, Bertrand, Introducción a la filosofía matemática, Traducción de Mireia Bofill. 1ª edición, Paidós, España, 1988, p. 15.

⁵²⁰ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 133.

Lewis Carroll nos dice, que "cuando una proposición está en su forma normal, nos proporciona información respecto de dos clases determinadas, que se llaman sujeto y predicado. (...) Así al sujeto y al predicado de una proposición le llamamos términos".⁵²¹

Carroll explica que la forma normal de una proposición consta de cuatro partes: signo de cantidad, nombre del sujeto, la cópula y el nombre del predicado. Luego, las proposiciones pueden ser de distintos tipos, ya sea particular: posición en I; o universal negativa: proposición en E; universal afirmativa: proposición en A. Por último refiere que las proposiciones son de dos tipos: de existencia y de relación.⁵²²

Se entiende por proposición –dice Zorrilla- el significado expresado por una oración asertiva. "Las proposiciones son los significados expresados por ciertas oraciones."⁵²³ Respecto a esto, José Antonio Arnaz, sostiene que las proposiciones sólo pueden estar contenidas o transmitidas en oración declarativas, luego que las ordenes, preguntas y exclamaciones no son verdaderas o falsas.⁵²⁴

Cabe citar las conclusiones vertidas por Alejandro Tomasini respecto de del *Tractatus* de Wittgenstein. Tomasino nos dice que una proposición, en el sentido que entiende a Wittgenstein es el signo proposicional, como un retrato, pensado y usado por el hablante, es decir, y si lo queremos representar, es como el retrato de los hechos que hace una persona. Así describir el mundo tal cual es, es retratar hechos. Sostiene que en la medida que una persona sea buena retratista, será la medida en que nuestras proposiciones sean verdaderas. "Así, en primer lugar, cuando construimos una oración y la empleamos, conscientes de lo que estamos haciendo, lo que expresamos es una proposición."⁵²⁵

⁵²¹ Carroll, Lewis, *El juego de la lógica*, Traducción de Roberto Mares, 4ª edición, Grupo Editorial Tomo, México, 2013, p. 30 y 31.

⁵²² *Ibid.*, p. 31 y 32.

⁵²³ Zorrilla, David, *op. cit.*, p. 199.

⁵²⁴ Arnaz, José Antonio, *Iniciación a los Lógica Simbólica*, 3ª edición, Trillas, México, 1989, p. 17.

⁵²⁵ Tomasini Bassols, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica*, *Civilizaciones wittgenstenianas*, 2ª edición, y 2ª edición de Plaza y Valdez editores, México, 2005, p. 18.

Tomasini nos habla de cuatro condiciones para que la proposición como retrato de un hecho sea posible:

i) en una proposición lógicamente simple, cada uno de los nombres que en ella intervienen corresponde un objeto del hecho descrito y que es lo que el nombre significa (teoría denotativa de los nombres; ii) la estructura de la proposición es la misma que la estructura del hecho (principio de isoformismo); iii) hay el mismo número de elementos en la proposición que en el hecho (principio de idéntica multiplicidad lógica); iv) hay algo en común entre la proposición y el hecho: la forma lógica.⁵²⁶

Tron Petit alude que "las proposiciones son el significado de oraciones asertivas, también conocidas como enunciados declarativos o descriptivos de una realidad fáctica."⁵²⁷

2.3.1. Proposiciones compuestas. Una proposición compuesta es aquella que se compone de dos o más proposiciones. Copi utiliza el siguiente ejemplo para explicarlo: 1) Los británicos se encontraban en la puerta de Bremen; y 2) Los británicos se encontraban en la puerta de Hamburgo. Aquí tenemos dos proposiciones, cada una puede calificarse como verdadera o falsa. La podemos convertir en una proposición compuesta de la siguiente manera: Los británicos se encontraban en la puerta de Bremen y Hamburgo. Aquí tenemos una proposición conjuntiva.⁵²⁸

3.2.2. Proposiciones disyuntivas o alternativas. Las proposiciones disyuntivas no aseveran la verdad de sus componentes: "los tribunales de distrito son útiles o no son útiles." En estas proposiciones se asevera la disyunción: una cosa o la otra.⁵²⁹

⁵²⁶ Tomasini Bassols, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica*, op. cit., p. 18.

⁵²⁷ Tron Petit, Jean Claude, *Argumentación en el amparo. Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2010, p. 14.

⁵²⁸ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, op. cit., p. 6.

⁵²⁹ Ibid.

3.2.3. Propositiones hipotéticas o condicionales. No aseveran la verdad de algo, sólo se limitan a expresar un supuesto, o a condicionarlo. El autor lo ejemplifica con: "Si Dios no existe, sería necesario inventarlo."⁵³⁰

2.3.4. Propositiones normativas. Por este concepto, entendemos a los juicios de valor y de deber⁵³¹ que aparecen en las expresiones normativas, como las normas constitucionales, que pueden calificarse como válidas, "pero no pueden mostrarse como correctas o verdaderas".⁵³²

Es necesario comprender las diferencias entre norma, proposición normativa, enunciado normativo y enunciado prescriptivo. Una proposición normativa no necesariamente se debe formular por el lenguaje, sino que puede ser a través de signos o símbolos: "hacer lo correcto" es una proposición normativa, que incluso puede estar inyectada en la conciencia de una sociedad.

Un enunciado normativo debe estar contenido dentro de un lenguaje, y expresado mediante una oración, que puede ser verdadera o falsa; mientras que un enunciado prescriptivo ordena, prohíbe o permite hacer algo.

Martínez Zorrilla explica la distinción entre norma y proposición de una forma sencilla y aparentemente clara:

...en ocasiones se usa el lenguaje no para informar o describir algo, sino para dirigir la conducta de los destinatarios de la expresión, como por ejemplo cuando se dice <<¡cierra la puerta!>> o <<prohibido fumar en las aulas>>. Lo significados de estas expresiones no pueden ser proposiciones, y que no son susceptibles de verdad o falsedad. Las normas pueden ser eficaces o

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁵³¹ Respecto de es esto el autor señala que: En el caso de los juicios de valor y de deber se hablará más bien de un trópico prescriptivo o valorativo que de un trópico imperativo. En el caso de un juicio de deber este trópico puede expresarse mediante un operador deóntico, por ejemplo, mediante el operador <<es obligatorio. En Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 77.

⁵³² Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., p. 175. Sobre este aspecto, véase también la nota a pie de página número 5, de la página 175 y 176. El autor señala que si bien desde "las diversas variantes del emotivismo y del subjetivismo

ineficaces, justas o injustas, razonables o arbitrarias, útiles o inútiles, pero no verdaderas o falsas.⁵³³

Comanducci basado en Guastini utiliza <<norma>> "para designar cualquier enunciado que constituya el sentido o significado (por cualquiera) a una disposición (o a un fragmento de disposición combinación de disposiciones o combinación de fragmentos de disposiciones)."⁵³⁴

En el apartado de los enunciados sintácticos y semánticos utilizamos un ejemplo para explicar la semántica de un enunciado prescriptivo que prohíbe una conducta. Ahora veamos el ejemplo contrario, es decir, cuando algo no está prohibido para explicar una proposición normativa.

Se puede tomar una proposición normativa como "hacer lo correcto" para ejemplificar esto: una persona decide dar vuelta en U, y causar congestión, desorden y caos en el tránsito vehicular. El agente de tránsito lo sanciona. El infractor alega que bajo el principio de prohibición lo que no está prohibido está permitido, por lo tanto, la infracción resulta ilegal e injusta.⁵³⁵ Sin embargo, si atendemos a la proposición normativa aludida, el hecho de que algo no esté prohibido no es una tautología en el sentido de que lo no prohibido está permitido, porque encuentra otra condición, que no esté prohibido y que sea correcto, conveniente, o debido a la luz de la razón, entonces será permitido.⁵³⁶ Luego, si bien la vuelta en U puede no estar prohibida, porque sería difícil que todas las conductas y las circunstancias estuvieran contempladas, ello no conlleva a justificar un acto lesivo, o a sostener que es permitido, porque existe una proposición normativa que indica que se deben evitar los hechos que afecten de manera negativa y sin fundamento la convivencia de la sociedad.

⁵³³ Martínez Zorrilla, David, op. cit., p. 200.

⁵³⁴ Comanducci, Paolo, Razonamiento jurídico, elementos para un modelo, 1ª edición, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2009, p. 30 y 31.

⁵³⁵ Hervada, Javier, Introducción a la crítica al Derecho Natural, 4ª edición, Editorial Minos III Milenio, México, 2010, pp. 72-77.

⁵³⁶ Para una mejor comprensión, véase Bulygin, Eugenio y otros, Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho, 1ª edición, Fontamara, México, 2011, pp. 11-20.

Todos los enunciados normativos son normas, pero no todas las normas son enunciados normativos; así, todos los enunciados normativos son proposiciones normativas, pero no todas las proposiciones normativas son enunciados.

Por lo que respecta a las proposiciones normativas, Martínez Zorrilla sostiene que "cuando una oración deóntica se entiende como un enunciado asertivo, se dice que estamos ante una proposición normativa."⁵³⁷ Continúa diciendo, "es una proposición, porque su significado es descriptivo, y es normativa porque lo que describe es una norma."⁵³⁸

Bulygin, al explicar la distinción central entre una proposición normativa y una norma nos dice que:

las normas son usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de (la existencia de) las normas: son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas.⁵³⁹

Bulygin concluye diciéndonos que: las normas pueden ser obedecidas o no, puede ser calificadas como justas, válidas o eficaces, pero no son ni verdaderas ni falsas, mientras que las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no prescriben nada y en consecuencia no son ni válidas ni inválidas y no pueden ser obedecidas ni violadas.

Ramón Capella al referirse a esto sostiene que:

El universo valorativo merece una atención especial. Se trata del plano desde el cual juzgamos como buenos o malos los hechos del mundo social; del plano en cuya virtud hablamos de lo justo y de lo injusto, y de lo bello, o expresamos nuestros principios morales y nuestros ideales político.

⁵³⁷ Martínez Zorrilla, David, *op. cit.*, p. 202.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Bulygin, Eugenio y otros, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fontamara, México, 2011, p. 10 y 11.

...
No se les puede aplicar las categorías de los verdaderos o lo falso aplicables en cambio a las informaciones factuales o a los enunciados formales.⁵⁴⁰

Aunque no es posible demostrar o probar valores si es posible en cambio argumentar sobre ello.

La argumentación, como operación intelectual, no persigue el hallazgo de la verdad, sino sólo la consecución del convencimiento ajeno.⁵⁴¹ La argumentación se emplea en los razonamientos en que están implicados valores, pero no sólo en este caso: también argumentamos cuando provisionalmente está fuera de nuestro alcance comprobar la verdad o falsedad de un aserto, y en cambio se precisa el acuerdo o concordancia de algún interlocutor con tal aserto. La argumentación, en el sentido en que se usa aquí la palabra, es una operación esencialmente retórica, no demostrativa en sentido pleno o universal.⁵⁴²

Robert Alexy por su parte nos dice que una proposición es lo que se dice con un enunciado, su significado.⁵⁴³ Sin embargo, esto es insuficiente para responder la cuestión de qué es una proposición. Tan lo es así, que Alexy sostiene que

Se ha subrayado que en las proposiciones normativas (juicios de valor y de deber) aparecen expresiones normativas como <<bueno>> y <<debido>> que no designan –como supone el intuicionismo– objetos, propiedades o relaciones empíricas, ni tampoco pueden reducirse –como afirma el naturalismo– a expresiones empíricas. Las proposiciones normativas no pueden por ello examinarse ni con referencia a alguna entidad no empírica, ni según el método de las ciencias empíricas.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Capella, Juan Ramón, op. cit., p. 16.

⁵⁴¹ En el apartado sobre "Convencer y Persuadir", infra, se profundiza respecto del objeto del argumento, como pretensión.

⁵⁴² Capella, Juan Ramón, op. cit., pp. 17.

⁵⁴³ Véase pie de página (1) en Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit., p. 51.

⁵⁴⁴ Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit., p. 175.

Respecto a esto, y a manera de conclusión, Alexy afirma que

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.

Pareciera ser pues, hasta antes de verificar el contenido estructural de una proposición, que no cabría debate ni confusión entre diversos conceptos. Pues se da por hecho que no puede existir una norma sin un enunciado, sin embargo, si puede existir un enunciado y una proposición normativa sin una norma.

Nota especial escribe Juan Carlos Bayón, con motivo de la distinción que realiza Bulygin entre normas y proposiciones normativas:

Si hemos de dar la razón a Eugenio Bulygin, una parte significativa de la teoría del derecho contemporánea estaría aquejada por un curioso mal. El mal sería la incapacidad de distinguir adecuadamente entre normas y proposiciones normativas, confusión de cuyos perniciosos efectos no habrían de librarse algunos de "los filósofos del derecho más importantes de nuestra época", tanto positivistas como (de cualquiera de las variedades que hoy ha llegado a ser usual distinguir entre sus filas) como no positivistas. Y lo que no deja de resultar curioso es que ese mal haya podido tener semejante capacidad de propagación y tan nocivas consecuencias, si se tiene en cuenta que, como apunta el propio Bulygin, en realidad la distinción entre normas y proposiciones normativas "parece ser clara", "casi trivial".⁵⁴⁵

Bayón incluye a Robert Alexy entre los juristas que en alguna parte de sus teorías han confundido a la norma con la proposición normativa.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 3ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 27.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 28.

Juan Ramón Capella al respecto sostiene que

ciertas formulaciones de las proposiciones normativas se pueden usar tanto para dictar normas, o sea, para prescribir, cuanto para informar acerca de normas o describirlas verdadera o falsamente. (...) Desde el punto de vista puramente sintáctico (el que atiende al vocabulario del lenguaje y a reglas de combinación), se usa una misma proposición de modos distintos: en un caso, para dictar la norma, para prescribir —en este caso la proposición expresa la norma—, y en otro para enunciar o informar acerca de la norma ya dada. Solo en el primer caso nos hallamos realmente ante un modo prescriptivo originario de usar el lenguaje.

(...)

Es importante advertir en seguida, sin embargo, que sólo en el uso en que estas proposiciones enuncian o describen normas pueden ser, como tales, proposiciones, verdaderas o falsas. En cambio, cuando se usan para dictar normas o prescribir, de tales proposiciones no se puede decir jamás que son verdaderas o falsas: sólo si están bien formadas o no.⁵⁴⁷

Bulygin afirma que "las normas son usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una terminada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de (la existencia de) las normas; son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas."⁵⁴⁸

Sin duda cabe hacer y sistematizar el análisis del concepto de proposición, a bien de no caer en el error que marca Bulygin, o en su defecto, conocer adecuadamente el error descrito, comprender los efectos que se tiene al errar en aplicar o utilizar los conceptos indiscriminadamente.

⁵⁴⁷ Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 61 y 62.

⁵⁴⁸ *Ciencia Jurídica y Constitución, Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmerán, La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*, Bulygin, Eugenio, 1ª edición, Porrúa-Facultad de Derecho, México, 2008, p. 3.

Las proposiciones normativas, nos dice Recasens, "no enuncian la realidad de unos hechos, ni el modo como efectivamente éstos acontecen, sino determinan un deber ser, es decir, prescriben una cierta conducta debida." Por su parte "las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido, ni se vaya a cumplir –puesto que es posible que haya quien infrinja la norma.⁵⁴⁹

En ese sentido, Recasens subdivide las proposiciones en artificiales e ideales, las primeras:

- a) Proposiciones de forma normativa, cuyo contenido tiene su origen en una elaboración humana –esto es, que ha sido fabricado por el hombre- por ejemplo: los preceptos de un reglamento de tránsito; y b) proposiciones normativas cuyo contenido es la pura expresión de un valor ideal, por ejemplo: los principios puros y absolutos de la moral, los primeros principios del valor de justicia.⁵⁵⁰

3. Estructura de la argumentación.

Una argumentación, como discurso no sólo contiene una ilación de enunciados conectados los unos con lo que le preceden, sino que se construye con una serie de pasos y formas, así como de métodos y técnica, como bien lo establece Perelman. Así, la estructura de la argumentación se compone de tres estructuras, una dedicada a conectar los enunciados de manera estructural y coherente; otra que se dirige a formular reglas deductivas como lo son demostrar o probar algo; y por último, aquella que se dirige a lograr que el discurso logre el objetivo de la pretensión del discursante, que puede ser una acción o el simplemente convencer o persuadir.

La argumentación es, al menos en el sentido aquí referido, la estructura aparente, carente de un examen de verdad, al menos *a priori*. La corrección de su estructura,

⁵⁴⁹ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 32ª edición, Porrúa, México 2008, p. 117

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 118.

no es en sí, la corrección o verdad de su contenido. Puede ser una estructura correctamente estructurada, válida estructuralmente y aun así, carecer de verdad.

3.1. Argumentación.

De Robert Alexy podemos ilustrarnos respecto a la argumentación como acción, y como sustancia, aquí tratamos a la argumentación como acción o mecanismo de comunicación:

Argumentación. Es indispensable establecer la distinción formal de argumentación, con la parte interna del argumento, que también se denomina argumentación, es decir, que dentro de la estructura del argumento, existe un proceso indispensable que conecta todos y cada uno de los elementos para configurar o formar un conjunto de puntos y enlaces que le dan sentido a la razón, o sea, "la estructura lógica de las razones."⁵⁵¹

A este tipo de argumentación, se considera, es al que se refiere Martín Virgilio, es decir, a la argumentación jurídica como acción, y no como sustancia: "la acción de la persuasión, con base en razones sostenidas por leyes, principios, jurisprudencia y doctrina para convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno que no reconoce, o de convencer a alguien que respete un derecho que pretende ignorar."⁵⁵²

Aquí hablamos pues, de aquella parte en la que comunicamos los argumentos, es decir, como la acción de comunicación; aquí puede radicar la eficacia para convencer o persuadir. Entendemos pues, que una argumentación jurídica, sustantivamente, es el conjunto de enunciados y de argumentos jurídicos, etc., etc., pero en el mundo del Derecho, distinto al de las ciencias naturales, no es suficiente que los argumentos estén válidamente formulados para que el auditorio los acepte.

⁵⁵¹ Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit., p. 160

⁵⁵² Braco Peraltam Martín Virgilio, Método del caso jurisprudencial, Porrúa-Anahuac, México, 2014, p. 41.

No es lo mismo decir, que <<la mujer tiene derecho a privar de la vida al producto de la concepción>>, que <<decidir de manera libre el número de hijos que quiera tener>>, de ahí que deba distinguirse a la argumentación jurídica como sustancia, y como acción.

3.2. Demostración.

Robert Alexy nos dice que: "Por demostración Perelman entiende la deducción lógica. Dentro de un cálculo lógico, una prueba consiste en deducir una fórmula a partir de los axiomas, de acuerdo con reglas de inferencia establecidas. Tal prueba es o no correcta, independientemente del acuerdo de cualquier auditorio."⁵⁵³

Perelman sostiene que: "cuando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar qué procedimiento permiten que esta proposición ser la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporciona quien ha construido el sistema axiomático en el interior del cual se efectúa la demostración."⁵⁵⁴

Es una demostración formal, -afirma el mismo autor- se parte de los axiomas para llegar a los teoremas. Existe, pues, un orden. Pero su importancia es limitada, porque las variantes son estrictamente equivalente. Poco importa, en efecto, el orden, en que se presentan los axiomas, así como la sucesión de las etapas, con tal que se pueda recorrer cada una de ellas al aplicar las reglas de inferencia adoptadas.⁵⁵⁵ [...]

Es una demostración, se da todo, ya se trate de un sistema hipotético-deductivo, ya proporcione los axiomas la intuición racional sensible. En la argumentación, puede enriquecerse; pero, por lo demás, sigue siendo precarias y varía la intensidad con lo que se adhiere el oyente a ellos. Por tanto el orden de los argumentos, lo dictará en gran parte, el deseo de poner

⁵⁵³Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 159.

⁵⁵⁴Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 48

⁵⁵⁵ibid., p. 741.

relieve a premisas nuevas, de presentar ciertos elementos y de obtener ciertos compromisos por parte del interlocutor.⁵⁶⁶

Ribeiro Toral al analizar a Perelman sostiene que la definición propuesta para la nueva retórica, es acotada por cuatro observaciones, una de las cuales, es la demostración, a esto explica que:

El problema de la demostración es abordado de manera diferente por la lógica formal y por la retórica. Así, en la primera, la demostración es persuasiva en exceso si, y solo si, se admite la veracidad de las premisas, esto es, si acepto la verdad de las premisas, la veracidad de la conclusión es correcta, por lo que la demostración es verdadera. Por otra parte, la nueva retórica considera que cuando un vocablo puede ser entendido desde diversos significados surge el problema de elegir entre varios posibles. Lo anterior es imposible en la lógica formal ya que ella presupone que el significado de la proposición es denotativo, pero si reconocemos que una de las características del signo lingüísticos es la de ser polisémico, nos encontramos que el problema radica en elegir uno u otro significado posible del signo. Por lo tanto, elegir un significado de los muchos posibles significa dar las razones de esa elección, significa argumentar en favor de un sentido y argumentar por qué se desprecia los otros sentidos posibles. La adhesión que se busca, pues, es la adhesión a la elección de un sentido peculiar y no de otro sentido.⁵⁶⁷

Entendemos a la demostración, como un tránsito deductivo entre las premisas y la conclusión, por lo que de no se debe confundir con la comprobación, luego que éste término está referido a los enunciados empíricos.

Para que pueda hablarse de demostración, la conclusión debe deducirse o inferirse necesariamente de los enunciados utilizados como premisas, de lo contrario, si

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 743.

⁵⁶⁷ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación Jurídica*, 3ª edición, Porrúa- Tribunal de los Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 180.

alguna garantía, como lo explica Toulmin, requiere de un respaldo, estaríamos hablando del verbo <<probar>>.

3. Persuadir y convencer.

Cada auditorio tiene particularidades especiales con la. que puede ser influenciado.⁵⁵⁸ El buen argumento debe tener en cuenta los datos que se tengan disponibles, porque incluso, el intelecto soberbio y altivo que se preconditiona para no escuchar y pretender no dejarse influenciar por el romanticismo o el sentimentalismo de un caso, sucumbe y a su vez se condiciona a una forma determinada de argumento. Ante esto, sólo cabe concluir que el orador al argumentar, debe adaptarse al auditorio. Si cabe decirlo, tendrá que adaptar su discurso al juez o a la mayoría de jueces⁵⁵⁹ para alcanzar una adhesión suficiente que le permite tender una solución favorable a sus pretensiones.

Cuando una persona influye en la decisión de alguien, o en su conducta, se produce en el influenciado una suerte de adhesión respecto del argumento planteado; ya sea porque lo convence o persuade. Sin embargo, una persona puede estar convencido de la validez formal de un argumento, pero aun así, se decanta por una decisión contraria, o bien con algunas variables respecto de la adoptada en un principio. También puede suceder que una persona haya sido persuadida respecto de una decisión, pero no esté convencida respecto de ella. De esto se derivan una serie de cuestiones que analiza el autor dentro del proceso de argumentación.

Un niño por ejemplo, puede estar convencido de que algo no es bueno, y aun así realizar esa conducta. Un Juez, puede estar convencido de que alguien es culpable, y aun así decretar su libertad. Incluso, un juez puede estar convencido de la inocencia de alguien, y a pesar de ello, privarlo de su libertad.

⁵⁵⁸ Véase el condicionamiento del auditorio en: Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 60.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 61-64.

¿Qué influye para que un juez, determine la culpabilidad de alguien cuando no existe la certeza de ello? ¿Qué no está obligado a verificar la culpabilidad fuera de toda duda razonable? ¿Por qué entonces sucede todo lo contrario?

Por persuadir se entiende seducir el pensamiento. Pensées Pascal –citado por Perelman- nos dice “que al autómatas es a quien se persuade, y se entiende por autómatas el cuerpo, la imaginación, el sentimiento, en un palabra, todo lo que no es en absoluto la razón.”⁵⁶⁰

Una persona, por ejemplo, sabe que mentir es malo, y puede estar convencido de ello, pero no obstante ello, estará persuadido a mentirle a su hijo que padece cáncer. Un juez, que conoce las deficiencias de investigación de las autoridades, está persuadido, y dejará a una persona en la cárcel, ante el temor de dejar a un culpable en libertad, no obstante que no esté convencido de su culpabilidad.

A pesar de los ejemplos anteriores, Perelman se distancia de ellos y sostiene que: “nosotros, nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón.”⁵⁶¹ Respecto de este punto, se tratará en un apartado especial, en el que se verificarán las posturas de diversos autores.

Sin importar la conclusión a la que se arribe, una postura debe ser siempre válida: para que alguien tome una decisión, existen datos objetivos y subjetivos que influyen en la solución que se adopte; la que dependerá, necesariamente del cúmulo de intereses que estén en juego. Si no existe interés alguno en la persona que decide, la razón será suficiente para unos casos, y en otros, se pueden utilizar los términos como, “es necesario” o “es conveniente”. La razón puede admitir distintas modalidades, porque esta se configura en atendiendo a un espacio y un tiempo determinado. Si alguien nos dice, que si es correcto que dos personas mayores de edad que se aman, estén juntas, no dudariamos en sostener que sí. Pero si al terminar dicho enunciado, se nos dice que el hecho de que estas personas decidan

⁵⁶⁰Pascal, Pensées, 47P (195). <<Bibl. De la Pleiade>>, pág. 961 (nº 252, ed. Brunschwig); citado por Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 66.

⁵⁶¹Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., op. cit., p. 67.

estar juntas desataría la guerra de Troya, entonces nuestra decisión comienza a matizarse.

Como puede advertirse, "lo que es necesario" y "lo que es conveniente", resultan ser trascendentales al momento de persuadir a alguien.

Es necesario utilizar otro ejemplo, para verificar que en efecto existe una etapa de demostración racional y otra persuasiva, pero que influye en todo ente racional. En el año dos mil antes de nuestra era, Dos hombres discuten sobre la forma de la tierra. Uno sostiene que la tierra tiene forma de esfera, y otro sostiene que es plana. El que sostiene que la tierra es plana sostiene que de no ser plana, los hombres caerían al abismo, y pone de ejemplo una montaña inclinada en la que un hombre se para en el precipicio. El otro por su parte, sostiene que la tierra es redonda, porque sostener lo contrario, sería como afirmar que un hombre está sosteniendo a la tierra, lo que es inconcebibles. ¿Quién es de ellos tiene razón? Si analizamos lo que es la razón, definitivamente el hombre que sostiene que la tierra es plana, la tiene, analizado en aquel tiempo y espacio. Por otra parte, el hombre que sostenía que la tierra era redonda, con el argumento utilizado, no tiene la razón ni en aquel tiempo y ahora.

La razón convence de que la tierra es plana, al menos en ese momento. Atendiendo a esto, le daríamos la razón a Perelman, de que la persuasión sirve para un auditorio particular, pero el convencimiento supone la adhesión de todo ente de razón, de un auditorio universal.

Un auditorio universal supone una razón compleja pero más completa. Un auditorio integral, cargado con un mayor grado de raciocinio. Por supuesto que nos referimos al auditorio universal que refiere Perelman, el que leerá al filósofo.⁵⁶²

Pero la cuestión a resolver es si un órgano jurisdiccional puede utilizar las modalidades de "es necesario" o de si "es debido". La respuesta es que el uso de estas modalidades está reservado a la colectividad, es decir, a los representantes políticos, por lo que los primeros se deben limitar a lo que la sociedad les permite

⁵⁶² *Ibid.*, p. 71-78.

decidir. Un claro ejemplo de esto es el arraigo: la autoridades sostienen que por el desarrollo que se tiene y los obstáculos reales, es necesario el arraigo, y algunos ministros sostienen que en razón a la experiencia(a la realidad histórica) y la multitud de violaciones a los derechos humanos cometidos por la autoridad, no es conveniente; pero la mayoría resolvió con base en la función del sistema, es decir, en la corrección de las proposiciones, pero sometidas a un sistema previamente diseñado, es decir, a los límites del discurso jurídico.

Irving Copi nos dice que "en ocasiones, apelar a las emociones o a la autoridad resulta más persuasivo que apelar a los argumentos lógicos y en algunos contextos tales apelaciones pueden ser apropiadas."⁵⁶³

La argumentación, como operación intelectual, no persigue el hallazgo de la verdad, sino sólo la consecución del convencimiento ajeno. La argumentación se emplea en los razonamientos en que están implicados valores, pero no sólo en este caso: también argumentamos cuando provisionalmente está fuera de nuestro alcance comprobar la verdad o falsedad de un aserto, y en cambio se precisa el acuerdo o concordancia de algún interlocutor con tal aserto. La argumentación, en el sentido en que se usa aquí la palabra, es una operación esencialmente retórica, no demostrativa en sentido pleno o universal.⁵⁶⁴

Taruffo al analizar la prueba y sus efectos arguye que:

Está también difundida la opinión de que la prueba no tiene una función en sentido lato <<cognocitiva>> sino <<argumentativa>>: estos es, no se situaría en la dimensión <<lógica>> del fundamento racional de las hipótesis sobre el hecho, sino en la muy distinta dimensión <<retórica>> de la argumentación dirigida a convencer a alguien (en el supuesto de hecho, al juez) para que considere el hecho como existente. En resumen, la prueba no sería un

⁵⁶³ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, 2ª edición, Limusa, México, 2013, p. 5.

⁵⁶⁴ Capella, Juan Ramón, *op. cit.*, pp. 17.

instrumento para conocer racionalmente algo, sino un argumento persuasivo dirigido a hacer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión.⁵⁶⁵

Perelman sostiene que: "Para aquel que se preocupa por el resultado, persuadir es más que convencer, al ser la convicción la primera fase que induce a la acción." ... "En cambio para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir."⁵⁶⁶

El objetivo, el fin y el objeto es distinto cuando se trata de persuadir y de convencer, porque las reglas llegar a ser distantes de unas y otras, así como el auditorio a quien va dirigido el discurso:

Con el concepto de auditorio universal se vinculan otras dos importantes distinciones: la que existe entre persuadir (*persuader*) y convencer (*concaindre*), o bien, entre argumento eficaz (*efficace*) y válido (*valable*). Quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el del auditorio universal, quiere convencer.⁵⁶⁷

La Real Academia Española define persuadir de la siguiente manera: "Introducir, mover, obligar a alguien con razones a creer algo o hacer algo."⁵⁶⁸

Ribeiro Toral, al estudiar a Perelman, define a la Nueva Retórica de este autor, acotándola a cuatro observaciones, una de ellas, respecto a su objeto:

La retórica trata de persuadir por medio del discurso. Esto significa que se deja de lado el concepto de experiencia para lograr la adhesión a una proposición. No hay pues, relación entre proposición derivada de la experiencia y proposición sin referente. Al decir de Perelman, es "verdad que la experiencia no puede bastar para adherirse al enunciado de un hecho sin acuerdo previo sobre el sentido de las palabras utilizadas en el enunciado.

⁵⁶⁵ Taruffo Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2ª edición, Madrid, España, 2005, p. 349 y 350.

⁵⁶⁶ Perelman, Ch, y Olbrechts Tyteca, L., *op. cit.*, p. 65 y 66.

⁵⁶⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁶⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, Tomo II, Real Academia Española, España, 2001, p. 1740.

Cuando se discute sobre el sentido de las palabras, para obtener un acuerdo a este respecto es indispensable recurrir a la retórica en sentido amplio, que engloba los tópicos y la dialéctica, las técnicas propias del debate y la controversia.⁵⁶⁹ Esto significa que la retórica centre su esfuerzo en el conocimiento del discurso y no en el conocimiento del hecho (experiencia), porque independientemente de la existencia de este, el acuerdo tendrá que ver con la adhesión al sentido de las palabras que lo nombran y no al referente factico. Así mismo, el autor rechaza la violencia y las "caricias" como parte de la retórica, pero reconoce la imposibilidad de eliminar las "amenazas" y las "promesas" dado que ésta utiliza al lenguaje como instrumento para obtener la adhesión.⁵⁷⁰

Los elementos para lograr la convicción son pues, distintos, de aquellos utilizados para lograr la convicción. Un enunciado prescriptivo convence, mientras que un enunciado empírico persuade de que la relación del elemento hipotético con el elemento factico guardan la correcta relación de la realidad.

El enunciado que describe al elefante se ve perfeccionada en el mundo del sujeto cuando momentos después se le presenta frente a él al elefante. Entonces, la descripción lo convence de lo que es un elefante, pero la experiencia, por ejemplo, lo persuade de que la descripción corresponde con su realidad, por supuesto, siempre y cuando, la descripción no esté alejada de la realidad que él se planteó al proyectar la imagen del elefante.

⁵⁶⁹ Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 139, en: Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª edición, Porrúa- Tribunal de los Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012, p. 180.

⁵⁷⁰ Ribeiro Toral, Gerardo, *op. cit.*, p. 180.

CAPITULO III

PERSPECTIVAS TEÓRICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*.⁵⁷¹ Cabe, antes que todo, transcribir el pensamiento de Eduardo García de Enterría sobre esta obra:

Pero con ser todo este planteamiento de una penetración y seducción verdaderamente excepcionales, tanto que hacen de este libro uno de los más brillantes que personalmente conozco de la literatura jurídica de todos los tiempos, sería un error identificar la suerte de esta obra con la de toda esa construcción, en la que es seguramente visible el esteticismo historicista de la mejor escuela científica germánica sobre las ciencias del espíritu. En último extremo podría hasta llegar a sacrificarse toda esta penetrante y bellísima formulación, y siempre quedar en pie la aportación conceptual y sistemática central de esta obra, esto es, que la ciencia jurídica ha sido, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reducible –frente a ingenuos intentos, siempre fallidos– al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas.

...por tónica ha de entenderse aquí, como el autor precisa, la <<techné del pensamiento de problemas>>, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde lo que poder deducir con resolución,

⁵⁷¹ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007.

sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia.⁵⁷²

La intención de este apartado no es un estudio de fondo ni muchos menos crítico del trabajo del autor, pues ni el intelecto, ni la capacidad ni la instrucción me alcanzan para ello. El objetivo es trazar una línea de elementos que me permita entender el diseño estructural de la argumentación jurídica según Viehweg.

Partiremos pues, por considerar que cualquier aportación conceptual y sistemática define, por una parte, un elemento, y por otra, puede o construye (descubre y describe) una estructura funcional del sistema que se analiza.⁵⁷³

El párrafo anterior, tiene una clara intención de condicionamiento, consistente en no dejarse, a su vez, condicionarse por la opinión de García Enterría,⁵⁷⁴ al dar valor a enunciados y proposiciones y que carecen de todo valor esquemático y funcional. Cuando existe legitimación en el autor como destinatario de un valor de autoridad, los lectores tendemos a asignarle valores y tributos a enunciados que no lo tienen, ya sea porque se introdujeron por la inercia de la redacción, o porque simplemente debía de llenar un espacio en un párrafo determinado.

Para que el lector le encuentre sentido a mis palabras, me permito transcribir lo que Manuel Atienza opina, en un primer plano, de la obra de Viehweg:

El libro de Viehweg conoció un gran éxito en la teoría del derecho de la Europa continental, y se convirtió desde entonces en uno de los centros de atención de la polémica en torno al denominado método jurídico. En relación con las muchas discusiones que desde entonces se han sucedido –sobre todo, como

⁵⁷² Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007, p. 14 y 16: parte del prólogo a la primera edición española escrito por Eduardo García de Enterría, pp. 11 a 22.

⁵⁷³ Respecto a esto, Manuel Atienza sostiene que: "Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál es su objeto, el método y la función de la misma. En: *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 203 y 204.

⁵⁷⁴ Utilizo la misma técnica de Toulmin para evitar construir juicios o prejuizar cualquier objeto, en virtud de que las opiniones emitidas por autores contienen cargas de asociaciones que pueden influir en errores o aciertos sin tener evidencia de ellos. Véase: Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 24.

es lógico, en Alemania- entre partidarios y detractores de la lógica, cabe decir que el debate se ha planteado en general en términos no muy claros, debido en gran medida al carácter esquemático e impreciso de la fundacional de Viehweg (sic).⁵⁷⁵

1.1. La tópica.

Entendemos a la tópica, como aquel lugar de donde se extrae el material para la demostración,⁵⁷⁶ es decir, la tópica es esa esfera donde residen los conceptos o donde se forman los conceptos del mundo de las cosas, que sirven como guías o hilos conductores.⁵⁷⁷ Es una búsqueda incesante de premisas.⁵⁷⁸

Luego de esta serie de enunciados, y como se dijo en párrafos precedentes, el objetivo de este trabajo no es un estudio minucioso de la obra Viehweg, para tal cosa, puede consultarse al mismo Atienza, o bien, para más profundidad, la obra de Juan Antonio García Amado.⁵⁷⁹ El objeto de estudio será la identificación de la serie de enunciados y proposiciones en que se sustente el pensamiento del autor.

Viehweg nos dice que "el punto más importante en el examen de (1) la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de un técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema."⁵⁸⁰ (2)"La tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión. (3)Es por lo tanto una técnica del pensamiento problemático."⁵⁸¹ (4)"La tópica, hoy casi desconocida, era justamente el almacén de previsiones de este mundo espiritual."⁵⁸² (5)"La tópica, no sólo proporciona un determinado modo de

⁵⁷⁵ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, 1ª edición, UNAM, México, 2013, p. 29.

⁵⁷⁶ Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007, p. 49.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁷⁹ García Amado, Juan Antonio, *Teoría de la Tópica Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

⁵⁸⁰ Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, op. cit., p. 55.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 56.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 64.

entenderla vida o el arte, sino que incluso, ayudan a construirlo."⁵⁸³ (6) "La tópica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la inventio es primaria y la conclusio es secundaria. (7) La tópica señala cómo se encuentran las premisas; (<8) la lógica las recibe y trabaja con ellas."⁵⁸⁴ (9) "El calificativo de las conclusiones es una claro indicio del espíritu a que sirven."⁵⁸⁵ (10) "Las premisas fundamentales se legitiman, por aceptación del interlocutor; (11) uno se orienta por la efectiva o posible oposición de su adversario; (12) lo que ha sido aceptado, siempre y en todas partes, se considera como fijado, como indiscutido, y por lo menos en este ámbito, como evidente."⁵⁸⁶ (13) "El tejido jurídico... no es un sistema en sentido lógico. (14) Es más bien una indefinida pluralidad de sistemas."⁵⁸⁷ (15) "La pluralidad de sistemas produce colisiones." (16) "La interpretación hace que los sistemas concuerden."⁵⁸⁸ (17) "El centro de gravedad de la operación radica claramente, de modo predominante, en la interpretación en sentido lato, (<18) y por ello, en la invención."⁵⁸⁹ (19) Los conceptos son partes de una estructura llamada jurisprudencia; y (20) "cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia."⁵⁹⁰ (21) La tópica transforma los conceptos para evitar imposibilidades lógicas; (22) "cada concepto particular se enlaza, a través de la cuestión de la justicia, con verdades de Derecho natural."⁵⁹¹

Ésta es la estructura del pensamiento de Viehweg: estructuras subyacentes, atribución de funciones y concepción de ciertas figuras, que para algunos constituye una teoría, para otros, como Atienza, el descubrimiento de un campo para la investigación.⁵⁹² El contenido restante de la obra es una descripción de estructuras mentales de orígenes remotos, instintivos, formaciones de reglas de inferencia

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 138.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pp. 138 y 139.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 159.

⁵⁹¹ *Ibid.*, pp. 160 y 161.

⁵⁹² Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, 1ª edición, UNAM, México, 2013, p. 43.

basadas en un proceso lógico o racional, sin que se alcance a advertir la injerencia de alguna regla de carácter jurídico.

Una estructura subyacente se forma con las estructuras mentales, con las concepciones originarias de las cosas, y con la atribución de funciones que le asignamos a cada concepto o a cada figura de manera simultánea a la lógica y al raciocinio, ya sea que se base en normas sociales, religiosas o jurídicas etc.⁵⁹³

No es momento de describir los conceptos citados, cuestión que se tratará más adelante, pero sí cabe decir, que una estructura subyacente o tópica, funciona y se manifiesta, por ejemplo, cuando un juez se hace sabedor que a cierta persona le asiste la razón, pero procesalmente ha sido impreciso, equivoco o incapaz de argumentar o incluso de ni siquiera manifestare respecto de las desigualdades o desventajas procesales suscitadas en el juicio etc., o bien, porque descubre que alguna norma, aparentemente funcional en sentido lógico, produce acciones erráticas o disfuncionales en un caso particular, entonces utiliza un lugar común o uno excepcional para solucionarlo. Estas estructuras o formas de pensamiento, por ejemplo, son repetidas en ciertas ramas del Derecho, y en otras permitidas, como lo son la suplencia en la deficiencia de la queja; o bien, los jueces las introducen a través de la interpretación. Algunas, por supuesto, se refieren a cuestiones respecto de la función de la figura o la estructura que se analiza, como veremos más adelante, otras, son invenciones propias para lograr el contenido del Derecho justo, o del concepto que se tiene de éste, como veremos a continuación; no obstante que estas acciones pudieran contravenir el fundamento lógico-dialéctico en el que se sustenta el proceso jurídico.

En ciertas ocasiones, la figura jurídica lógica,⁵⁹⁴ impide el funcionamiento de algo o imposibilita su configuración, y entonces, la estructura subyacente (los lugares cuantitativos o cualitativos), a través de la interpretación, posibilita la función nueva

⁵⁹³ La tópica, contrario a lo que dice el autor, si funciona en sentido lógico, atendiendo al discurso práctico racional, le podemos llamar estructura subyacente del sistema lógico jurídico.

⁵⁹⁴ Véase la forma lógica de la representación, o la formación de figuras en el sentido que se explica en: Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Lógicos-Philosophicus*; Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1922.

para preservar o posibilitar, también, un acceso a la función formal y material que debe de cumplir la figura que se analiza. En el sistema jurídico mexicano se pueden encontrar varios ejemplos de estos: la suspensión positiva en el amparo, cuando su simple concesión extingue el análisis de fondo, y no obstante ello, se concede, porque al amparo poco o nada le debe interesar el proceso integral ni la obstaculización procesal, al menos no en el nuevo amparo mexicano,⁵⁹⁵ sino la potencialización y maximización de la protección de los derechos constitucionales, sea por la vía incidental o por la vía definitiva, porque se prefiere un mal pasajero a un mal duradero.⁵⁹⁶ Otra manifestación tópica se advierte en la interpretación realizada por la Suprema Corte de la figura del matrimonio, luego que la solución lógica-jurídica, incluso normativa, prescribe la expulsión de una norma del sistema jurídico cuando sea calificada de inconstitucional; sin embargo, su expulsión configuraba (representaba) un daño mayor, en tanto que no sólo eliminaba la norma, sino también eliminaba la figura del matrimonio. Luego, mediante una interpretación se logró concordar el sistema de normas, tal y como lo refiere Viehweg, y a lo que hoy se llama o califican como sentencias o interpretaciones aditivas, manipulativas⁵⁹⁷ etc., que atendiendo al caso particular se le denomina interpretación conforme, que no es más que la consecuencia de la invención, o como la llama el autor, de la tópica

No debe perderse de vista que estas interpretaciones como tal, se originan en una estructura subyacente que se introduce, aunque parezca contrario a lo que sostiene Viehweg, de manera lógica y racional, en tanto que si bien se ha creado un sistema

⁵⁹⁵ Con esto me refiero a que en ocasiones, para preservar o garantizar la efectividad de una figura jurídica el legislador se inclina por instituciones ciertamente limitadas dentro de un universo de posibilidades, dejando, en ocasiones, a un lado, o bien desvirtuando la naturaleza jurídica de determinadas figuras, al darle prioridad al control político y a la concentración del poder en el órgano legislativo, aludiendo a cuestiones de federalismo o de simple democracia, como se puede apreciar con el principio de relatividad de la sentencias de amparo (fórmula de Otero), el principio de definitividad y la suspensión positiva hasta antes de la ley de amparo vigente.

⁵⁹⁶ Perelman, CH., y Dibrechts-Tytska, L., Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989, p. 148

⁵⁹⁷ Véase a Díaz Revorio, F., Javier, Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional, Porrúa, IMDC, México, 2011; y Figueroa Mejía, Giovanni A., Las Sentencias Constitucionales Atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana, Porrúa-IMDC, México, 2011.

lógico de normas, éstas no están exentas del error,⁵⁹⁸ y ante ello, una estructura lógica subyacente, como lo es la interpretación, sea el calificativo que se le asigne, debe reconfigurar la estructura analizada para remediar, arreglar o enmendar el sistema para mantenerlo en un adecuado y debido funcionamiento lógico.

1.2. Clasificación de las proposiciones.

Cabe advertir, que únicamente se tomaron en cuenta las proposiciones por su importancia, en el sentido que las Ordena Wittgenstein, y se dejan a un lado los comentarios o justificaciones a las proposiciones. Luego que a este trabajo no le interesen los enunciados demostrativos en la justificación de las proposiciones principales de Viehweg.

Si clasificamos las proposiciones de Viehweg, veremos que algunas contienen elementos que las hacen sustancialmente idénticas, lo que reduce así el número de proposiciones de 22 a 17. Esto, se puede hacer con la totalidad de la obra y en una operación lógica pudiéramos advertir cuántas proposiciones reales contiene el pensamiento del autor. Después de ello, se clasifican los enunciados demostrativos, y una vez esto, los enunciados interpretativos, a efecto de verificar el contenido de cada una de las premisas, al menos en la esfera lógica-teórica. El resto del contenido de la obra puede consistir en oraciones accesorias, auxiliares, de comprensión, explicativas etc. Pero que no aportan más sustancia a la estructura del pensamiento, sino que se reducen a clasificar, concretizar o bien a vulgarizar una proposición, a efecto de que se entienda su sentido, y evitar los problemas comunes del lenguaje.

Las proposiciones, para su estudio, que se fusionan por identidad de elementos o que se repiten son: a) 1 y 3; b) 2, 4, 5 y 9; c) 6 y 7; d) 10, 11, 12 y 21; e) 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19; f) 20 y 22. Así, la a) queda en: la tópica es una técnica del pensamiento problemático. El b) en: suministra datos (es un precedente) almacena

⁵⁹⁸ Se puede utilizar la frase de Perelman para justificar a los lugares de la cualidad dentro de la tópica: Hasta los jefes pueden equivocarse. En Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 154.

previsiones (precedentes de la acción futura), si suministra, por lógica, funciona como almacén; el precedente hace comprensible la situación y determina (guía) la acción posterior; la acción posterior (conclusión) identifica al espíritu al que pertenecen [identifica el pensamiento y su estructura (identifica el pensamiento precedente)]; en síntesis: es la acción precedente, base de la acción posterior. El c) en: el pensamiento se estructura, es decir, se forma por un origen que puede ser remoto, intuitivo, etc. La d) en: a las premisas se les añade al interlocutor y se obtiene la legitimación; a la premisa se le añade la oposición del interlocutor y algo se fija y se hace evidente, para fusionar o transformar la idea originaria (es la fusión de las premisas del emisor y del interlocutor. La e) en: cualquier relación jurídica existe en una pluralidad de sistemas indefinidos que coalicionan por consecuencia lógica; la interpretación reestructura los sistemas para configurarlos (reconfigurarlos o inventarlos= tópica) como engranes de un mega sistema funcional llamada jurisprudencia, en síntesis, es una estructura subyacente entre las estructuras o sistemas, que funciona como línea de ensamblaje pero el pensamiento es como un «spiral y no lineal. Y la f) 20 y 22 la base el funcionamiento es el orden natural o la justicia.

Estas seis proposiciones son las que cuentan con mayor número, a su vez, de comentarios o justificaciones durante toda la obra. De estas, la proposición a) forma un concepto: nos dice qué es. La proposición b), la más complicada, asigna una función: algo construye una acción (pensamiento) precedente,³⁹⁹ base de la acción posterior. La tercera proposición, la c) nos dice que el pensamiento se estructura, es decir, se forma por un origen que puede ser remoto, conocido o desconocido. Nos dice como se interrelaciona con otras estructuras del pensamiento. La proposición d) nos dice como se obtiene. La proposición e) nos dice cómo se materializa o manifiesta: cómo opera materialmente; la tópica es la invención que se introduce como interpretación para resolver el problema fijado. La proposición f) Nos dice que tiene un origen predeterminado (bajo un concepto de

³⁹⁹ El precedente funciona como un molde flexible, que al suministrar los datos contenidos en él y al procesar nuevo datos, adquiere una forma posterior, pero siempre como producto del precedente.

justicia y el orden natural que se tenga), lo que da cuenta de estructuras con un origen remoto o intuitivo (instintivo).

CH. PERELMAN Y L. OLBRECHT-TYTECA

2. Algunas posiciones del Tratado de la argumentación; la nueva retórica.

Esta obra contiene un análisis extenso de la argumentación, por lo que aquí sólo se estudiarán aquellas posiciones que tengan relación y conexión con el sentido de este trabajo. Como en las otras obras que se estudian aquí, no se tiene el objetivo de describirla, sino de entenderla y en la medida de lo posible explicarla. Si se logra el primer objetivo, habré avanzado de manera significativa. Por ello, sólo se analizarán ciertos temas que resultan de gran relevancia para la construcción de un argumento y la forma de transmitirlo, en el entendido de que la mayoría de las cuestiones tratadas en su obra, están contenidas y verificadas con un mayor grado de análisis en la obra de Robert Alexy.

Como lo dice Robert Alexy, Perelman trata de mostrar que además de la "comprobación empírica y la deducción lógica existen aún toda una serie de posibilidades de argumentación y fundamentación racional."⁶⁰⁰ Es esto último en lo que este trabajo se enfocará.

A la forma de construir el razonamiento, de persuadir y de convencer, la preceden condicionamientos, luego que esta forma de hacerlo, como lo dice el autor, puede estudiarse desde la rama psicológica.⁶⁰¹

Aquel que reconoce el condicionamiento inicial como fuente de las decisiones, y como mecanismo de influencia, conoce y desarrolla las técnicas de persuadir y convencer, entendiendo que ahí reside gran parte de las estructuras que construirán inconscientemente las formas lógicas y de razonamiento respecto de juicios de

⁶⁰⁰ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 156 y 157.

⁶⁰¹ Perelman, CH., y Olbrecht-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 41.

valor, como los que se utilizan en la moral de la sociedad y en el razonamiento constitucional.

El autor nos dice que

Uno de los factores esenciales de la propaganda –tal como se ha desarrollado sobre todo en el siglo XX, pero cuyo uso era muy conocido desde la antigüedad y que ha aprovechado con un arte incomparable la iglesia católica- es el condicionamiento del auditorio mediante numerosas y variadas técnicas que utilizan todo lo que puede influir en el comportamiento humano. Estas técnicas ejercen un efecto innegable para preparar al auditorio, para hacerlo más accesible a los argumentos que se le presentarán.⁸⁰²

Considero, con todo el riesgo de equivocarme, que la teoría de Perelman se funda necesariamente en un determinismo estructural, luego que de no existir, su teoría no tiene fundamento válido alguno, en tanto que la persuasión y la convicción requieren del condicionamiento del auditorio, o bien, de aprovechar de dicho condicionamiento para lograr la pretensión que se persigue.

Si alguien, por ejemplo, pretende vender algún producto, debe conocer su mercado (su auditorio). Cuando cualquier vendedor utiliza enunciados expresando su pretensión, y la persona no reconoce un interés directo e inmediato en la pretensión, tiende a rechazarla. Si por el contrario la reconoce, tiende de manera directa a prestar atención a la pretensión.

Una persona A está en su casa arreglando unos muebles, cuando se da cuenta que requiere de clavos para continuar. Una persona B toca a la puerta de la casa de la persona S y expresa: ¡Buenos días! ¿Compra clavos? La persona A inmediatamente prestará atención a la pretensión expresada. Aquí existe una relación directa y un condicionamiento previo que debidamente aprovechado dejará satisfecho la pretensión del vendedor.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 40.

Sin embargo, cuando esto no existe, el vendedor (el orador), debe encontrar el condicionamiento, introduciendo preguntas para poder identificarlos, si se quiere, bajo el método socrático. En los últimos años en los comerciales de televisión, se han percatado de este condicionamiento,⁶⁰³ y ha estado haciendo uso de estas técnicas para vender cualquier variedad de productos, a un mercado (auditorio), incluso, mucho más grande que al que debería interesarle la pretensión.

Así, la persuasión y el convencimiento parten de un condicionamiento, en muchos casos, plenamente identificable, como la venta de productos; en otros más complicado, por lo remoto de su inicio, como los juicios de valor y el razonamiento constitucional.

2.1. El proceso de argumentación.

Dentro de este punto, se tratarán una serie de proposición establecidas por el autor que facilitan la comprensión y el diseño de la estructura argumentativa y de ciertos pensamientos del autor.

Cabe hacer ciertas advertencias. Para efectos de entender la retórica de Perelman, y que de ninguna manera se pueda confundir con aquel término que se utiliza de manera despectiva para referir cuando una persona intenta convencer únicamente con el romanticismo, la elocuencia y la estética de la palabra, como persuadir a un auditorio, que seducir a su pareja, es necesario, al menos, que cualquier oyente acuda a la parte introductoria de la obra del autor, para que se entienda, que esta no es la retórica que repudió platón.

A este respecto el autor refiere que no es la retórica que se encarga de vulgarizar y seducir a un auditorio cualquiera la que estudia y expone en su tratado. *J* nos dice: "en lo que a nosotros se refiere, no queremos reducir el estudio de la argumentación a lo que se adapta a un público de ignorantes. Ese aspecto de la retórica explica

⁶⁰³ Véase, supra: "Hausary y la mente moral".

que Platón la haya atacado ferozmente en el Gorgias y que haya favorecido su decadencia en la opinión filosófica.⁶⁰⁴

2.1.1. Demostración y argumentación (Plano argumentativo). Por plano argumentativo, entenderemos al establecimiento o reconocimiento del ambiente y de los sujetos ante los que se planteará un argumento, o una argumentación.

Comenzaremos por establecer como primera regla del discurso, que "...toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual."⁶⁰⁵ Una persona, cualquier que sea, cuando formula una proposición, también formula una pretensión. Y espera que los receptores de adhieran, y que se pueda producir una conducta determinada. Cuando alguien demanda la prescripción de un inmueble, pretende que el auditorio,⁶⁰⁶ que en este primer paso es la otra parte, se adhiera a él. Lo mismo sucede cuando usted formula lo siguiente: hola, ¿Cómo estás? En este caso, se debe analizar el contexto en el que se formula la pregunta, porque la pretensión puede ser diferente. En el caso que ocurre de manera cotidiana, la persona si pretende que se adhieran a algo; por ejemplo, el sentido de lo primero es una fórmula de cortesía, que pretende que la otra se adhiera a ella, respondiendo en sentido positivo: hola, ¡yo bien! ¿Y tú? Por el contrario, cuando se formula en un contexto distinto, lo único que se pretende es que se responda, pero no existe una pretensión de adhesión en sentido estricto; aunque en sentido general, la adhesión puede traducirse en que la persona efectivamente responda de su estado físico o psicológico; y en el caso que se niegue a responder, entonces habrá rechazado la adhesión.

Pero para llegar a este punto, se necesita entender bien los caracteres particulares de la argumentación. Para hacerlo es necesario oponerla con la concepción clásica

⁶⁰⁴ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 38.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 48.

⁶⁰⁶ Por auditorio deberá entenderse, al "conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con sus argumentación"; en: Ibid., p. 55.

de la demostración. En este sentido la lógica formal se limita al examen de los medios de prueba demostrativos.

A la lógica formal, le interesan los procedimientos que permiten que una proposición sea la última de una serie deductiva. Pero se olvida que necesariamente se requiere de un contacto intelectual dentro de un contexto psicológico y social.

Sería como considerara que un ermitaño tiene la razón. De nada sirve, que incluso, la tenga, si no la puede poner sobre la mesa para que un auditorio la ponga en duda, o la contra argumente. Para que alguien tenga la razón, un auditorio debe forzosamente aceptar la proposición expresada, no basta con afirmar que se tiene la razón.

En este aspecto, una regla fundamental pues, es que forzosamente debe existir un contacto intelectual con un auditorio, lo que hace también inevitables que el orador identifique a su auditorio. Un argumento no puede formularse en un mismo sentido para un docto que para un neófito, sin importar que éste tenga la legitimación legal para resolver la cuestión. Para comprender esto, el autor utiliza algunos ejemplos, en los que se contextualiza lo ocioso de discutir con el tirano, o bien con personas que nada tienen que aportar.⁶⁰⁷

Para esto, se cita a Aristóteles:

No se ha de discutir con todo el mundo ni ejercitarse con el primero que llega; porque hay gentes con quienes necesariamente no se pueden si no malo razonamientos. Contra un adversario que se vale de todos los medios para evadirse, también es justo emplear todos los medios para sentar el silogismo, pero esto no siempre es honroso.⁶⁰⁸

No se puede ser descortés⁶⁰⁹ con el auditorio, máxime cuando no existe la posibilidad de escogerlo, aunque en ciertas materias y respecto de algunos procesos se pueden utilizar ciertos mecanismos para inducir en ello, como lo es

⁶⁰⁷ Perelman, CH., y Olbrachts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 51 y 52.

⁶⁰⁸ La cita puede leerse en: Aristóteles, Tratados de lógica (El organón), 14ª edición, Porrúa, México 2013, p. 459; no obstante que el autor refiere a una distinta edición.

⁶⁰⁹ Perelman, CH., y Olbrachts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 53.

escoger entre un juez mercantil local o federal, o en la posibilidad de que se utilice la probabilidad que determinado juez conozca de la cuestión.⁶¹⁰

Si en este punto cabe la analogía, en un proceso judicial se debe conocer el posible contacto intelectual que se tendrá con el auditorio. No se puede presumir que el juez conoce el derecho, porque hacerlo, llevaría a la irremediable tarea de tener que corregirlo,⁶¹¹ por lo que resulta más útil guiarlo que reprenderlo.

Hablar en un mismo contexto, respecto de las mismas ideas, o en un mismo ambiente, conlleva a la necesaria conducta de no desdeñar el contacto intelectual, porque lo contrario podría llevar a creer que se habla en lenguajes distintos; a pesar de lo sostenido por el autor, de que en la sociedad existen instituciones que facilitan y organizan el contacto intelectual,⁶¹² no lo presuma, no todas las escuelas de derecho enseñan el mismo lenguaje; si por analogía se permite la expresión.

Conciba previamente, el lenguaje y las modalidades con la que va a plantear el tema. En otras palabras, se debe identificar el auditorio ante el cual se presentarán los argumentos, para entonces, analizar las posibles formas existentes de exponerlos.

Es complicado identificar cómo razonan determinados jueces, pero un estudio respecto de sus decisiones previas puede ayudar a formular un esquema probable de la estructura y diseño con la que expone su pensamiento.⁶¹³

Cada auditorio tiene particularidades especiales con las que puede ser influenciado.⁶¹⁴ El buen argumento debe tener en cuenta los datos que se tengan disponibles, porque incluso, el intelecto soberbio y altivo que se preconditiona para no escuchar y pretender no dejarse influenciar por el romanticismo o el

⁶¹⁰ En materia mercantil, en México, existe la posibilidad de escoger el fuero, ya se federal o local. Y hay ciertas maneras de predecir la posibilidad del juzgado que conocerá de determinado asunto, cuando en un mismo partido judicial, hay más de un juzgado.

⁶¹¹ Por "corregirlo" debe entenderse a todos aquellos recursos que se utilizan para contradecir al juez, desde recursos legales, como las reprimendas de oídos, que consisten en repudiar de viva voz la actuación del juez.

⁶¹² Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 53.

⁶¹³ Véase el capítulo "Cómo deciden los jueces"; histórico de votaciones de los ministros.

⁶¹⁴ Véase el condicionamiento del auditorio en: Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 60.

sentimentalismo de un caso, sucumbe y a su vez se condiciona a una forma determinada de argumento. Ante esto, sólo cabe concluir que el orador al argumentar, debe adaptarse al auditorio. Si cabe decirlo, tendrá que adaptar su discurso al juez o a la mayoría de jueces⁶¹⁵ para alcanzar una adhesión suficiente que le permite tender una solución favorable a sus pretensiones.

Cuando una persona influye en la decisión de alguien, o en su conducta, se produce en el influenciado una suerte de adhesión respecto del argumento planteado; ya sea porque lo convence o persuade. Sin embargo, una persona puede estar convencido de la validez formal de un argumento, pero aun así, se decanta por una decisión contraria, o bien con algunas variables respecto de la adoptada en un principio. También puede suceder que una persona haya sido persuadida respecto de una decisión, pero no esté convencida respecto de ella. De esto se derivan una serie de cuestiones que analiza el autor dentro del proceso de argumentación.

Por persuadir se entiende seducir el pensamiento. Pensées Pascal –citado por Perelman– nos dice que al autómeta es a quien se persuade, y se entiende por autómeta el cuerpo, la imaginación, el sentimiento, en una palabra, todo lo que no es en absoluto la razón.⁶¹⁶

A pesar de los ejemplos anteriores, Perelman se distancia de ellos y sostiene que: “nosotros, nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón.”⁶¹⁷ Respecto de este punto, se tratará en un apartado especial, en el que se verificarán las posturas de diversos autores.

El auditorio que puede ser sujeto de convencimiento es el universal, “constituido por toda la humanidad o, al menos, por todos los hombres adultos y normales...”⁶¹⁸ Aquí entendemos que en los discursos especiales del discurso práctico, en el

⁶¹⁵ Véase el condicionamiento del auditorio en: Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989, p. 61-64

⁶¹⁶ Pascal, Pensées, 47P (195). <<Bibl. De la Pléiade>>, pág. 961 (nº 252, ed. Brunschwig); citado por Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989; p. 66.

⁶¹⁷ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 67.

⁶¹⁸ Ibid., p. 70.

sentido que lo explica Robert Alexy, por auditorio universal entendemos a un clasificación de personas, agrupadas por género, como pueden ser los médico, los abogados, los economistas, etc. Un biólogo, por ejemplo, no requiere convencer al universo constituido por toda la humanidad, sino a un universo de intelectos semejantes a los de él.

Perelman habla de tres auditorios, el universal, el del único oyente y el de la deliberación con uno mismo. En este sentido, no se puede sostener que un auditorio de juristas sean la especie de un género de auditorios, sino que respecto del discurso cada uno es un auditorio universal: el Derecho, la medicina, la física, etc.⁶¹⁹ Esto se corrobora porque la pretensión de adhesión va dirigida a aquellos –como lo sostiene el autor– “quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón.”⁶²⁰

Toda argumentación presupone una pretensión de acción o de abstención, su objetivo es provocar la adhesión. Se pretende influir en el actuar de alguien, en predisponerlo, en condicionarlo, siempre con una clara finalidad.⁶²¹

2.1.2. La expresión de la argumentación. Este punto trata el inicio del proceso de razonamiento, cómo se construye la argumentación.

El primero de estos pasos, es la forma en la que se presenta un problema, o bien, cómo se presenta un enunciado al que se le debe de enlazar con una solución, previo la presentación de un argumento y sus fundamentación.

En este sentido, se requiere de un primer plano, el de presentación. Perelman nos dice que:

El orador, utilizando las premisas que serán el fundamento de su construcción, cuenta con la adhesión de los oyentes a las posiciones de partida, pero éstos pueden rechazársela, o bien porque no aceptan lo que el orador les presenta como adquirido, bien porque perciben el carácter unilateral de la elección de

⁶¹⁹ No me refiero al auditorio de élite que el mismo autor critica a página 75 y 76, sino al auditorio especializado que se asimila al auditorio universal, descrito en la página 76.

⁶²⁰ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 72.

⁶²¹ Ibid., p. 91.

las premisas, bien porque les sorprende el carácter tendencioso de su presentación.⁶²²

La forma de presentación tiene relevancia, pues como el autor explica en páginas precedentes, toda pretensión expresada en un argumento tiene el objetivo de que el auditorio se adhiera a él. La presentación se pueden agrupar en dos categorías, una, que el autor denomina real, que comprende los hechos, verdades y presunciones; y la segunda, denominada preferible, relativa a los valores, jerarquías y lugares de lo preferible.⁶²³

En cualquier discurso, máxime en aquel que se desarrolla en una discusión constitucional, debe existir el acuerdo sobre el punto de partida de la discusión, porque lo contrario llevaría a soluciones incongruentes y poco exhaustivas.

Esta primera etapa, como todo caso, puede ser fácil y difícil. Si quisiera utilizar una analogía, podríamos decir que en todo caso debe cerrar la discusión en un punto determinado. En materia jurídica, se dice que la *Litis* se cierra, por lo general, con la contestación de la demanda. Un parte propone el objeto de la discusión, y otro lo cierra variando o concretizando la pretensión planteada. Esto parecería fácil, y sin embargo muchos abogados pretenden continuar con la presentación de las premisas de manera indefinida. En materia civil, el límite del discurso es tasado, lo que permite advertir el punto de cierre de la presentación, sin que aparentemente se viole el principio de contradicción que debe existir en todo discurso y en todo litigio. En materia jurídica los códigos procesales determinan el punto de cierre: "Cuando haya varias acciones contra una persona, respecto de una cosa, que provenga de la misma causa, deben intentarse en un sola demanda. Por el ejercicio de una quedan extinguidas las otras."⁶²⁴ Las mismas reglas aplican para la parte demandada, en cuanto a sus defensas y excepciones. A estas cuertiones los juristas las denominan como de "litis cerrada".

⁶²² *Ibid.*, p. 120.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Artículo 7 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit. Existen caso en que el mismo sistema jurídico permite ampliar el objeto de discusión, por ejemplo, el artículo 111 de la Ley de Amparo.

Por lo general, en estas materias, la presentación de las premisas no representa mayor complejidad que la identificación del tipo de acción que se está ejerciendo. El problema se origina en otras materias donde el inicio se presenta a través de hechos, o a través de conceptos no definidos.

Lo primero en lo que debe de existir acuerdo, es sobre los hechos y las verdades. Cabe distinguir en que la acción de aceptar un hecho no conlleva a aceptar una verdad. Este supuesto se puede verificar en materia de amparo, donde lo primero que debe de existir es la certidumbre respecto de la existencia del hecho,⁶²⁵ para después verificar si este se ajusta a las normas.

De lo real. El hecho es,⁶²⁶ un supuesto para iniciar una discusión, por ejemplo, en la etapa de acusación que presenta el Ministerio Público, donde la presentación de los hechos se concibe como una parte medular de esta etapa. Aquí no se presenta una verdad, sino sólo un hecho aceptado por el auditorio universal. Si el hecho se pone en duda, resulta innecesario continuar con el discurso, porque éste depende de la aceptación misma del hecho.⁶²⁷ Se debe de tener el debido cuidado de que el Ministerio público no argumente en esta etapa, luego que tienden a presentar argumentos en lugar de hechos. Si el hecho no está acreditado (no está aceptado por el auditorio), ya sea por los elementos presentados, o porque el defendido los puso en duda,⁶²⁸ no existe razón para que se continúe con el discurso (con el juicio), porque es la base fundamental o inicio, y si no existe inicio, por absurdo que parezca, no se puede alegar sobre nada más.

A este respecto, el autor nos dice que "sólo estamos en presencia de un hecho si podemos postular respecto a él un acuerdo universal, no controvertido. En este aspecto, no se deben confundir los enunciados que aparentan un hecho, por ejemplo: Juan mató a Pedro. Este no es un hecho, sino una afirmación que se debe acreditar. Esta afirmación necesariamente se debe confirmar por el enlace de varios

⁶²⁵ Véase artículo 140 de la Ley de Amparo.

⁶²⁶ Respecto del concepto de hecho y demás cuestiones, se puede acudir a: Taruffo, Michele, La Prueba de los Hechos, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2ª edición, Trotta, Italia, pp. 89 y posteriores. En Perelman, el hecho requiere de la aceptación universal del auditorio.

⁶²⁷ Véase artículo 335 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶²⁸ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 122.

hechos, en los que se debe enlazar con un término modal, como <<probablemente>>.⁶²⁹

Para efecto de saber lo que es un hecho jurídico, se debe acudir a la materia, obviamente, jurídica, pues su definición se somete a sus reglas. Nos dice el autor: "Para el teólogo o el jurista, se considera un hecho, no lo que puede pretender el acuerdo del auditorio universal, sino lo que los textos exigen o permiten tratar como tal." [...] "Lo que se admite como un hecho de sentido común puede ser privado de toda consecuencia jurídica."⁶³⁰

Por otra parte se llama verdades al enlace entre lo hechos,⁶³¹ y a este respecto nos dice el autor, que "se aceptará que la aparición del hecho A supone, con cierta probabilidad, la aparición de B."⁶³² Así, después de que se acepta un hecho, se puede deducir, una verdad B, atendiendo al sistema bajo el cual se sujeta el hecho, en este caso, una norma, como lo puede ser un tipo penal.

Por lo que respecta a las presunciones, todo sistema jurídico acepta la probabilidad de aceptar ciertas cuestiones como hechos presumibles, en razón de que estas gozan a una aceptación previa de presunción, ya sea normativa, o empíricamente.⁶³³ En este último caso, las "presunciones están vinculadas a lo normal y a lo verosímil."⁶³⁴

De lo preferible. Los casos de lo real, pueden presentar un grado de dificultad menor, a la forma de presentar el grupo de lo preferible, porque aquí se tratan cuestiones más complejas, como los valores, las jerarquías y los lugares de lo preferible.

⁶²⁹ Perelman, CH., y Dibrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 125. Para efectos de entender los términos o calificadores modales, se puede acudir a los usos de la argumentación de Toulmin, o el estudio realizado al respecto en este trabajo.

⁶³⁰ Perelman, CH., y Dibrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 172.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 124.

⁶³² *Ibid.*, p. 125.

⁶³³ *Ibid.*, p. 125-131.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 127.

Los valores, nos dice el autor, se utilizan "para comprometer al oyente a hacer unas elecciones en lugares de otras y, principalmente para justificarlas, de manera que sean aceptables y aprobadas por lo demás."⁶³⁵

La complejidad reside, en que en ciertos juicios se ponen, aunque no se diga, ciertos valores establecidos previamente por un grupo social, o por la colectividad. Matar, robar, violencia, etc., llevan necesariamente una discusión sobre los valores, de los que resulte una menor dificultad para que sean aceptado, sino es que ya lo son. Sin embargo, lo mismo no sucede con el aborto, la muerte asistida etc. Tampoco sucede si ponemos a discusión estos valores en México o en el medio oriente.⁶³⁶

Por jerarquias, entendemos aquello que nos permite clasificar algo como superior a otra cosa: en un inicio, Dios, el hombre, los animales etc. No es otra cosa que ordenar las cosas, según el valor que les hayamos asignado. En este sentido, lo que hacemos es ordenar las cosas atendiendo a lo preferible. Como ejemplo práctico jurídico, encontramos a los derechos humanos. Una sociedad o el sistema jurídico mexicano, por ejemplo, ha establecido, hasta ahora, que el valor de la vida es superior al derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

La vida como valor, y el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, puede ser un ejemplo de cómo la discusión puede ser tendenciosa, porque ya de inicio se trata de influir en un auditorio atendiendo a la regla de jerarquía. Cabría hacer la pregunta de si es factible comparar o proponer en un discurso estas dos proposiciones. ¿Son contradictorias estas dos posturas? ¿Se puede utilizar la proposición de la vida como valor superior, para negar el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo? ¿En efecto está en disputa la pretensión de vida en el aborto? He aquí una de las cuestiones que se deben aceptar antes de entrar al estudio del aborto, a fin de garantizar un dialogo en igualdad de condiciones.

⁶³⁵ Ibid., p. 133.

⁶³⁶ Para esto, véase el punto de manera integral. Ibid., pp. 131- 139.

Por último, existen los lugares, consistentes en premisas de carácter general, o *topoi*,⁶³⁷ nombre utilizado por los antiguos. Como vimos en Viehweg, esto se refiere a la invención. El estudio de Perelman, no se extiende a todos los lugares estudiados por Aristóteles, sino que se limita a los lugares del accidente, para considerar que son premisas de carácter general que permiten fundamentar los valores y las jerarquías. Los tópicos, son los lugares "que puede servir de premisas a los silogismos dialecticos o retóricos."⁶³⁸ "Dichos lugares, constituyen las premisas más generales, sobreentendidas con frecuencia, que intervienen para justificar la mayoría de nuestras elecciones."⁶³⁹

Existen seis clasificaciones respecto de los lugares: de la cantidad, la cualidad, el orden, lo existente, la esencia, y de la persona. Me ocuparé de los primeros dos, porque parecen, en cierto sentido, fundamentar la invención utilizada para resolver cuestiones constitucionales.

Lugares de la cantidad. "Por lugares de la cantidad entendemos los lugares comunes que afirman que algo vale más que otra cosa por razones cuantitativas."⁶⁴⁰ En este sentido, se entiende que los lugares son premisas o reglas de inferencia. Pues no se trata de que algo sea mayor que otra cosa, sino que esa regla cuantitativa solucione un caso.

Para explicar lo anterior, se utiliza los ejemplos descritos por Aristóteles y de otros autores: se dice que es mejor un número mayor de bienes que uno menor; lo que es más duradero y más estable, a lo que es menos; un mal duradero constituye un mal mayor que uno pasajero, vale más el todo que la parte.⁶⁴¹

En este aspecto, los lugares en el sentido descrito, parecen una regla de conveniencia, una regla sometida a un proceso prudencial, que se determinará atendiendo a las circunstancias de cada caso especial, pero que no contradicen la

⁶³⁷ También en Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007; y en: Aristóteles, *Tratados de lógica (El organón)*, 1ª edición, Porrúa, México 2013, p. 301-459

⁶³⁸ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 146.

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 148.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 148 y 149.

función en la que existen. Parecen estar sujetos a una regla de verosimilitud y de probabilidad. Se opta por la inferencia o la solución menos diferente, o más igual a un todo. "Se desconfía de lo excepcional, excepto si se demuestra su valor."⁶⁴²

Esta regla, utilizada como premisa, "fundamenta ciertas premisas de la democracia, así como las concepciones de la razón que la asimilan a <<sentido común>>."⁶⁴³

Lugares de la cualidad. Son la premisa que permite solucionar algo que aparentemente es contrario al sistema en el que existe; como si fuera un mecanismo hidráulico: el hecho de que gire en sentido contrario a los engranes mayores, no significa que vaya en contra del sentido general. Son una lógica superior, pero que no está concedida de manera evidente. No es tan clara como un lugar de cantidad, pero solucionan todo caso de excepción, son subyacentes a las estructuras generales, a los de cantidad. Pueden pasar de los normal a lo normativo, tal y como lo aduce Perelman.

En este aspecto, lo único parece ser contrario a lo normal, incluso, parece anormal. Lo único no se llega por sentido común, aunque al final, una vez que sale a la luz, resuelve un caso que parece contrario a una comunidad de criterios o al sentido en que funciona algo. Si se analiza un sistema, entiendo que funciona como estructuras subyacentes; emergen cuando la estructura común, como lo puede ser la cuantitativa, no soluciona el caso por ser único, excepcional, y alejarse de las reglas generales de solución. Lo que produce que parezcan, en un principio ser contrarias.

644

Los lugares de la cualidad, son "una rasgo frecuente de la argumentación de aquellos que quieren cambiar el orden establecido."⁶⁴⁵

En los lugares de la cuantía, se pueden advertir una cantidad de cuestiones que predisponen y condicionan la forma en que se estructuran las premisas, haciendo

⁶⁴² Ibid., p. 153.

⁶⁴³ Ibid., p. 149.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 153- 160.

⁶⁴⁵ Ibid., p. 165.

uso del sentido común y de cuestiones paradigmáticas.⁶⁴⁶ Los lugares de la cualidad, son por regla general, la premisa que sirve de excepción y para interpretar en un sentido diverso los lugares de cuantía, sin mutilar su estructura central. Para explicar esto, se puede utilizar el ejemplo de la democracia como lugar que pertenece a la cuantía. Si bien en la antigüedad la decisión de la mayoría se sostuvo para legitimar las soluciones adoptadas; dicho enunciados se vieron superados, porque las decisiones mayoritarias no necesariamente correspondía a un beneficio; por el contrario, sometían a las minorías y a la postre el poder de las mayorías se veía fragmentado, disminuido o incluso extinguido, como sucede en los gobiernos donde la misma mayoría otorga un poder supremo a una sola persona.

En este caso, resultaría ilógico, bajo el postulado de democracia representativa como la que tenemos en México, que se impusiera una minoría, cualquier que esta sea, a la mayoría; y sin embargo, así es.

Para entender lo anterior, se puede acudir de manera detallada la democracia sustantiva en el sentido que lo hace Luigi Ferrajoli,⁶⁴⁷ pero se considera que observando la forma en la que está configurado el sistema, político-jurídico mexicano,⁶⁴⁸ en cuanto a sus propios controles, se puede llegar a tal conclusión. Sólo basta con analizar las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, así como el propio amparo contra normas.

La democracia formal, incluso, llega a ser la herramienta para destruir la propia democracia. Respecto a esto, Luigi ferrajoli nos dice:

En efecto, para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede –o al menos puede no sobrevivir: en línea de principio siempre es posible que con métodos

⁶⁴⁶ Este punto se trata de modo especial en el capítulo referente a la Argumentación como método científico.

⁶⁴⁷ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris, Teoría del derecho y la democracia*, ". Teoría de la democracia, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Italia, pp. 16-31.

⁶⁴⁸ Véase artículos 103, 105, 106 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a marzo del año 2016.

democráticos se supriman los propios métodos democráticos. Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en el que se consiste la democracia política.⁶⁴⁹

De manera aparente, estas estructuras de minoría, se imponen a un sistema lógico integral de mayorías, y sin embargo, a pesar de dicha apariencia, tales estructuras excepcionales, no son ilógicas ni giran en sentido contrario al sistema en el que están contenidas; por el contrario funcional el sistema de manera integral. Lo que conlleva a pensar que funcionan como un tipo de estructuras subyacentes.

2.2. Técnicas argumentativas.

No se pretende analizar el contenido integral de este capítulo, sino sólo algunas cuestiones relevantes para este trabajo.

Como vimos en puntos anteriores, el objeto o fin del discurso conlleva una pretensión interna y externa, que consiste en que al auditorio se adhiera a cierta tesis, y que dicha adhesión produzca, a su vez, una acción coherente con la pretensión. Cuando una persona le pregunta a otra: ¿Me amas?; se pretende se lleve a cabo una conducta, no sólo que la persona lo exprese. Una persona, supondría que otra persona accedería a algo que se le pide, si la pregunta anterior se responde en sentido positivo. Porque supone o tiene un concepto del amor, el cual utiliza ya sea de manera honesta, o bien pretenciosa, para influir y condicionar la respuesta. Para algunos, no sería lógico, mejor dicho, sería contradictorio responder en sentido positivo, y aun así negarse a realizar una determinada acción.

⁶⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris, Teoría del derecho y la democracia*, * Teoría de la democracia, op. cit., p. 11.

No hablo aquí, de la finalidad del discurso, sino del objeto en el discurso, de lo que contiene. Utilicé los anteriores ejemplos para introducir de una manera más sencilla, la cuestión de los argumentos cuasi lógicos que Pereiman trata en su obra.⁶⁵⁰

Dentro de un discurso se debe de ubicar el objeto. No hacerlo conlleva el riesgo de decidir de manera errónea cierta problemática, o bien, que un argumento no se tome en consideración por no haber sido vinculado con la problemática. A modo de ejemplo, varias personas pueden discutir un mismo tema, pero no argumentar respecto de la misma problemática, lo que traerá como consecuencia, que sus soluciones lleguen a ser aparentemente contrarias o incompatibles.

Dentro del objeto de la argumentación, por una parte, se presentan argumentos lógicos, porque lo que cobra relevancia es el cómo se presentan. Sin embargo, se puede caer en el error, si el planteamiento de la cuestión, y de los conceptos no quedó bien definida, o se tiene una idea distinta por los oyentes. Cuando sucede esto, se pueden presentar los argumentos cuasi lógicos, para atacar los argumentos centrales por aparentemente carecer de lógica.⁶⁵¹ "Repitamos, a este respecto, que diferentes oyentes pueden comprender y analizar de forma distinta un mismo argumento y que se podrían considerar las estructuras lógicas como matemáticas y a la inversa."⁶⁵²

En cuestiones que debe resolver el Derecho, comprender y analizar de forma distinta un argumento es muy reiterativa, y más que eso, representa un verdadero problema, porque como se dijo en el planteamiento del problema de este trabajo,⁶⁵³ ello conlleva a decidir de manera errónea una cantidad importante que se debieron resolver en sentido contrario. El problema, es que incluso, a pesar de resolverse

⁶⁵⁰ A esta parte de su obra, el autor la denomina "Las técnicas argumentativas". Resulta de relevancia, porque muchos oradores, o en este caso, un juez de la Suprema Corte, puede imponer su argumento, o bien destruir el de otro, por las técnicas argumentativas. El ponente en este caso, tiene cierta ventaja sobre los demás, porque proponen las formas y los métodos de análisis. El juego de la prudencia y de la persuasión se hacen patentes en la discusión en tiempo real, atacando o proponiendo argumentos que influyan en la decisión. Una decisión puede adoptarse de manera errónea si se plantea de la forma adecuada y bajo cierta metodología.

⁶⁵¹ Pereiman, CH., y Olfred'ns-Tyrima, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 304.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 305.

⁶⁵³ Me refiero al sistema para establecer jurisprudencia en especial subsistema de contradicción de tesis en el Derecho Mexicano. Artículo 207, Fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

una cuestión, no se otorga una solución futura sobre el método de análisis, o bien, no se identifica en qué consistió el error metodológico en que incurrió una de las partes, o todas.

Las contradicciones en sistemas formales son factibles de identificarse plenamente; pero cuando se analiza un argumento o una serie de argumentos expresados a través del lenguaje natural, como es el Derecho, esto se vuelve más complejo. "Normalmente, cuando alguien sostiene al mismo tiempo una proposición y su negación, pensamos que no desea decir algo absurdo, y nos preguntamos cómo habrá de interpretar lo que dice para evitar una incoherencia."⁶⁵⁴ Esto sucede en la redacción de normas, cuando de ellas resultan dos interpretaciones distintas, como lo las contradicciones de tesis.

El problema de las normas de su interpretación, se origina, porque "rara vez son explicada las premisas, y cuando lo son –dice el autor- muy pocas veces se las define de forma completamente univoca; el campo y las condiciones de aplicación varían con las circunstancias, de las que, además, forman parte las decisiones mismas de los participantes en el debate."⁶⁵⁵

De ordinario, la argumentación se esforzará por mostrar que las tesis que se combate llevan a una incompatibilidad, la cual se parece en este a una contradicción, consistente en dos aserciones entre las cuales es preciso elegir, a menos que se renuncie a ambas.⁶⁵⁶

Las incompatibilidades pueden resultar de la aplicación a situaciones determinadas de varias reglas morales o jurídicas, de texto legales o sagrados. Mientras que la contradicción entre dos proposiciones supone un formalismo o, al menos, un sistema de nociones univocas, la incompatibilidad siempre es

⁶⁵⁴ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 306.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 307.

relativa a circunstancias contingentes, ya estén constituidas por leyes naturales, acontecimientos particulares o decisiones humanas.⁶⁵⁷

2.2.1. Procedimientos que permiten evitar una compatibilidad. Uno de los procedimientos que permite evitar incompatibilidades, es el lógico. Esta tiene como objetivo resolver todos los planteamientos que se pudieran suscitar de la interpretación de reglas o de leyes. Es decir, se propone a resolver el mayor número de casos en la práctica. Para esto se requiere: "clarificar suficientemente las nociones empleadas, precisar lo bastante las reglas admitidas, para que los problemas prácticos pueden resolverse sin dificultad por medio de la simple deducción."⁶⁵⁸

Por otra parte, la técnica de la practicidad, o la del hombre práctico, que resuelve los problemas en la medida que se le presentan. Esta técnica es la más utilizada por el juez, que "procura limitar su alcance tanto como puede, enunciarlas sin sobrepasar en sus consideraciones lo que es necesario decir para fundamentar su decisión, sin extender fórmulas interpretativas a situaciones cuya complejidad se le podría escapar."⁶⁵⁹

Por último, está la diplomática, que resuelve la cuestión, sin pronunciarse por ninguna de las dos posturas, dejando así, la solución para un futuro.⁶⁶⁰

Como se dijo, esta problemática representa gran complejidad en cualquier sistema jurídico, porque la incompatibilidad⁶⁶¹ no resulta ser tan clara. Una persona podría decir: estaba lloviendo y no me moje. Estas proposiciones no son, en absoluto, ilógicas, porque el hecho de que llueve no conlleva necesariamente a que alguien se moje. Sin embargo, para muchas personas, esto sí será ilógico, en razón a cómo se les plantea la cuestión, o bien, cómo lo visualiza un oyente y a su vez cómo

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 308.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 310.

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 306.

⁶⁶¹ El sentido formal que se aplica en el sistema jurídico mexicano es el de "contradicción".

traduce los enunciados empíricos referidos a enunciados demostrativos o hipotéticos.

Dependiendo cada persona, a la capacidad de las estructuras de asociación, de concepción y a atribución de funciones, se visualizará un problema, principalmente de aquellos que no se resuelven por simples soluciones formales, ya que solucionarán casos particulares y concretos, o bien, los resuelven.

Para ejemplificar lo anterior, y por supuesto se sigue utilizando ejemplo de la lluvia porque resulta muy útil para maximizar el sentido en que una persona introduce una imagen o una idea en su pensamiento, ya sea para visualizar algo, o para solucionarlo.

Llovió y no me mojé. Esta es la cuestión: para algunos será contradictorio porque visualizan a una persona bajo la lluvia, para otros, no lo será, porque visualizan a una persona viendo llover desde la ventana de su cuarto. Para los primeros, les resulta obviamente contradictorio, por la forma en que visualizan el problema; pero el problema es lo que mismo sucede con los segundos. Se debería solucionar aplicando las proposiciones de Viehweg, de que el Derecho siempre debe tratarse de asuntos concretos. En este sentido, para efectos de solucionar una contradicción de este tipo, o simplemente se soluciona el problema planteado y no la interpretación de la norma, o si se prefiere, se interpreta la norma, estableciendo la mayor cantidad de casos que pudiera surgir de ella, lo que resulta más complejo. La forma de hacerlo, es transitar de enunciados hipotéticos a enunciados empíricos, y luego a enunciados demostrativos. En estos dos tipos de soluciones ejemplifican el procedimiento lógico y el práctico aludido en párrafos precedentes.

Así, si llueve y me encuentro en la intemperie, en el espacio y tiempo de la lluvia, me mojaré. Si esto no sucede, puede suceder que no me moje. La premisa mayor es: estaba lloviendo; la premisa menor: a) estaba bajo techo, estaba en la calle, estaba dentro del auto; conclusión: dependerá del enunciado empírico que se utilice, y bajo qué enunciado demostrativo se compruebe.

Respecto del procedimiento diplomático, este se encuentra prohibido en nuestro sistema jurídico. Sobre esto el autor nos dice que: "La ficción, la mentira, el silencio, sirven para evitar una incompatibilidad en el plano de la acción, para no tener que resolverla en el terreno teórico."⁶⁶² A este respecto nuestros códigos tiene la siguiente regla: El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.⁶⁶³ Lo que una vez demuestra que las reglas del discurso práctico se aplican como caso especial al discurso jurídico.

Lo anterior no se debe confundir con la improcedencia de ciertos planteamientos por cuestiones formales. Para efecto de un mejor entendimiento, podemos acudir a la acción de constitucional⁶⁶⁴ respecto de la despenalización del aborto, donde la Suprema Corte no analizó el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo en contraposición con el derecho a la vida, como algunos pretendían, porque en este caso específico, la cuestión no era esa; lo que llevó a determinar únicamente el hecho de si no establecer un tipo penal contra el aborto era atentar contra el derecho a la vida, y respecto a esto, la corte declaró la constitucionalidad de los artículos impugnados.⁶⁶⁵

2.2.2. Técnicas orientadas a presentar tesis como compatibles o incompatibles. Sobre esto el autor nos dice "que dos proposiciones no son incompatibles, sino que llegan a serlo, como consecuencia de cierta determinación de nociones con relación a circunstancias particulares..."⁶⁶⁶

Cabe transcribir lo siguiente porque concuerda fielmente con las técnicas de interpretación de las antinomias que pueden surgir en una norma o en un sistema jurídico:

⁶⁶² Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 312.

⁶⁶³ Véase artículo 18 del Código Civil para el Estado de Nayarit.

⁶⁶⁴ Véase acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; También: Asuntos Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal, 1ª edición, México, 2009.

⁶⁶⁵ Véase el análisis que sobre este tema se hace en: Atienza Manuel, Lozada Prado, Ail, Cómo Analizar una Argumentación Jurídica, Cevallos Editora Jurídica, Quito Ecuador, 2009, pp. 57-65.

⁶⁶⁶ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., p. 315.

Dos afirmaciones de una misma persona, en momentos diferentes de su vida, pueden presentarse como incompatibles si se considera que todos los enunciados de esta persona forman un único sistema; si se analizan los diversos periodos de su vida como si no fueran solidarios entre sí, la incompatibilidad desaparece.⁶⁶⁷

Esto mismo sucede cuando se intenta analizar al derecho como un sistema, cualquiera que sea, cuando las antinomias están contenidas en un conjunto de disposiciones o en un cuerpo jurídico,⁶⁶⁸ como lo puede ser una ley que contenga una complejidad de supuestos, o bien, comparando distintas leyes dentro de un sistema. En el Derecho existen varias técnicas que resuelven o pretenden resolver el problema, utilizando el principio de jerarquía de las leyes, el criterio de especialidad, entre otros.⁶⁶⁹

2.2.3. La regla de justicia. La regla de justicia le otorga un valor sustancial al precedente, luego que "exige la aplicación de un tratamiento idéntico a seres o a situaciones que se integran a una misma categoría."⁶⁷⁰

Bajo esta regla, en un número importante, si no es que en todas las soluciones, se puede encontrar una alusión a la inercia en la que viene decidiendo el juez, o el órgano de justicia. El precedente le sirve para sustentar el actuar coherente, incluso para intentar influir en el sentido de los participantes en el debate, ya que decidir contrariamente infiere diversos problemas: ignorancia, incoherencia, irresponsabilidad, parcialidad etc., lo que explica porqué los ministros deben de justificar su cambio de criterio o bien la adopción de uno que aparenta incompatibilidad con el criterio precedente.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 316.

⁶⁶⁸ Ver Antinomias y lagunas de Ricardo Guastini, en la revista: *Jurídica, anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, editorial Themis, no. 299, México, 1999, pp. 437-450, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/cnt22.pdf. Consultado el 12 de marzo de 2016.

⁶⁶⁹ Para una mejor comprensión sobre el tema de antinomias y las técnicas jurídicas para resolverlas, también se puede acudir a Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2006, pp. 108-117.

⁶⁷⁰ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, op. cit., p. 340.

Esta regla del precedente influye en muchos casos, lo que también puede llevar a resolver un caso de manera errónea, ante la imposibilidad de justificar el actuar diverso, lo que también es un uso para condicionar la decisión o postura futura de los participantes en el debate.

2.2.4. Argumentos de transitividad. El presente tema resulta de vital relevancia para identificar argumentos cuasi lógicos o estructuras erráticas, porque en muchas ocasiones se pretende pasar de una premisa dado por hecho cuestiones que no necesariamente son válidas.

La transitividad es una propiedad formal, no dice el autor, que permite pasar de la afirmación de que existe relación entre dos premisas.⁶⁷¹

Si la transitividad es cuestionable, hablamos de argumentos cuasi lógicos. Para esto el autor cita un ejemplo: <<los amigos de tus amigos son mis amigos>>. En este caso se da por hecho que la amistad conlleva necesariamente determinadas alcances, o que su definición tiene cierta función de alcance, como suponer que si alguien es tu amigo, es porque existen criterios idénticos o análogos para que tus amigos, y los amigos de tus amigos, sean mis amigos; lo que requiere de enunciados demostrativos que sustenten lo anterior. Si esto no sucede, entonces no son argumentos lógicos.

Para explicar esto podríamos citar el ejemplo utilizado en las explicaciones sobre la obra de Robert Alexy, respecto del derecho de acceso a la salud, y la existencia de un hospital psiquiátrico; porque se dice, todos tienen derecho a la salud, y si no existe un hospital psiquiátrico, se viola entonces, el derecho de acceso a la salud. Si el argumento se presenta en estos términos sería cuasi lógico; por el contrario, si se presentan las cadenas transitivas y estas son consecuencia de la relación lógica,⁶⁷² entonces serían argumentos lógicos.⁶⁷³

2.2.5. El argumento de la dirección. Es preciso tener en cuenta este tipo de argumentos, porque pueden ayudar a evitar que un debate se divida cuando era

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 352 y 253.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 354- 358.

⁶⁷³ Véase, *infra*, relativo al análisis de la teoría de Robert Alexy, en cuanto al caso citado.

necesario no hacerlo, o bien, dividirlo cuando se advierte cierto grado de resistencia. Si se acepta el procedimiento de las etapas, quien proponga tal división, probablemente tenga en mente la probabilidad de persuadir, o bien de enfrentar un grado menor de oposición, porque los puntos en cuestión se analizan de manera aislada, y su división provoca que los debatientes no adviertan hacia donde se dirige la pretensión de quien divide, sino, y en ocasiones, hasta que ya logró el cometido.

El riesgo de quien no lo advierte, y el beneficio para quien lo aplica, es que se puede solicitar una decisión en cada etapa, lo que llevaría, en algunas ocasiones, a viciar el debate, o por otra parte, a la posibilidad avanzar en el debate. Para el que intenta viciarlo, le resulta benéfico, porque las decisiones anteriores, así como los precedentes y la inercia, condicionan el proceder futuro; para quien intenta avanzar, el beneficio es ir superando etapas del debate para tener la posibilidad de alcanzar una solución o una conclusión.⁶⁷⁴ En materia jurídica, como los debates de la Corte y todo proceso judicial, el procedimiento de las etapas se vuelve necesario, ante la obligación y el cúmulo de asunto, así como a la necesidad imperante de crear certeza y definitividad sobre lo debatido, de lo contrario un litigio se seguiría de manera indefinida.

2.2.6. El grupo y sus miembros. Cuando se analiza una solución determinada, resulta muy complejo analizarla únicamente con base en los elementos formales. En el caso de los grupos, si bien es una decisión colectiva, el argumento pertenece sólo a uno de ellos, y los demás se adhieren a este. El orador puede aceptar ciertas cuestiones para modificar su tesis, no necesariamente porque se adhiera a ellas, sea por convencimiento o persuasión, sino por un sistema de juegos, es decir, más por un interés de que se adhieran a su postura y porque no provocan modificaciones o afectan la estructura central del argumento.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Perelman, CH., y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la argumentación, op. cit., pp. 434-433.

⁶⁷⁵ Ibid., pp. 494-501.

3. Los usos de la argumentación.⁶⁷⁶

La primera edición de la obra de Toulmin se publicó en 1958, al mismo tiempo que salía a la luz el Tratado de la argumentación de Perelman y Olbrechts-Tyteca; cinco años antes que la Tópica de Viehweg; veinte años antes que las obras de Robert Alexy y Neil MacCormick; aproximadamente dos mil trescientos años después de la Tópica de Aristóteles; tres mil años aproximadamente después de la Tópica de Cicerón; y cincuenta y tres años antes del cambio de paradigma en el constitucionalismo mexicano, introducido por las reformas del año dos mil once, que originaron el inicio de una nueva concepción de los derechos humanos y de su fundamentación.

La obra de Toulmin le interesa principalmente a este trabajo porque contiene cuatro etapas fundacionales del argumento jurídico como discurso práctico racional, consistentes en los campos de argumentación y los términos modales; la formas de los argumentos; la lógica operativa y la lógica idealizada, como leyes del funcionamiento del Derecho; y los orígenes de la teoría epistemológica, en tanto que verifica un proceso cognitivo donde se construye una concepción de las cosas, y donde se le atribuye una función a cada una de ellas, que se origina en una estructura primaria del razonamiento, y que en conjunto son la consecuencia que se materializa en la justificación, es decir, que las estructuras citadas forman el argumento con el fin de justificar algo. En otras palabras, construyen una regla de inferencia para justificar una solución en un tiempo y espacio determinado.

No es el objetivo criticar el trabajo del autor, pues como se dijo respecto de la obra de Viehweg, ni la capacidad intelectual ni la instrucción me alcance para ello. Para efecto de verificar la problemática de la teoría de Toulmin, se puede acudir a R. M. Hare, a Robert Alexy o a Jürgen Habermas.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007.

⁶⁷⁷ Véase *The Language of moral* de R. M. Hare; *La teoría de la argumentación de Robert Alexy*; y/o *Teoría de la acción comunicativa* de Jürgen Habermas.

El autor sostiene, que su "tarea inmediata es caracterizar las etapas de acuerdo con las cuales se crea un argumento justificatorio con el fin de comprobar hasta qué punto esas etapas se hallan igualmente en el caso de argumentos procedentes de una gran variedad de campos."⁶⁷⁸

A esta caracterización se le llama términos o calificadores modales. En una primera etapa, la relativa a la estructura primaria del conocimiento o del proceso intelectual, advertimos o se nos plantea cualquier problema, y ante ello, surgen un número limitado de posibilidades. La posibilidad de solución surge prima facie o se origina por datos adquiridos previamente. Se infiere lo anterior, si analizamos cómo describe el autor a la etapa referida: "En esta etapa, el término <<posibilidad>>, se encuentra como en casa, juntos con los verbos, adjetivos y adverbios asociados a este significado: hablar de un propuesta en concreto como una posibilidad es admitir que tiene el derecho a ser considerada."⁶⁷⁹

Lo que a este trabajo le interesa, es la forma de los argumentos, y sin embargo, el párrafo anterior es parte del capítulo I de su obra, relativa a los campos de argumentación y términos modales, por lo que se consideró relevante citarlo porque consiste en primera parte de la estructura argumentativa de su teoría: en el inicio de su modelo argumentativo.

3.1. La forma de los argumentos.

(1) "Un argumento es similar a un organismo." (1.1) Tiene dos estructuras: "Una estructura anatómica grande y tosca;" y otra, "fisiológica y más delicada."⁶⁸⁰ Un párrafo es representado como unidades anatómicas principales del argumento, como si fueran sus órganos. Dentro de estos órganos (párrafos) existe una estructura –que el autor la llama- más sutil. Esta estructura es relevante "por el papel que desempeñan en el mantenimiento de las funciones de los órganos en los que

⁶⁷⁸ Toulmin, Stephen E., op. cit., p. 37.

⁶⁷⁹ Ibid.

⁶⁸⁰ Ibid., p. 129.

tienen lugar. A estas estructuras les asigna el nombre de micro-argumentos; y se deben analizar en el contexto que desempeñan en los macro-argumentos.

Podemos advertir que existe una macro-estructura del argumento, formada, a su vez, por otras estructuras o subestructuras, que funcionan en razón del funcionamiento de la primera. Estas subestructuras se originan al interior de la macro-estructura, y su análisis puede verificar si funcionan en el sentido y función lógica de ésta, o bien, en sentido y función contrario.

3.1.1. Datos y garantías. Como primera parte del modelo, el autor señala que ante una aseveración se deben de presentar datos.⁶⁹¹ Éstos se deben apoyar en hechos. Por ejemplo, aseverar que alguien ha cometido una infracción al código de circulación, forzosamente requiere que se apoye con varios tipos de datos, como lo es que un agente testifique que una persona iba a determinada velocidad, que dicha velocidad fue cronometrada con algún aparato o algún instrumento científico. Sin embargo, estos datos requieren de un enunciado que permita transitar de los datos a la conclusión. Es decir, válidamente nadie podría decir que una persona violó algún reglamento de tránsito porque conducía a 75 km por otras en una zona urbana, si no cuenta con un enunciado hipotético permita hacerlo.

A este tipo de proposiciones el autor las denomina garantías (G). La garantía es la proposición que legitima el paso dado. Esto puede confundirse con la premisa mayor, por lo que se debe de tener en cuenta el paso para transitar de un dato a una conclusión. Si utilizamos algún ejemplo análogamente a los usados por el autor, podría formularlos de la siguiente manera: los gatos son negros. Si esta regla es legítima, podríamos afirmar que los gatos no son rojos. Tomemos un ejemplo que nos permita entender el esquema del argumento presentado por Toulmin: el cuerpo dejo de tener vida a las trece horas. Juan accionó siete veces un arma de fuego a las trece horas con cincuenta minutos. En este caso, el segundo enunciado establece una garantía, que permite transitar y formularlo de la siguiente manera: <<si D, entonces C>>. La conclusión sería que Juan no privó de la vida al cuerpo.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 132 y 133.

<<necesariamente>> o los términos modales <<probablemente>> o <<provisionalmente>>.

3.1.2. Cómo respaldar las garantías. Las garantías deben de estar respaldadas, cuando se pone o se puede poner en duda su certeza. Es decir, el enunciado que establece la garantía debe ser fundamentado en la medida en que es cuestionado. Para efecto de analizar el grado de certeza, se debe de atender a los términos modales. Una garantía puede deducirse lógicamente de un cuerpo de datos específico, como lo es el que una persona haya dejado a tener vida en una hora X; por lo que en este caso es factible utilizar el adverbio <<necesariamente>> como nexo de la garantía. Sin embargo los otros términos modales pueden ser cuestionados porque su grado de certeza va disminuyendo.⁶⁸⁵ Si se quisiera tomar un ejemplo procesal práctico, podemos acudir a las *pruebas iuris tantum* y *iure et jure*; donde la primera admite un grado de cuestionamiento mayor que la segunda, pero muchas de las garantías deben de ponerse en duda mediante la formulación de un argumento; lo que significa que la simple negación de aceptación de un argumento no es suficiente para que se inicie el proceso de la respaldo de la garantía. Veamos el siguiente ejemplo. Una persona A para iniciar su argumentación afirma que todo juicio debe de respetar el debido proceso; pero una persona B, lo niega sin ofrecer un argumento contrario que sustente su negación. En este argumento, no es necesario que se respalde o se fundamente dicha garantía, porque esta ha sido aceptada y reconocida incluso como una regla axiomática. Si se permite cuestionar dicha regla nunca se podrá, siquiera, iniciar la argumentación, porque la discusión se centrará en respaldar las garantías en las que se sustentará el argumento, lo que produce una desviación del discurso y un proceso de respaldo indefinidamente.⁶⁸⁶ Esto no significa que el auditorio acepte por cierto todas las afirmaciones de A, pero sí que sólo, al menos en ese momento, puedan ser cuestionadas las garantías que no tienen un origen legítimo. Por citar ejemplo práctico, en ciertas discusiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo fue el análisis del artículo 182 de la Ley de Amparo, se

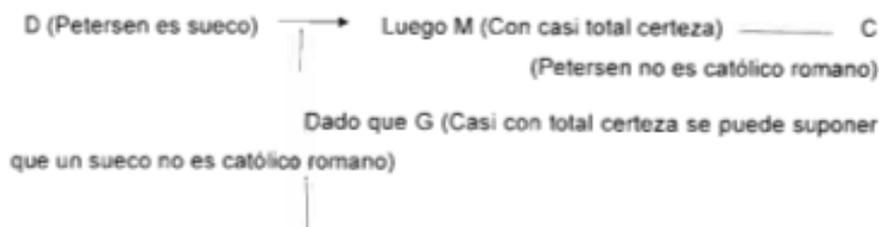
⁶⁸⁵ Toulmin, Stephen E., op. cit., pp. 139-143.

⁶⁸⁶ Ibid., p. 144.

originaron ciertas garantías que no se podían cuestionar en un punto posterior, como lo son si en el amparo adhesivo se podía analizar a pesar de declararse que en este no se podían hacer valer cuestiones del amparo principal. Esta cuestión se debe de tomar por correcta y a la luz de esto decidirse lo posterior; no obstante que ese discursante haya votado en contra del sentido de la sentencia, porque si para su análisis los ministros aceptan discutir o fragmentar la discusión atómicamente, y no de manera integral, están aceptando que los puntos posteriores, aunque tengan relación con los puntos precedentes, se deberán discutir con base en las garantías aceptadas por la mayoría, porque la decisión la toma el órgano y no los que la componen.⁶⁸⁷

Existen casos donde el respaldo de la garantía puede deducirse de una norma específica, como se mostró respecto del homicidio; pero existen otros, donde el respaldo debe, a su vez, ser respaldado (fundamentado) con otro enunciado. Podemos encontrar muchos ejemplos en las proposiciones constitucionales en y gran medida en las enunciados jurídicos de carácter administrativo, donde su fundamentación requiere de una mayor grado de respaldo, en tanto que no se puede transitar del dato a la conclusión, utilizando únicamente un enunciado como garantía.

3.1.3. Ambigüedad del silogismo. En este apartado, a efecto de evitar ambigüedades en la formulación de los silogismos, el autor propone un esquema donde la probabilidad pueda ser debidamente utilizado sin que se preste a confusiones o a tacharse de invalidez.



⁶⁸⁷ Para una mejor comprensión véase el capítulo IV de este trabajo.

(La proposición de los católicos romanos en Suecia es inferior al 2 %)

En estos casos, sostiene el autor, "la afirmación general sirve como garantía que justifica el argumento y que posee siempre la misma estructura."⁶⁸⁸

El problema que presenta este esquema, es que más que presentar una garantía, requiere de un proceso demostrativo y de datos empíricos que únicamente son útiles cuando pertenecen a un esfera de conocimiento general aceptado, o bien, cuando el auditorio posee previamente esos datos, de lo contrario, requiere forzosamente de fundamentación, y de no preverla no se puede aceptar esa garantía ni siquiera de manera provisional. Sería tanto como afirmar que Walowits no es judío porque en México menos del 1 % es judío. En efecto podríamos atender al término modal pero ello no sería prueba de nada, y provoca una esfera de incertidumbre, porque el respaldo se sujeta a un enunciado demostrativo, lo que forzosamente requiere de tener el sustento de esa demostración, de lo contrario es una simple conjetura.

3.1.4. La noción de <<premisa universal>>. Se sostiene que el esquema de dos premisas seguidas por una conclusión puede conducir a interpretaciones erróneas.⁶⁸⁹ En este caso, el autor introduce una cuádruple distinción entre el dato, la conclusión, la garantía y el respaldo.

En ese caso, el problema se plantea por la inexistencia de fundamentación de la premisa universal. luego que como lo dice el autor, el enunciado que afirma que "todo hombre con un pie deforme tiene dificultades para caminar", requiere forzosamente no sólo de un enunciados empírico, sino de un enunciado demostrativo. El autor sostiene sus cuestionamiento así: "...no queda claro si el enunciado de tipo general <<todo>> debe interpretarse como una garantía por

⁶⁸⁸ Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, op. cit., p. 151.

⁶⁸⁹ *Ibíd.*, p. 153.

inferencia o una exposición de los hechos resultado de la observación propia.⁶⁹⁰ Un enunciado empírico nos puede dar datos respecto de la inferencia de observar a hombres con pie deforme, mientras que un enunciado demostrativo nos puede dar cuenta de la demostración realizada en hombres con pie deforme, para concluir que todos tendrán un problema para caminar, por existir alguna constante entre el pie deforme, la superficie y los mecanismos del cuerpo al caminar o intentar caminar, pero serán datos netamente objetivos los que permitan llegar a una conclusión. Sin embargo, el proceso de observación en los enunciados empíricos no contempla los elementos estáticos y dinámicos que existen entre las personas que observan con pie de forme (personas con alguna discapacidad), por lo que el enunciado, en efecto, como dice el autor, puede carecer de la característica de universalidad por estar basado en alguna inferencia errónea.⁶⁹¹

3.1.5. La noción de validez formal. Cuestión interesante introduce el autor en este apartado, luego que afirma que si en el silogismo clásico los enunciados utilizados en las premisas se sustituyen, la validez del silogismo no es consecuencia de la deducción de las premisas, si no de lo que contiene dichos enunciados.

Para este efecto se entiende que el silogismo clásico se puede plantear de la siguiente manera:

Todo sueco no es católico romano.

Petersen es sueco;

Luego, Petersen no es católico romano.

La sustitución quedaría de la siguiente forma:

Petersen es sueco.

La proporción conocida de católicos romanos en Suecia es cero;

Luego Petersen no es, con total certeza, católico romano.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 155.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 156.

Lo que se entiende cómo afirmación, es que la validez formal del silogismo no se origina por las premisas, sino por el contenido de las premisas. Se entiende que el silogismo es válido porque contiene una garantía respaldada en un enunciado empírico, como lo es que "la porción conocida de católicos romanos en Suecia es cero. No pasa desapercibido que este enunciado debe a su vez, sustentarse en un dato que lo demuestre.

No se profundiza más al respecto, porque se considera que la respuesta a esto la encontramos en la justificación interna y externa que analiza Robert Alexy, y que se verá más adelante.

3.1.6. Argumentos analíticos y argumentos sustanciales. El autor afirma que de la concepción de la validez formal del argumento respecto del silogismo clásico y en el sentido referido en puntos anteriores, consistente en dato; garantía; luego conclusión,⁶⁹² existe una clase especial argumento que aparenta romper con esta regla general: lo argumentos analíticos.

Como cuestión específica, el autor sostiene que "realizamos afirmaciones sobre el futuro y las fundamentamos refiriéndonos a la experiencia que tenemos de cómo las cosas transcurrieron en el pasado.". Este enunciado resulta complicado, porque no sólo describe una estado de procesamiento de la información, sino como se vio en el capítulo relativo al determinismo, la estructura del pensamiento, sea en sentido lógico o práctico racional, viene precedido, de un enunciado empírico y otro desconocido, que nos indica cómo debe formarse algo. Esta parte se verifica en el capítulo que estudia cómo deciden los jueces, principalmente en los ministros que sostienen que el tercer párrafo del artículo 182 de la Ley de Amparo violenta el principio de equilibrio procesal, y para esto acuden a un enunciado empírico para sustentar lo que sucederá en el pasado.

⁶⁹² Cabe aclarar que en el esquema propuesta por Toulmin la premisa mayor equivale a la garantía; la premisa menor es el dato. Pero la garantía está sustentada en un respaldo. Como se puede advertir en el esquema presentado en la página 166 de su obra, donde "todas y cada una de las hermanas de Jack son pelirrojas, contienen un respaldo (enunciado demostrativo) que lo demostró, y el autor lo introduce así: todas y cada una de las hermanas de Jack (una vez que se ha comprobado individualmente) son pelirrojas. En este caso, sustituyo el respaldo por la garantía.

Veamos a qué se refiere el autor. El autor desarrolla un argumento sustituyendo la premisa mayor por un enunciado demostrativo, que en este caso es un respaldo, para quedar de la siguiente forma:

Anne es una de las hermanas de Jack.

Todas y cada una de las hermanas de Jack (una vez que se ha comprobado individualmente) son pelirrojas;

Luego Anne es pelirroja.

Si escribimos la garantía en lugar del respaldo, tenemos:

Anne es un de las hermanas de Jack.

Cualquier hermana de Jack será (es decir, puede suponerse que es) pelirroja;

Luego Anne es pelirroja.⁶⁹³

Como se puede advertir, el futuro se representa mediante la sustitución del respaldo por una garantía, que en este caso consistió en un enunciado empírico, para traducirse en un enunciado hipotético que termina por representar un estado de cosas general, o un cuerpo de cosas o situaciones que pudieran acontecer.

En otras palabras, podría sostener que: una cosa es esto, porque ha sido esto o ha funcionado en tal sentido, lo que se demuestra con esto (A es B, porque es B, atento que se demostró ser B). Esta parte quedará demostrada específicamente cuando se analice la argumentación de la ministra Margarita Luna Ramos, en páginas precedentes. No obstante lo anterior, todas las B concluyen en A, porque esa es la intención, es decir, están dirigidas a describir el funcionamiento de B y su demostración para poder sustentar A.

En el caso de los otros ministros que apoyan el proyecto, podríamos estar hablando de una tautología; sin embargo, ello no significa que estén resolviendo el problema, porque ahí reside la cuestión: que resuelven el caso en base a normas hipotéticas, es decir, analizan la función del Amparo a la luz de principios constitucionales como

⁶⁹³Toulmin, Stephen E., *op. cit.*, p. 166.

el de equilibrio procesal, lo que no permite descubrir estructuras subyacentes del amparo, en el supuesto de que las tuviera. En otras palabras, el respaldo para la garantía que lo legitima no incluye, explícita o implícitamente, la información transmitida en la propia conclusión. Como se advertirá, presuponen un enunciado hipotético consistente en que una persona tendrá una doble oportunidad de acción, de ahí parten para contrarrestarlo con una norma constitucional, por lo que, al menos, prima facie, aparenta ser una discusión que violenta el método científico del discurso práctico racional, porque el discurso de los ministros parecer dividirse en tres puntos de vista. Es decir, cada quien partió de un supuesto sin ponerse a discusión, lo que inevitablemente conducirá a que cada uno de ellos siga sosteniendo su postura, porque simplemente no quedaron aceptadas las garantías del proceso de discusión, o bien se mutilaron durante el proceso.

Un argumento que parte de D para llegar a C será denominado analítico si, y sólo si, el respaldo para la garantía que lo legitima incluye, explícita o implícitamente, la información transmitida en la propia conclusión. Cuando ocurra así, en enunciado <<D; R y también C>> será, por regla, una tautología. (Esta regla está sujeta, sin embargo, a algunas excepciones que serán examinadas en breve.) Cuando el respaldo que apoya la garantía no contenga la información transmitida en la conclusión, el enunciado <<D;R y también C>> no será nunca una tautología y el argumento será sustancial.⁶⁹⁴

Para efecto de lograr un mejor entendimiento, lo anterior se puede reducir al absurdo: el perro es perro, porque es un perro o funciona como perro, ya que se demostró que es un perro. Claramente se advierte que para que esta forma de argumentar fuera válida -como lo sostiene el autor- el respaldo para la garantía que lo legitima debería incluir, explícita o implícitamente, la información transmitida en la propia conclusión; pero no es así, porque para llegar a ello se debió establecer primero la garantía, es decir, qué características y funciones y demás tiene un perro, y las diferencias con aquellos que pueden aparentan ser perros (lobos, Hienas, etc.). En otras palabras, cada uno de los ministros dio por hecho o por aceptado la

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 167. Ver también página 161.

garantía sin ponerla en duda, lo que provocó que cada uno aceptara su propia concepción de la garantía. Es decir, la discusión estaba viciada de origen. En otras palabras, cada quien alegaba en un contexto aislado y bajo premisas obtenidas individualmente. Si este proceso no se hace previamente, todo el proceso de argumentación se condicionará a la justificación previamente concebida por cada uno de los discursantes. Lo que demuestra que en efecto existe, en el razonamiento constitucional, así como en la formación de las estructuras mentales en la infancia y en proceso de argumentación constitucional, una etapa primaria de asociación de los datos intuitivos y empíricos que cada uno posee.

Un argumento analítico es sumamente difícil de sostener, porque simplemente su construcción es muy compleja. El problema reside en que el enunciado universal debe estar respaldado de tal forma que no admite duda; pero el problema es que el respaldo se construye con enunciados hipotéticos y demostrativos, es decir, de casos particulares y concretos, lo que no permite formular un enunciado o una premisa universal (analítica), sino una sustancia, en la que se sostiene la validez por el proceso de observación (un enunciado hipotético o demostrativo).

Así un argumento sustancial quedaría de la siguiente forma:

Dato: Anne es una de las hermanas de Jack.

Respaldo: se ha observado anteriormente que todas las hermanas de Jack eran pelirrojas;

Conclusión: luego, presumiblemente, Anne es en este momento pelirroja.⁶⁹⁵

Se entiende pues, que al traducirse las premisas universales, en el sentido que lo establecía Aristóteles en el caso clásico sobre la mortalidad de Sócrates, se obtienen diferentes deficiencias no advertibles en un primer plano.

Véase ahora cómo quedara el argumento en el caso de que pasará por el anterior proceso:

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 168.

Dato: Anne es hermana de Jack. (Anne es X como cuantificador universal, y se traduce en la premisa menor en el silogismo tradicional.)

Garantía: Todas las hermanas de Jack son pelirrojas.

Conclusión: Anne es pelirroja.

Este argumento sólo sería analítico si estuviera respaldado por un enunciado demostrativo, y esto conlleva una verdad en un determinado espacio y tiempo (en este momento, estando presentes todas las hermanas de Jack, se puede decir que todas ellas son pelirrojas).⁶⁹⁶ Pero como sostiene el autor, qué caso tendría sostener que estamos ante un argumento analítico si requerimos de un enunciado que produzca tal certeza como lo es observar a las hermanas de Jack, -para esto no necesitamos un argumento analítico- sostiene el autor, sino simplemente la vista.⁶⁹⁷

Si el propósito de un argumento es establecer conclusiones sobre aquello de lo que no estamos plenamente seguros, relacionándolas con otras información sobre la que tenemos mayor certeza, comienza a resultar dudoso el hecho de que algún argumento genuino, en la práctica, pueda ser alguna vez propiamente analítico.⁶⁹⁸

Sólo los argumentos matemáticos parecen enteramente a salvo de las excepciones: dada la seguridad de que toda secuencia de seis o más números enteros entre 1 y 100 contiene por lo menos un número primo, así como información de que ningún número entre 32 y 66 es primo, puedo concluir que el 67 es un número primo; y este es un argumento cuya validez ni el tiempo ni la necesaria evolución que conlleva puede poner en tela de juicio.⁶⁹⁹

De las aseveraciones anteriores entendemos que los argumentos jurídicos, siendo un discurso especial del discurso práctico general, contempla desde un origen la construcción o la configuración de subsistemas o de estructuras, en funciones en

⁶⁹⁶Ibid., p. 169

⁶⁹⁷Ibid.

⁶⁹⁸Ibid.

⁶⁹⁹Ibid., pp. 169 y 170.

un mismo sentido lógico, que venga a solucionar casos que aparenten excepciones al sistema funcional, pero que en realidad constituyan partes de ese organismo, que subyacerán una vez que el caso se presente.

3.1.7. Peculiaridades de los argumentos analíticos. En un primero aspecto, se analiza qué principios nos permiten pasar de un dato a la conclusión, es decir, de la inferencia. Para esto el autor se formula una pregunta: ¿Qué tipo de enunciado es, digamos, el principio del silogismo?⁷⁰⁰

Este estudio resulta relevante para el presente trabajo, por las siguientes razones: porque contrario a lo que sostenía el positivismo, la garantía que permitía pasar a la conclusión se aceptaba como legítima por el simple hecho de haberse emitido por la autoridad competente para ello, atendiendo a una regla de carácter suprema. Esto quedó superado principalmente con los excesos cometidos en el régimen Nazi.

En esa tesitura, a partir del 2011 en México se introduce al sistema jurídico el modelo del discurso práctico racional, que algunos le han dado en llamar bloque de constitucionalidad, que no es nada más que una forma de argumentar las decisiones jurídicas, con límite aparentemente hasta ahora, de que la interpretación se limite a las limitantes propias que establezca la norma, que a su vez imponga la función de origen. En este caso, la norma que establece la función de origen es la Constitución, por lo que debe, el discurso, limitarse a las limitantes que expresa dicha norma, o bien, a las limitantes que se infieran de la función del sistema.

Como se ha advertido, el silogismo tradicional establecía el enunciado de la inoperancia de que algo fuera injusto, siempre y cuando fuera legal, queda superado por las nuevas reglas fundacionales. En este caso, la premisa mayor o la garantía debe forzosamente estar respaldada. En este sentido nuestro sistema jurídico transita del término modal <<necesariamente>> al término <<presumiblemente>> o <<probablemente>>; lo que significa que existe la posibilidad de poner en duda todas las garantías aceptadas hasta hoy.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 172.

Para efectos de entender lo anterior, me permito citar lo siguiente: la validez de una norma se originaba, entre otras cosas, por el principio democrático de legitimación, es decir, una norma era válida porque el simple hecho de que la emitiera la autoridad competente. En este caso decíamos que en razón a que el legislador, como persona en la que se encarna el principio de democracia representativa, emitía la norma, entonces debía ser considerada como válida. Ahora podemos decir, con base en dos teorías del discurso práctico racional, que es formalmente válida en un primer plano. No obstante esto, la emisión de la norma por el legislador es aceptada en el sentido que lo hace Robert Alexy, como la justificación interna, pero que necesariamente queda sujeta a un proceso de validez de la justificación externa; y por otra parte en el sentido que lo hace el autor analizado en este apartado: a verificar la validez del enunciado que establece la garantía y su respaldo.

Por ello de la importancia de analizar el principio del silogismo que permite pasar de los datos a la conclusión. El problema que reside en este nuevo sistema, es que aparentemente pasamos de un sistema positivista, que pretendía facilitar la aplicación del Derecho, y hemos transitado a un sistema de inferencias más complejo, aunque en apariencia se acerca más a una pretensión de justicia (de verdad).

En el primer capítulo se introdujo el caso resuelto por Salomón, del cual se puede advertir los mismos elementos de que ahora se analizan.

Salomón obtuvo los siguientes datos de la orden de que partieran al niño en dos partes: "... la madre del niño vivo se angustió profundamente por su hijo, y suplicó al rey: -¡Por favor! ¡No mate su Majestad al niño vivo! Mejor d selo a esta mujer! Pero la otra dijo: -Ni para ti ni para mí. ¡Que lo partan!!

Si pudiera traducirse lo anterior a un argumento sustancial, quedaría en los siguientes términos:

Dato: una de las probables madres sacrifica y cuida el interés de su hijo sobre el de ella.

Garantía: las madres observadas se sacrifican y cuidan de sus hijos.

Conclusión: A probablemente es la madre de niño.

En el silogismo clásico se figura así:

Toda madre cuida de los niños que son sus hijos.

La madre A, cuida del niño.

A es su madre.

Como se puede advertir, es sumamente más complicado construir una regla de inferencia cuando una garantía y su respaldo no están basadas en el positivismo, porque requiere de un proceso de raciocinio bien estructurado, y conforme a las reglas del discurso de las teorías estudiadas en este capítulo.

El primero de los argumentos, es argumento analítico, y el segundo, expresado en los términos tradicionales del silogismo contiene una regla de inferencia que puede verificarse en sentido contrario, a través de un enunciado demostrativo. En otras palabras, si de nuevo se quiere llegar al absurdo, toda mujer que se sacrifica y cuida a un niño, no necesariamente es su madre.

Luego, el autor concluye:

Por tanto, clasificaremos un argumento como analítico si, y sólo si, satisface ese criterio —es decir, cuando la comprobación del respaldo del a garantía suponga ipso facto la comprobación de la veracidad o la falsedad de la conclusión—, y procederemos así tanto si conocer todo el respaldo supone haber hecho verificar la conclusión y falsarla.⁷⁰¹

Así pues, el autor sostiene que el argumento analítico lo es por su contenido, y en razón a cómo está formulado, es decir, que el significado de las palabras no incide en su clasificación. En otras palabras, el silogismo tradicional de que Sócrates es mortal sólo sería analítico si se comprueba: qué es un hombre, y que los hombres mueren. Es decir, si se establece debidamente la garantía y su respaldo.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 177.

Otro absurdo es que Sócrates no sea humano, a pesar de tener todas las características, y tampoco se podría llegar a la inferencia de que Sócrates no es mortal.

3.1.8. Algunas distinciones cruciales.⁷⁰² Existe otra distinción que se debe tomar en cuenta, consiste en que los argumentos analíticos pueden ser concluyentes o provisionales, y los concluyentes pueden ser analíticos o sustanciales.

Esto es así porque en un argumento analítico se produce una consecuencia necesariamente concluyente, a partir de las premisas utilizadas, lo que permite validar la información contenida.

Si se sostiene que determinado mes, contiene el número mayor de días en los que llueve, no se puede concluir que <<necesariamente>> va a llover, sino en que <<probablemente>> va a llover, y esto lo que lo convierte en concluyente: la relación entre el paso de una dato a la inferencia.

Si dijéramos por el contrario, que en todo el mes de junio llueve, podríamos sostener que determinado día <<necesariamente>> va a llover. Podría clasificarse este argumento como analítico, y sin embargo no lo es, por a pesar de ello el resultado es probabilístico, luego que está sujeto a un enunciado demostrativo, y no a un supuesto hipotético.

Para traducirlo a un ejemplo jurídico, se puede utilizar supuestos normativos como el siguiente:

Todos tienen derecho al acceso a la salud.

Pedro está enfermo.

Necesariamente (luego) no tuvo acceso a la salud.

En este sentido, el argumento es sustancial, pero no es analítico, en razón de que el respaldo y la conclusión no tienen estas características. Entonces el hecho de

⁷⁰² *Ibid.*, pp. 179-186.

utilizar <<necesariamente>> no conlleva "que el respaldo de la garantía empleada incluye una referencia implícita al hecho que tratamos de inferir."⁷⁰³

3.1.9. Peligros de la simplicidad. En este apartado, el autor anuncia lo que estudiará en capítulos posteriores de su obra, por lo que no cabe hacer más comentario que el siguiente.

La lógica, como se había concebido, pretendía incluir en un modelo simple, las razones de las cosas, pero si se le entiende bien el autor, existe una enorme diferencia entre sencillo y simple. Llamar al silogismo tradicional como sencillo, sólo para persuadir respecto de sus eficacia conlleva ciertos peligros, como el que sean insuficientes para fundamentar un gran número de argumentos.

Un argumento con el silogismo clásico influyen en un sin número de errores de inferencia, porque pueden solucionar casos sencillo, pero lejos está de formular soluciones a casos difíciles. El riesgo consiste en que no se distinga y en la práctica se resuelvan unos y otros sin ninguna distinción.

ROBERT ALEXY

4. Bosquejo para una teoría del discurso práctico racional general de Robert Alexy.

La teoría que presenta este autor resulta de suma importancia para este trabajo, luego que su análisis parte, al igual que éste, de proposiciones normativas,⁷⁰⁴ y no respecto de hechos, como lo son otras teorías.

Para una correcta comprensión se ha considerado analizar el bosquejo de su teoría y posteriormente su teoría, y en ese orden, analizar el resto de la obra el autor, integrándola al análisis de estos dos temas.

⁷⁰³ *Ibíd.*, p. 184.

⁷⁰⁴ Manuel Atienza la considera como una teoría deficiente precisamente por esto, porque "se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo". Véase este autor en: *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 204.

4.1. Fundamentación de proposiciones normativas.

Existe un problema, sostiene el autor, para fundamentar a las proposiciones normativas, luego que "las expresiones normativas como <<bueno>> y <<debido>>... no designan –como supone el intuicionismo-⁷⁰⁵ objetos, atributos o relaciones empíricas, ni tampoco pueden reducirse –como afirma el naturalismo-⁷⁰⁶ a expresiones empíricas."⁷⁰⁷

Respecto a esto, entendemos⁷⁰⁸ que <<bueno>> es igual a enunciado normativo; y aquello a lo que aspira la mayoría es igual a predicado empírico.⁷⁰⁹ Entonces bueno puede sustituirse –según el naturalismo- siempre por aquello a lo que aspira la mayoría. El problema es que si bien es cierto que la mayoría aspira a A, no necesariamente A es bueno.⁷¹⁰ Es decir, como enunciado empírico se ve afectado por un sin número de circunstancias, por ejemplo: en determinado momento la mayoría puede aspirar a la guerra, pero ¿es la guerra bueno?

La libertad de procreación establecida en el artículo 4º de la Constitución mexicana, es algo a lo que la mayoría aspira, por lo tanto A es bueno. La libertad de procreación es una libertad que puede ejercerse en sentido positivo o negativo, o bien, como derecho subjetivo puede exigirse del sujeto obligado dos tipos de

⁷⁰⁵ El intuicionismo sostiene que existe algo así como un sexto sentido, luego que estas entidades no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, o bien, la capacidad de intuición apriorística, o una mezcla de ambas. En: W. D. Ross, *The foundations of Ethic*, Oxford, 1939, p. 30; y M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. 5a ed. Berlin / München, 1966, p. 87; citados por Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 55.

⁷⁰⁶ "Teorías en las que se parte de que las expresiones normativas como <<bueno>> y <<debido>> pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas". En: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel A. enza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 52.

⁷⁰⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 175.

⁷⁰⁸ Utilizo esta palabra para referirme a la posibilidad de comprensión del argumento de G. E. Moore al explicar "la cuestión abierta", y que Alexy la toma como base en: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 53.

⁷⁰⁹ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 53.

⁷¹⁰ *Ibid.*

conductas, una activa y una pasiva, lo que significa que el Estado debe proteger la decisión de las personas de tener hijos, o bien, la de no tenerlos. Así, el aborto podría actualizar una forma de libertad en sentido negativo, consistente en no hacerlo: no procrear; pero el aborto no es algo a lo que aspire la mayoría, debería concluirse entonces, con base en las premisas del naturalismo ¿que el aborto no es bueno?

Ante la problemática planteada, una expresión normativa contiene elementos ajenos a la moral y la ética, mismos que no pueden ser explicados con teorías metaéticas, pues incluso la libertad puede contener elementos propiamente negativos o lesivos por sus efectos, pero permitidos, siempre que no trasciendan del sujeto que lo ejerce de manera directa e inmediata, como lo es el uso de la marihuana, los deportes extremos, el propio suicidio etc. (Citar la resolución de la corte respecto del uso de la marihuana)

Por lo tanto, el significado de <<bueno>> puede no coincidir, por los menos no completamente, con el de <<aquello a lo que aspira la mayoría>>. En lugar de <<aquello a lo que aspira la mayoría>> se puede tomar cualquier predicado o conjunto de predicados. <<Cualquier que sea la definición que se ofrezca, puede preguntarse con sentido, del conjunto así definido, si él mismo es <<bueno>>. De aquí se deriva que la tesis definicionista del naturalismo no es válida.⁷¹¹

4.1.1. Acto ilucucionario de Austin,⁷¹² y el juego del lenguaje de Wittgenstein.⁷¹³ El acto ilucucionario y el juego del lenguaje son actividades guiadas por reglas.⁷¹⁴ Para la existencia de reglas es necesario que varias personas las sigan en diversos momentos. La reacción ante una falta demuestra la existencia

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² R. M. Hare, *The Language of morals*, London, Oxford, New York, 1952, p. III, citado por: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 73.

⁷¹³ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, citado por Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 64.

⁷¹⁴ Explicación de Robert Alexy de las teorías de Austin y Wittgenstein, en *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 66, 70 y 71.

de una regla. ¿Pero cómo se forma esa regla? La repetición del acto se forma por una concepción de lo bueno y lo debido, correcto o justo, pero en un estadio primario del proceso de estructuración del pensamiento.

Los estadios superiores como necesario y/o conveniente o justo, se forman cuando el signo conductor toma e interrelaciona o mezcla los elementos de las diversas subestructuras. Lo que significa que las estructuras del pensamiento no son lineales, sino que funcionan como un espiral, donde el signo conductor recorre varias veces los estadios o apartado o estructuras de pensamiento para configurar una idea, una imagen, un pensamiento etc.

La diferencia reside en que cada estructura está dotada de un campo más o menos amplio, o más o menos reducido, con una carga menor o mayor, donde el resultado del pensamiento, y la forma en que se concibe y representa el mundo dependerá de la fuerza, energía o capacidad de cada campo: innato, empírico, racional. Y así se puede identificar si una persona formula respuestas por tener un proceso cognitivo con una mayor influencia en alguna de sus estructuras o bien, si estas están equilibradas.

En esto se sustenta lo que Wittgenstein llama reglas y convicciones fundamentales que definen una forma de vida y a su vez forman un sistema, "como quiera que haya de determinarse éste; forman lo que Wittgenstein llama una <<representación del mundo>>".⁷¹⁵ "Las representación del mundo y las formas de vida, no son ni correctas ni falsas. Quien quiera atraer a alguien a su posición puede hacerlo mediante la persuasión, pero no mediante la fundamentación...".⁷¹⁶

El acto ilucucionario es una acción convencional, lo que significa que los mismos no serían posibles sin las reglas que les sirven de base. Así, los juegos del lenguaje como representación del mundo y el acto del ilucucionario como acción convencional son estructuras del pensamiento formuladas en espacio y tiempos determinados que configuran la forma en la que se concibe al mundo: es la

⁷¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* op. cit., p. 67.

⁷¹⁶ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, p. 512 y 262; en: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 67.

influencia en el proceso cognitivo y las estructuras en la que cada persona representa su mundo.

Las proposiciones normativas no pueden, a su vez, ser correctas ni verdaderas, porque son representaciones del mundo, y éstas ni son buenas, ni son debidas, luego que no son enunciados descriptivos.

Quien designa algo como bueno, dice que esto corresponde a un determinado *standart*, a determinados criterios. Estos criterios son el significado descriptivo de <<bueno>>. A diferencia del significado valorativo, del descriptivo puede cambiar con el hablante, el objeto sobre el que se habla y la situación. Un corredor de carreras que recomienda un automóvil usa un *standart* diferente al usado por el filósofo que designa como buena una forma de Estado.⁷¹⁷

4.1.2 El intuicionismo por su parte, sostiene que las expresiones <<bueno>> o <<debido>> expresan otras propiedades o relaciones no empíricas.⁷¹⁸ La medula intuicionista se basa en el elemento de la evidencia: algo es algo porque hay evidencias suficientes.

La problemática planteada representa *per se*, un problema de raíz, luego que aquí reside esencialmente la identificación y calificación adecuada de cada caso concreto, pues si partimos de que la proposición normativa asigna determinado estándar para construir o darle contenido a una regla de inferencia, sea por considerarse bueno o debido, sería como aceptar cierto grado de intuicionismo, porque forzosamente la regla de inferencia debe contener objetos y atributos para que pueda solucionar el problema, y la intuición no los puede asignar, porque simplemente esta no los identifica, sólo los toma por ciertos. Es decir, ¿cómo puede sostenerse, por ejemplo, al comparar una norma secundaria que ésta no reúne los atributos de buena o debida, si la proposición normativa constitucional carece de fundamentación? Sería tanto como sostener la metáfora de Hart, en sentido

⁷¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 75.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

contrario, de que un elefante es un elefante porque es evidente que es un elefante, sin tomar en cuenta que cada persona construye diferentes tipos de realidades.

Entendemos pues, que nos referimos a intuición cuando no podemos explicar alguna cosa a través de los sentidos. Sin embargo, esto explicaría que ante determinada situación, el ser humano produce reacciones que tienden a proteger el objeto, aunque no configure formalmente una solución o no pueda formalizar su descripción,⁷¹⁹ y he aquí donde se manifiesta el ser predeterminado que subyace. En otras palabras, la estructura subyacente se forma por la interrelación de estructuras adyacentes como lo son: una primitiva innata, una empírica y una artificial, formada por los conceptos lógico y racional adquiridos en diferentes etapas de desarrollo de cada persona.

El problema de la fundamentación se entiende en un sentido abstracto, en el que una entidad o estructura mental origina y sustenta una decisión para materializarla en algo. Es decir, una estructura mental construida de manera empírica o innata, incluso, por ambas. Así, Ambas pueden formar una estructura remota configurada por patrones: genéticos, visuales, auditivos y sensoriales; pero que no se explican o al menos no las ha podido explicar el naturalismo ni el intuicionismo. Imaginemos dos diagramas opuestos, pero que al unirse forman una estructura compuesta: una estructura mental.

La estructura A contiene elementos innatos o intuitivos, y la estructura B, elementos empíricos. Por sí solos no son más que partes atómicas dispersas, pero al unirse construyen formas o estructuras moleculares de pensamiento. Cada una de éstas predetermina las formas, no de pensar, pero si la forma en la que se estructura el pensamiento: forman una estructura mental.

4.1.3. Emotivismo. Según el emotivismo, las expresiones usadas en proposiciones normativas, realizan dos funciones, una, consistente en designar, y otra, que es el

⁷¹⁹ Esta afirmación se basa en la metáfora de Hart de "yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo". Véase: Hart, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Argentina, Título original *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. p. 17.

objeto de su función: expresar y/o provocar sentimiento y/o actitudes.⁷²⁰ En palabras concretas, su función es influir en alguien, luego que los juicios éticos condicionan actitudes. Para esto se utiliza el ejemplo de la palabra democracia en tanto que tiene un significado emotivo positivo. "Este significado puede unirse con las concepciones políticas más diferentes y ser usado, de esta manera, para influir."⁷²¹ ¿Quién en su sano juicio podría hacerse llamar antidemocrático?

4.1.4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.

El discurso jurídico requiere que se compruebe la verdad o corrección de sus proposiciones. A estos tipos de discurso Alexy los llama discurso práctico, como caso especial.⁷²² El autor sostiene lo anterior, al mismo tiempo que señala que las concepciones tratadas en puntos anteriores "no hacen justicia al hecho de que a los juicios de valor y de deber se une 'una pretensión de corrección'".⁷²³ También aduce que, no obstante que lo anterior pueda ser discutible, ello no justifica todavía hablar de la fundamentabilidad o corrección de las proposiciones normativas.⁷²⁴ -Y continua- Tales discusiones podrían no ser otra cosa que actuaciones para la persuasión o la influencia psicológica.⁷²⁵

Para ejemplificar lo anterior, el autor dice lo siguiente:

La discusión de la tesis de Hare y Toulmin mostró que quien aduce en favor de una proposición normativa N (por ejemplo, <<A ha obrado mal>>) una razón G (por ejemplo, << A ha mentado>>), presupone una regla R (por ejemplo, <<mentir es malo>>), de la que, juntamente con G, se sigue N lógicamente.⁷²⁶ No puede designarse en este caso como <<fundamentable por medio de G y R>>. Quien desee poner en duda la fundamentación de N por medio de G y R, puede dirigirse contra G o bien contra R. Si se dirige contra R, es necesario fundamentar la regla que se expresa a través de <<es malo mentir>>. En esta

⁷²⁰ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 56.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 57.

⁷²² *Ibid.*, p. 177.

⁷²³ *Ibid.*, p. 176.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 176.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ R.M Hare, Freedom en Reason, p. 21; y E, Toulmin, The Uses of Argument, p. 97.

fundamentación de segundo nivel se puede aducir como razón un enunciado como <<mentir ocasiona sufrimientos evitables>> (G'). Aquí, a su vez, se presupone una regla (R'); por ejemplo, <<lo que causa sufrimientos evitables es malo>>. Si se quiere, siguiendo este ejemplo, fundamentar también R, entonces es necesaria una nueva regla R'', y así sucesivamente.⁷²⁷

En efecto este ejercicio nos conduce hacia el infinito y sólo se puede evitar por una decisión que no haya de fundamentarse.⁷²⁸

Se advierte pues, la problemática de fundamentar la regla R, de la que se infieren las reglas N y G; luego que de aquí se origina la identidad de N y la razón G. Si A miente es malo, por lo tanto A ha obrado mal. La problemática pues reside en las proposiciones que se utilizan para que se conciba la regla R, luego que el empirismo nos muestra que no se puede dar por hecho que mentir es malo, en tanto que existen circunstancias donde, incluso, la mentira puede evitar dolor y sufrimiento, así como estadios de infelicidad.

De la descripción anterior se advierte que existe, por una parte, una estructura donde se conciben las cosas; y una superior, donde se confeccionan, es decir, donde se forma la reglas de inferencias. Se dice esto, porque no se puede fundamentar al infinito la regla R, a menos que se explique de manera psicológica o sociológica⁷²⁹, y esto es lo que exactamente sucede; que las reglas de inferencia son estructuras al igual que aquellas que sirven para concebir la regla N, no así la regla G, que es un enunciado empirico o descriptivo.

4.2. Teorías del discurso posible.

Una teoría del discurso puede ser empírica, analítica y/o normativa. Es empírica cuando en ella, para poner sólo algunos ejemplos, se describen y explican la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de

⁷²⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 176.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 176 y 177.

determinados argumentos, el efecto de los argumentos o las concepciones predominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Es analítica, cuando en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y de los argumentos posibles. Finalmente, es normativa cuando en ella se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso.⁷³⁰

Bajo las teorías empíricas no se fundamentan las reglas, esto sólo es posible bajo la teoría normativa⁷³¹.

4.3. Fundamentación de las reglas del discurso. Para los efectos de encontrar las reglas del discurso se plantean cuatro vías.

4.3.1. La vía técnica. "... consiste en considerar las reglas del discurso como reglas técnicas."⁷³² Estas a su vez prescriben medio para determinados fines.⁷³³

4.3.2. La empírica. Que los hechos son consecuencia de las reglas, es decir, que el hecho se produce en acatar una regla.⁷³⁴

El problema de esta regla, como lo dice el autor, es la constatación de que la norma rige fácticamente, así como la correspondencia con las convicciones realmente existentes. Si se analiza, por ejemplo, el impuesto a la tenencia de vehículos se podrá advertir que si bien es bueno y debido el pago de impuestos, la tenencia como tal, su fundamentación, no está acorde con las convicciones reales existentes, porque se considera que no existe fundamento para ello. Desde otro punto de vista, su fundamentación se puede originar partiendo del bien común, como lo es la contribución al Estado, y por otra, el goce de dicho bien. En efecto la existencia de pagar un impuesto está fundamentada en que es bueno para el Estado, incluso es indispensable, pero el simple pago de impuestos por tener algo se observa injustificable, máxime que tener la cosa es un efecto lógico-deductivo de su

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 177 y 178.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 178.

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 180.

adquisición. Por ello, ante esa posición resulta injustificado dicho impuesto, si su justificación radica en la simple tenencia, luego que se pagó un impuesto (impuesto sobre la renta) cuando se adquirió el valor con el que se adquiere el vehículo, y en la adquisición también se realizan el pago las contribuciones correspondientes.

Por otra parte, si se considera que el pago se realiza por el goce de un bien, y a su vez, el desgaste del bien, es sostenible que la tenencia presupone un uso, y en ese orden de ideas, la construcción y conservación de vías de comunicación, personal de tránsito, y todas las herramientas para hacer viable el uso de los vehículos; entonces es justificado el cobro de la tenencia, bajo dos bases: el goce de uso y desgaste, y la posibilidad de contribución, lo que arrojaría que en efecto el transporte público soporte una mayor carga, así como la presunción de la posibilidad contributiva en razón a un dato objetivo, como lo es el precio del vehículo.

El problema de lo anterior, es que enunciativamente existe el pago por circular, que es más bien un pago de uso y desgaste en el que se puede fundamentar el pago de la tenencia, es decir, uno de esos dos pagos debe ser injustificado, y en este caso, descriptivamente el pago de la tenencia no tiene fundamentación porque existe el pago del permiso para circular.

4.3.3. Definitoria. Esta consiste en fundamentar la regla mediante la presentación de un sistema de reglas que son seguidas fácticamente; su presentación es el fundamento para su aceptación, o bien que se argumente que ya son seguidas en los hechos.⁷³⁵ Como lo sostiene el autor, la debilidad de esta regla consiste en que el hecho de que una regla se siga o se esté siguiendo no necesariamente significa que esté fundamentada, porque sólo es explicado y presentado y respecto a ellos no se aducen más razones.

4.3.4. Pragmática-universal. "...consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística."⁷³⁶

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 182.

⁷³⁶ *Ibid.*

4.4. Las reglas y formas del discurso práctico general.

Existen distintos tipos de reglas que definen el discurso práctico racional, también hay reglas del argumento y éstas deben distinguirse de aquellas.⁷³⁷

4.4.1. Reglas fundamentales. Cuatro son las reglas, y están sujetas a una condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en el que se trate de la verdad o corrección: ningún hablante puede contradecirse; todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree; todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier objeto igual a a en todos los aspectos relevantes; distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.⁷³⁸

4.4.1.1. Las reglas lógicas. A las proposiciones normativas le son aplicables las normas de la lógica, no obstante que por lógica se entienda a la ciencia de las leyes de la verdad, por tres razones: porque se puede sustituir "verdadero y falso" con "válido e inválido" o "lícito e ilícito"; también porque las expresiones como "y" si...entonces", "todos" y "algunos" demuestran que existen relaciones lógicas entre los enunciados, y finalmente –dice el autor– es por la posibilidad de construir semánticas –teorías de modelos– en las que también los enunciados normativos puedan ser evaluados como verdadero o falsos. Y por que la lógica también se refiere a la deontica, por lo que el elemento de no contradicción se refiere también a incompatibilidades deónticas.⁷³⁹

4.4.1.2. Regla de sinceridad. No es posible que alguien pueda discernir algo si no cree en lo que está diciendo. Este apartado no se refiere a falacias o conjeturas, sino más bien a que existe la certidumbre entre la convicción del hablante con lo sostenido en su discurso.⁷⁴⁰

4.4.1.3. Regla de coherencia. Así la interpreto, como la coherencia o universalidad en la aplicación de algo sobre algo. Debe de estar dispuesto, y no sólo ello, de existir

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 184.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 185.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 186.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

la posibilidad de aplicar una regla a otros objetos, con el fin de concluir satisfactoriamente un punto en conflicto. No puede aplicar un juicio de valor a un asunto y decidir no aplicarlo a otro cuando sus elementos revisten una identidad cualitativa.⁷⁴¹

4.4.1.4. Regla de significados y significantes: uso de un lenguaje común.⁷⁴²

Para esto es necesario una comunidad de conceptos plenamente definidos. El desconocimiento de los conceptos y de las figuras así como las pretensiones de cada una de las partes origina vacíos interpretativos, sobre interpretaciones e infra interpretaciones que pueden mutar, mutilar, desvirtuar o desviar la discusión, arrojando conclusiones o soluciones incongruentes.

A las reglas lógicas y al uso de un lenguaje común el autor las llama reglas fundamentales.

A las reglas fundamentales se le puede configurar como una estructura donde se conciben las cosas original o artificialmente; estructuras que asignan o atribuyen una función según el objeto que se analiza. Luego que el uso de un lenguaje común requiere forzosamente que a algo se le conciba como algo determinado o bien se le determine, y se le atribuya una función dentro de ese lenguaje o comunidad de conceptos, así como del objeto o estructura que se analiza.

4.4.2. Reglas de razón. Todo enunciado normativo debe contener una justificación de su aserción, luego que la aserción no es la simple expresión de algo; mediante ella también se afirma que algo es verdadero o correcto. En ese sentido todo hablante, si bien no debe fundamentar su aserción, sí debe tenerla. A esto se le llama "la regla general de fundamentación".⁷⁴³

En este ejercicio de fundamentación se aplican tres reglas, la de igualdad de derechos, universalidad y la de no coerción. Así la primera regla puede calificarse como de inclusión; la segunda regla sobre la libertad de discusión: donde existe la capacidad de problematizar, introducir aserciones o expresar simples opiniones o

⁷⁴¹Ibid.

⁷⁴²Ibid., p. 186 y 187.

⁷⁴³Ibid., p. 188 y 189.

deseos; y la tercera sobre la no coerción, es decir, que el discurso interno o externo no debe estar limitado o ejercer coerción respecto de cierta conducta, acción o reacción.

Concluye el autor afirmando que: "estas reglas proporcionan una explicación de la pretensión de verdad o corrección. La pretensión de justicia es un caso especial de la pretensión de corrección."⁷⁴⁴

4.4.3. Las reglas sobre la carga de argumentación. La carga de argumentar, atendiendo a la posibilidad de que todos tienen libertad de problematizar –dicho por el autor- "repetiendo mecánicamente como un niño la pregunta <<¿por qué?>>"⁷⁴⁵, recae en la persona que sostiene una aseveración, lo que jurídicamente está definida como la carga de probar de aquel que afirma un hecho positivo, si se quiere convertir esto en un enunciado descriptivo.

La regla de universalidad plantea la libertad, en pocas palabras, de preguntar hasta que se satisfaga la duda respecto de la aseveración introducida, pero no contiene como tal una regla para aquel que problematiza; lo que nos retrotrae a la réplica de Trasímaco a Sócrates:

-Sócrates. ¿a qué viene tanta palabrería? ¿A qué ese pueril cambio de mutuas concesiones? ¿Quieres saber sencillamente lo que es la justicia? No te limites a interrogar y a procurarte la necia gloria de refutar las respuestas de los demás. No ignoras que es más fácil interrogar que responder.⁷⁴⁶

Lo mismo sucede con la carga de fundamentar respecto del que trata a una persona distinto que a otra. En este caso cuando se ha adoptado una postura o un criterio y este se ha seguido, existe la carga de fundamentar el cambio.

En este aspecto, cabe traer al tema, las contradicciones de tesis o la modificación de jurisprudencia, donde no se fundamenta el cambio, y se limita a afirmar que existe un nuevo criterio, o el criterio a prevalecer; sin embargo no se dan razones o

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 190.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁴⁶ Platón, *La República*, 1ª edición, tomada de la traducción de José Tomás y García de 1886. Editorial Panamericana, Colombia, 2003, p. 22.

bien se analiza el por qué el anterior criterio no es aplicable, lo que de sí contiene un error de origen, luego que si bien se nos dice el por qué el nuevo criterio es bueno, debido, justo o correcto, no se nos dice (fundamenta) el por qué el anterior es todo lo contrario. Y me refiero a todo lo contrario, porque si es relevado o sustituido por otro, significa que su aplicación o su fundamentación resulta inválida, no buena, no correcta o injusta.

la esencia de la contradicción radica más en la necesidad de dotar al sistema jurisdiccional de seguridad jurídica que en la de comprobar que se reúna una serie de características determinadas en los casos resueltos por los tribunales colegiados de circuito; de ahí que para determinar si existe o no una contradicción de tesis debe analizarse detenidamente cada uno de los procesos interpretativos involucrados -y no tanto los resultados que ellos arrojen- con el objeto de identificar si en algún razonamiento de las respectivas decisiones se tomaron vías de solución distintas -no necesariamente contradictorias en términos lógicos- aunque legales, pues al ejercer el arbitrio judicial pueden existir diferendos, sin que ello signifique haber abandonado la legalidad. Por ello, en las contradicciones de tesis que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está llamada a resolver debe avocarse a reducir al máximo, cuando no a eliminar, ese margen de discrecionalidad creado por la actuación legal y libre de los tribunales contendientes.⁷⁴⁷

Las demás reglas consisten, también en la carga de argumentar cuando se ataca un argumento que no es objeto de la discusión; la contraargumentación sólo es exigible cuando se ha aducido argumentos en contra el argumento inicial, y así sucesivamente; por último, en las expresiones no argumentativas se debe justificar el objeto de sus manifestaciones.⁷⁴⁸

4.4.4. Las formas de argumento. Las proposiciones normativas singulares N, se fundamentan con una regla R, presupuesta como válida, y una regla F, que señala

⁷⁴⁷ Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte Justicia de la Nación, tesis: 1a./J23/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, página 123; número de IUS 165076.

⁷⁴⁸ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., p. 193.

las consecuencias imperativas N a seguir. La utilización de estas reglas presupone también, la verdad de un enunciado T descriptivo.⁷⁴⁹

El autor utiliza la letra F, de *Folge*, que significa consecuencia, y utiliza la letra T, para representa a los enunciados empíricos en tanto que T viene de *Tatsache*, que significa: supuesto de hecho.⁷⁵⁰

Si quisiéramos traducir alguna norma, se podría hacer en la siguiente forma:

N = Proposición normativa singular. N = Prohibido privar de la vida a otra persona.

R = Tipo penal (homicidio) el homicidio no es bueno.

F = Penalidad: privación de la vida como supuesto de hecho, y privación de la libertad (Consecuencia de actualizarse el imperativo N). En razón a que requiere la participación de dos sujetos: el activo y el pasivo.

T = Juan privó de la vida a Pedro (Enunciado descriptivo).

En un sistema positivista presuponer las reglas (leyes; tipos penales) como válidas deviene del principio de legitimación de la autoridad que emite la regla R. Se presupone como válida porque fue emitida por la autoridad competente. A este respecto Kelsen señala: "Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte imponer normas."⁷⁵¹

En este caso –sostiene el autor- R se puede justificar señalando el estado de cosas (Z) en caso de que R se de: (ZR) o señalando la actualización de las consecuencias (F), consistente en señalar el estado de cosas futuras en caso de que R se produzca: R = (ZF).⁷⁵²

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 193 y 194.

⁷⁵⁰ Véase Atienza Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 159.

⁷⁵¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, 16ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 202.

⁷⁵² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 194.

En lenguaje común, se entiende que si R: tipo penal, se actualiza, entonces el estado de cosas es que se ha privado de la vida a una persona (ZR); entonces el estado de cosas futuras es que se aplique la consecuencia F (ZF), consistente en la penalidad establecida para el caso de R. Así, hablar de las consecuencias de la regla R es (FR).⁷⁵³ Esto último (FR), consiste en que F es la referencia de la indicación de las consecuencias de la actualización de la regla R. Por lo que F indica algo en referencia con una regla, en este caso la norma presupuesta como válida (tipo penal del homicidio).

Para representar las formas del argumento, Alexy utiliza estas dos formas:

(4.1) T	(4.2) F
<u>R</u>	<u>R</u>
N	N

Estas formas de argumento Atienza⁷⁵⁴ las traduce a la siguiente forma:

<p>(4.1) A ha mentido innecesario</p> <p style="text-align: center;"><u>Es malo mentir</u></p> <p style="text-align: center;">A ha actuado mal</p>	<p>(4.2) Al mentir, A causa sufrimiento innecesario</p> <p style="text-align: center;"><u>Es malo causar sufrimiento innecesario</u></p> <p style="text-align: center;">A ha actuado mal</p>
--	--

Estas –dice el autor- son subformas del argumento. El argumento general se representa en la siguiente forma:

(4) G ⁷⁵⁵
<u>R*</u>
N*

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 195.

⁷⁵⁴ Atienza Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013, p. 159.

⁷⁵⁵ El autor utiliza la letra G de ground, que significa: razón o fundamento. Véase Atienza Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 160.

Por último, el autor sostiene que “⁷⁵⁶reglas distintas pueden llevar a resultados incompatibles entre sí en fundamentaciones de la misma forma o en fundamentaciones de formas diferentes,” por lo que se debe decidir qué normas tienen prioridad.

Para esto, existen dos tipos de reglas: las reglas de preferencia total, y las reglas de preferencia parcial. Las primeras tienen preferencia en cualquier condición, y las segundas solamente en determinadas condiciones.

Las reglas de prioridad pueden tener dos forma:

(4.5) $R_i P R_K$ o bien $R_i P R^*K$.

(4.6) $(R_i P R_K) C$ o bien $(R_i P R^*K) C$.

4.4.5. Reglas de fundamentación. A las reglas anteriores se añade otro grupo, al que se le llama reglas de fundamentación, que se identifican por contener características de la argumentación práctica y regulan la fundamentación con las reglas anteriores.⁷⁵⁷ Con las reglas (4.1) y (4.6) se puede justificar cualquier proposición normativa y cualquier regla.⁷⁵⁸

Del principio de generalizabilidad planteado por Hare, Habermas y Baier se distinguen las siguientes:

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

-Y la explica de la siguiente forma: cualquiera debe poder estar de acuerdo con las secuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para cualquier otro.

⁷⁵⁶ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 196.

⁷⁵⁷ Atienza Manuel, Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica, UNAM, México, 2013, p. 160 y 161.

⁷⁵⁸ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 197.

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

-Y la explica de la siguiente forma: cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1.) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones del hablante deben pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dada.

Esto se explica en que el resultado del discurso práctico sea llevado a la práctica.

4.4.6. Las reglas de transición.⁷⁵⁹ Debido a la problemática que surgen en el discurso debe existir la posibilidad de transitar a otras formas de discurso se da por mediante estas reglas:

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar de un discurso teórico (empírico)

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 200.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

4.5. Los límites del discurso práctico general.

Reviste importancia que las reglas (2.1)-(2.3) sólo puedan cumplirse parcialmente, lo que muestra que no todos los pasos de la argumentación están determinados, "y de que todo discurso tiene que partir de concepciones normativas históricamente dadas y, por ello, mutables. Esto demuestra cierta imposibilidad de obtener una certeza definitiva, lo que produce a su vez, que toda solución pueda ser revisada."⁷⁶⁰

La posibilidad discursiva es aquella posibilidad de fundamentar dos proposiciones normativas o reglas incompatibles entre sí, sin contravenir las reglas del discurso. Estos es, la posibilidad de decidir entre dos soluciones contradictorias.⁷⁶¹

En apariencia existen dos soluciones contradictorias, y la posibilidad discursiva posibilita adoptar una de ellas, sin que la otra se destruya.

Cabría analizar, si esa posibilidad discursiva no funciona como una estructura subyacente (ES). Ésta es una solución que siempre está ahí, atrás o aparentemente escondida, que saldrá a la luz una vez que se presente un problema particular entre una solución dada y otra que aparente estar en contradicción, que impida el funcionamiento lógico del sistema, o bien, cuando un sistema contenga estructuras ilógicas y éstas obstaculicen su funcionamiento.

ROBERT ALEXY

5. Una teoría de la argumentación jurídica.

En el estudio de la teoría de argumentación de Viehweg, me ocupe medularmente de entender el diseño estructural de la argumentación jurídica propuesta en su obra;

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 201.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 202.

sin embargo, ello no es necesario al analizar la teoría de Robert Alexy, porque él mismo se encarga de expresar de manera clara el diseño de su estructura. En páginas 283 a 285, se encuentran las reglas y formas del discurso práctico racional; y en páginas 285 a 287 las reglas y formas del discurso jurídico.⁷⁶² Luego, el objetivo de este estudio se centrará en la comprensión integral, para luego aplicarse a un caso jurídico particular y concreto

Una de las características que distingue a la argumentación jurídica de otro tipo de discusiones y argumentaciones, es su vinculatoriedad al Derecho vigente.⁷⁶³ Lo que significa esto, es que dicha argumentación se materializa o se realiza en la historia, porque resuelve o propone la solución de una cuestión jurídica puesta a discusión.

Imagine usted lo siguiente: usted (persona A) le prestó mil pesos a una persona B, con un interés del diez por ciento mensual. Los pagos se realizarán en diez parcialidades que comprenderán los intereses capitalizables a esa parcialidad, y así hasta liquidar toda la deuda. No obstante esto, la persona B no le paga, ni siquiera la primera mensualidad; por lo que la persona A decide demandar, a su vez la B se excepciona aludiendo que existe una desproporción y los intereses constituyen usura, por lo que en sentido estricto se niega a pagar los intereses.

La teoría de Robert Alexy, sostiene, en pocas palabras, que la solución a este conflicto, se soluciona, con el discurso práctico general, porque la decisión jurídica, es un caso especial de este discurso.⁷⁶⁴ Si se pudiera concretizar, o bien simplificar, la teoría sostendría que la solución jurídica es la maximización de la lógica aplicada de manera racional. Por decirlo de otra forma, una persona con una capacidad racional, empleando las reglas de la lógica y a través de un estudio analítico, entendiéndolo por esto, al lenguaje, podría llegar a una solución correcta o justa en un sentido amplio de estos términos, sin que existiera una regla de Derecho positivo

⁷⁶² *Ibid.*, 2012.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁶⁴ Toulmin afirmó esta postura veinte años antes. Más aún, los procesos judiciales son sólo una clase especial de debates racionales en lo que los procedimientos y reglas de la argumentación se han fossilizado al convertirse en instituciones. En: Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 35. Texto publicado originalmente en inglés en el Reino Unido en 1958.

que lo guiara, o incluso ante su desconocimiento, porque todos los sistemas son concepciones de estructuras lógicas.

Una cuestión de relevancia que sostiene el autor, es que en las argumentaciones jurídicas, a diferencia de la argumentación práctica general, "no se someten todas las cuestiones a discusión. Dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones."⁷⁶⁵ Las principales limitaciones se advierten dentro del proceso. Este punto se tratará más adelante, no obstante, reviste cierta relevancia, en tanto que en las resoluciones jurídicas, cuando se suple la queja, por ejemplo, se violan las reglas tanto del discurso jurídico, como de la argumentación práctica general, al corromperse la actividad y naturaleza dialéctica del discurso jurídico dentro del proceso, lo que evita que se pongan a discusión determinados temas y que estos no hayan estado sujetos al proceso de análisis y discusión de las partes, lo que si bien no le resta validez, si demuestra una falta de pretensión de corrección,⁷⁶⁶ ya que ciertas sentencias no buscan ser correctas o justas, sino ventajosas.⁷⁶⁷ Cabe aquí aclarar que el fundamento de la suplencia de la queja reviste, supuestamente eso, en que lo que se busca a través de esta figura es una pretensión de corrección o justicia, luego que va dirigida a personas, como enunciado empírico, vulnerables, al menos en el contexto histórico mexicano, como lo son los menores de edad, las mujeres, el sector agrario, el obrero, el procesado penalmente etc. Sin embargo, la corrupción del proceso dialéctico podría afectar, por ese sólo hecho, la propia pretensión de corrección.

5.1. Discurso jurídico como caso especial del discurso práctico.

El elemento común entre el discurso práctico general y el discurso jurídico, es que ambos analizan la corrección de enunciados normativos.⁷⁶⁸ En el discurso jurídico, como caso especial, como condiciones limitadoras, entre otras, se encuentra la ley.

⁷⁶⁵ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 206

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 209.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 35.

los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las limitaciones procesales.⁷⁶⁹ Para efecto prácticos, la Constitución federal divide al derecho en penal y civil, y establece ciertos principios rectores; respecto al civil, lo limita a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. No obstante, la decisión judicial al que está sujeto cualquier fundamento, como en el derecho positivo lo es el derecho vigente, se origina en un enunciado constitucional.

Lo anterior estaba fundamentado –dice el autor– en que el Derecho resuelve cuestiones prácticas, consistentes en hacer o no hacer, o sobre lo que se puede o no hacer, sometidas a una pretensión de corrección,⁷⁷⁰ y porque se desarrollan bajo ciertas limitaciones.⁷⁷¹ No obstante tales limitaciones, el discurso jurídico dentro del proceso no deja de ser una argumentación racional.⁷⁷²

Para citar un ejemplo de lo anterior, se puede analizar el principio del debido proceso como pretensión de corrección. Si tomamos como válido que el debido proceso es una pretensión de corrección, entonces, reglas del discurso jurídico como caso especial es necesariamente aplicable; me explico: en la discusión pública respecto de los alcances del amparo adhesivo desarrollado en la tesis 2009073, originado por la contradicción de tesis 136/2014 y 483/2014, se resolvió la corrección del siguiente enunciado jurídico, frente al principio aludido:

El discurso jurídico dentro del proceso puede ser tildado de incorrecto, cuando algunas de sus reglas de limitación proporcionan a una de sus partes una ventaja sobre el otro, no obstante que el enunciado jurídico de origen tenga una pretensión de corrección.

Dos son los enunciados normativos que contienen una pretensión de corrección que se sujetaron a una regla de ponderación. El primero, alegado por algunos

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 35 y 36.

⁷⁷⁰ Tanto en los enunciados jurídicos como en los enunciados normativos generales se plantea una pretensión de corrección. Robert Alexy. P. 208.

⁷⁷¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., p. 207.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 208.

ministros, que al parecer de la discusión pública de la Suprema Corte, como lo son Sánchez Cordero y Lelo de la Rea, participaron incluso de su redacción, consistente en que lo que persigue el artículo 182 de la ley de amparo no sólo es una cuestión de corrección, sino de verdad, luego que el objetivo del amparo adhesivo se analizaran todas las cuestiones que pudieran trascender al sentido del fallo. En el otro extremo, la mayoría de los ministros se decidieron por una pretensión de corrección, acertando que tal fracción violaba el debido proceso por otorgar una ventaja en el tiempo a una de las partes, incluso una segunda oportunidad para impugnar partes de la decisión que por voluntad propia no decidió hacerlo en el plazo concedido, a pesar de que la sentencia le haya beneficiado; cuestiones que se analizarán más adelante.

5.1.1. Paso a la teoría de la argumentación jurídica. La tesis del caso especial consiste en sostener que en el discurso jurídico también se plantea la pretensión de corrección. Lo anterior se sostiene, ya que el marco jurídico vigente puede ser racionalmente fundamentado.⁷⁷³

5.2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica.

Dentro de la justificación encontramos un aspecto interno y uno externo. El primero se refiere a que la decisión se sigue lógicamente de las premisas, mientras que la segunda se refiere a la corrección de estas premisas.⁷⁷⁴

5.2.1 Justificación interna. En la justificación interna encontramos lo que se llama "silogismo jurídico", en cual se representa de la siguiente forma.

(J.1.1)

* (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (13, ap. 1 de la Ley del soldado)

* (2) El señor M es un soldado.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 213.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 213 y 214.

(3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2).

El silogismo planteado satisface la regla de universalidad porque brinda un trato no diferenciado a todos (soldados), por lo que la decisión jurídica encuentra fundamentación porque por lo menos se aduce una norma universal, y se sigue de ésta junto con otras proposiciones.⁷⁷⁵

En ese sentido, podríamos sostener que las premisas son válida, pero no podríamos decir lo mismo respecto de la corrección de las premisas.

Como bien lo sostiene el autor, el esquema planteado (J.1.1) es insuficiente en todos los casos. Incluso, cuando se está frente a una regla universal de derecho positivo, vale para fundamentarla, caso contrario, deberá construirse la regla.

Para ejemplificar lo anterior, podríamos citar de nuevo el enunciado constitucional que expresa el artículo 4º constitucional: toda persona tiene el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos.⁷⁷⁶ En esta caso, como lo sostiene el autor, estamos ante la presencia de un caso complicado porque: la norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; porque su aplicación requiere de complementos a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas;⁷⁷⁷ cuando son diversas las consecuencias jurídicas o cuando de la expresión se pueden producir distintas interpretaciones.⁷⁷⁸

Como se podrá advertir, en el supuesto del soldado, no está en juego la corrección de las premisas para fundamentar la norma. En un estricto sentido, el argumento es válido porque su deducción es una consecuencia lógica, pero hasta este momento, no podemos sostener lo mismo respecto de su corrección.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 215.

⁷⁷⁶ El autor utiliza el supuesto de un homicidio doloso para ejemplificar su fórmula; sin embargo, en tanto que este trabajo tiene como objetivo la argumentación constitucional se consideró utilizar un enunciado a fin.

⁷⁷⁷ Dependiendo del sistema jurídica, sea positivista de casos o precedentes, en uno la ley secundaria complementa y describe las situaciones de hecho a las que se sujetará, dándoles contenido, y en el segundo supuesto, la jurisprudencia (los casos resueltos en los tribunales) le dan su propio contenido.

⁷⁷⁸ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 216.

En los casos complejos o difíciles, ciertas premisas no se deducen de ninguna ley o regla. Entonces, como tal, el proceso deductivo se ve limitado por el mismo derecho positivo, luego que se produzcan una serie de premisas no extraídas de esto.⁷⁷⁹

La descripción del párrafo anterior, en el sentido que lo hace el autor, muestra que existe una regla o una etapa de la argumentación que emerge a luz u oscuridad de cualquiera sistema de derecho, ya sea neoromanista o de derecho común.

5.2.2. La justificación externa. Dicho por el autor, "el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna."⁷⁸⁰ Dentro de los varios tipos de premisas que se pueden utilizar en esta etapa se distinguen tres: ⁷⁸¹reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos, y las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo."

Un aspecto que sobresale es que la fundamentación de la tercera de las premisas enunciadas en el párrafo precedente, se puede hacer mediante la argumentación jurídica. El autor refiere que cuando se hable de justificación externa deberá entenderse a la fundamentación de las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos.

5.2.2.1 Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa. Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa se clasifican así: (1) la ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón,⁷⁸² (5) empirie,⁷⁸³ y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.⁷⁸⁴

5.2.2.2. Sobre la argumentación empírica. El autor sostiene en que casi todas las formas de argumentación jurídica, al igual que la argumentación práctica general, incluyen enunciados empíricos.⁷⁸⁵ Lo que vendría a reforzar la premisa de Viehweg

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 220.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 222.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² Se refiere a la argumentación práctica general.

⁷⁸³ Se refiere a la argumentación empírica.

⁷⁸⁴ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 223.

⁷⁸⁵ Así, la a) queda en: la tópica es una técnica del pensamiento problemático. El b) en: suministra datos (es un precedente) 224.

establecidas en los primeros enunciados analizados en apartados anteriores: que la tónica es una técnica del pensamiento problemático. El que suministra datos (es un precedente), es decir, que se centra siempre a casos y problemas concretos.

En la argumentación jurídica los enunciados empíricos tienen suma relevancia, pues como es aceptado, uno de los elementos del derecho es que tiene una aplicación en la historia,⁷⁸⁶ es decir, en los hechos y sucesos y estado de cosas existente, y ninguna fundamentación eficaz puede tener origen en planteamientos netamente descriptivos. Por ello, la regla de transición entre enunciados descriptivos y empíricos resulta trascendental para convencer y persuadir respecto de una proposición normativa o respecto de la justificación externa; sin embargo el discurso jurídico no puede reducirse a un discurso empírico, porque carecería de fundamentación, es decir, sería un conjunto consecutivo de hechos intrascendentes.

Un ejemplo de lo anterior puede advertirse en la etapa de acusación de los juicios orales, donde el conjunto de hechos son la base, luego que en esa parte del proceso no se intenta interconectar a los enunciados empíricos con la argumentación práctica general, sino únicamente establecer el suceso comprobado de determinados hechos, sin que sea posible formular argumentación alguna. Así, el discurso se ve limitado a la narración del cúmulo de hechos demostrados sin que sea posible, al menos en esa etapa, inferir, ni concluir la razón de los hechos del acusado, únicamente se establece la causa probable (la relación de los hechos con el sujeto).⁷⁸⁷

5.2.2.3. Los cánones de la interpretación. Éstos se "pueden agruparse en seis grupos: interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica."⁷⁸⁸ Estos son formas de argumentos.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 18ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 115 y 116.

⁷⁸⁷ Véase el artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷⁸⁸ Alisy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 226.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 226-234.

a) Puede hablarse de argumento semántico cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, una interpretación R' de R.

b) Por argumento genético entendemos a la justificación que sostiene que R es la voluntad del legislador. En este aspecto se puede sostener un argumento genético ya sea porque se afirma que R fue el objeto directo del legislador, o que el legislador persiguió con tal palabra, enunciado o proposición, determinados fines. En este caso, el fin perseguido conlleva que su realización a través de determinados medios. Entonces, la correlación entre el fin y el objeto directo del legislación deben guardar una vinculación e interconexión directa. En otras palabras, el fin justificará el establecimiento de los medios para su realización.

En ese sentido, el argumento genético persigue la posibilidad de un estado de cosas determinado, es decir, su demostración está sujeta a los hechos planteados por los legisladores en la discusión de la norma. Por lo que todos los enunciados empíricos integran una concepción de estado de cosas que pretendía el legislador, y ante ello, se deberá demostrar que ese estado de cosas sólo es asequible cuando se actualizan determinados medios. El caso del amparo adhesivo utilizado más adelante ejemplificará este concepto de manera integral.

c) El argumento histórico se refiere cuando en el discurso se emplean el uso de hechos o sucesos que configuraron un problema y por tanto la construcción de la solución.

d) Los argumentos comparativos, toman como referencia un estado de cosas previo, con un estado de cosas en un tiempo y espacio determinado,

e) En cuanto al argumento sistemático. Este comprende en análisis de un enunciado a la luz de un sistema o conjunto de cosas estructuradas de manera lógica. Cuando estamos ante la presencia de una interpretación lógica finalista, hablamos de una interpretación sistemática-teleológica.

f) El "argumento teleológico presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin."⁷⁹⁰

El papel de los cánones se debe distinguir en seis puntos: 1. El campo de su aplicabilidad; 2. Su estatus lógico; 3. El requisito de saturación;⁷⁹¹ 4. Las diversas funciones de las diversas formas; 5. El problema de su jerarquía; y 6. La resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso práctico.⁷⁹²

Como se verá más adelante, de los enunciados empíricos se extraen premisas normativas que no se extraen de la ley, pero que son identificables a través de la interpretación teleológica, por ejemplo. Donde el fin construye determinadas premisas o incluso expresiones normativas que no son aparentes en el texto normativo.

De estas formas de argumentos o cánones interpretativos se forman, a su vez tres cosas, un campo empírico, sustraído por la interpretación histórica y comparativa; un campo intuitivo, sustraído de la semántica y la genética; y un campo funcional, sustraído de la forma del argumento teleológico.⁷⁹³

5.2.2.4. La argumentación dogmática. Para entender qué son los argumentos dogmáticos, hay que entender, a su vez, qué se entiende por "dogmática jurídica" o "dogmática del Derecho", lo que nos llevará a entenderlo como "ciencia del Derecho" en el sentido más propio de su significado;⁷⁹⁴ que se comprende en una mezcla de al menos tres actividades: "(1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 231.

⁷⁹¹ En la interpretación semántica o genética los argumentos pueden ser incompletos, por eso se recurre a enunciados explícitos para completarlos, es decir, que contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma, a esto se le llama "requisito de saturación". En: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 229.

⁷⁹² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 234.

⁷⁹³ La presente inferencia se extrae del análisis del autor de punto referente al "papel de los cánones en el discurso jurídico, visible a páginas 234 a 240.

⁷⁹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, op. cit., p. 240.

sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos.”⁷⁹⁶

Así, las actividades enunciadas se correlacionan con tres dimensiones: una empírico-descriptiva, una analítico-lógica y la tercera, práctico normativa. La distribución de la dogmática-jurídica dentro de estas dimensiones depende del dogmático: de la concepción que tenga de la teoría del derecho y de sus peculiaridades del campo de trabajo.⁷⁹⁶ Esto nos lleva a considerar que en proceso de argumentación de una solución analizado bajo un enunciado general, como lo son las constituciones, o bien sus principios, existe una etapa lógica donde algo se concibe como algo, y en ese orden se le asigna una función según la concepción que se tenga el objeto analizado a la luz, también, de cómo se conciba el Derecho. Así, el análisis de las cosas tiene c puede tener un método distinto dependiendo del objeto que se analiza: la declaración de voluntad no puede estudiarse bajo conceptos y enunciados descriptivos, sino respecto de consideraciones analíticas.⁷⁹⁷ En nada nos sirve una consideración de la voluntad que no analiza el origen y función de ésta.

Para quien entiende que sólo es Derecho en sentido estricto la voluntad del legislador, los argumentos prácticos de tipo general juegan un papel completamente diferente que para quien concibe el Derecho ante todo como un ordenamiento racional de la vida común de los hombres.⁷⁹⁸

“La dogmática tiene tres tareas—dice el autor: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones.”⁷⁹⁹

Existen cinco condiciones que definen o bien, de las cuales se podría obtener una definición de “dogmática del Derecho”: (1) la dogmática jurídica no es un conjunto

⁷⁹⁶ El autor la entiende como una disciplina pluridimensional; en: Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 241.

⁷⁹⁷ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 242.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 243.

de actividades, sino de enunciados; (2) éstos están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia; (3) estos enunciados forman un todo coherente en la que sus proposiciones no pueden contradecirse, se utilizan los mismo conceptos jurídicos, y esto último produce la posibilidad de fundamentar relaciones de inferencia que se originan entre ellos; (4) estos enunciados se forman, comprueban y fundamentan en el marco de la ciencia del Derecho que funciona institucionalmente, lo que significa que los enunciados pueden ser comprobados empíricamente, dado paso a los enunciados problemáticos; (5) los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, lo que significa que no pueden resolverse únicamente con enunciados empíricos.⁸⁰⁰

De esas cinco condiciones el autor formula la siguiente definición:

Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen un contenido normativo.⁸⁰¹

5.2.2.4.1. Enunciados dogmáticos. Tenemos cinco clases de enunciados dogmáticos: (1) los primeros son definiciones de genuinos conceptos jurídicos con un contenido normativo; (2) enunciados que contienen conceptos que cumplen un operación (cumplimiento de operación), alevoso, y área edificada coherente;⁸⁰² (3) enunciados no extraídos de la ley, entendiendo por estos, que aunque no se expresen en la ley se desprenden de ellos y lo juristas los consideran correctos, o por otra parte, que lo consideren como dogmático; (4) enunciados que describen o caracterizan estados de cosas, esto lo entendemos como los enunciados constitucionales, luego que se requiere normas individuales o grupos de normas,

⁸⁰⁰ *Ibid.*, pp. 244-246

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 246

⁸⁰² En esta parte debe distinguirse las reglas para interpretar algo, con el uso o su utilización por los tribunales por primera vez, luego que para que se consideren parte de la dogmática jurídica debió de ser establecido aceptado, o al menos, discutido en el marco de la ciencia jurídica que funciona institucionalmente; véase: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espinosa, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 248.

así como la determinación de relaciones de prioridad entre tales estados de cosas; (5) los enunciados que formulan principios.⁸⁰³

Por lo que ve a los enunciados señalados en el punto (3), se cita, por ejemplo, la consecuencia del incumplimiento del contrato, donde la verificación empírica sirve de medio para considerarlo como dogmático. En este aspecto el autor señala que para que se considere un enunciado como dogmático depende de las convicciones existentes entre los científicos del Derecho.

Respecto de las clases que forma las formulaciones de principios descritos en el punto (5) el autor nos dice:

Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios. En lugar de como enunciados normativos, los principios pueden ser introducidos en la discusión como descripción de estados de cosas en lo que aquellos tienen vigencia.⁸⁰⁴

Los mismos podría decirse, guardando las debidas proporciones, de los enunciados constitucionales, en tanto que el estado de cosas se origina de manera tan abstracta y general que requiere de otras normas que limiten o describan un estado de cosas individual o general a la luz de un caso concreto.

5.2.2.4.2. El uso de los enunciados dogmáticos. En este caso, el autor refiere que hay casos en que en que el enunciado dogmático se sigue de enunciados empíricos, así como de formulaciones de normas jurídico-positivas; pero hay casos, en lo que no es necesario fundamentarlos porque la fundamentación de los enunciados que los precedente fuera infinita. A esto último le llama el uso no justificatorio, cuando el enunciado a utilizar no es puesto en duda y constituye una opinión dominante.

⁸⁰³ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 246-250.

⁸⁰⁴ Ibid., p. 249

5.2.2.4.3. Fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos. Existe una distinción entre fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos. El primero tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados; y la comprobación, cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que se derivan de un enunciado. La comprobación de enunciados dogmáticos lleva a enunciados prácticos de tipo general, porque los enunciados no pueden seguir siendo enunciados dogmáticos.⁸⁰⁵ Un ejemplo de esto sería establecer que "las personas tienen la libertad de decidir el número de hijos", y fundamentarlo con un enunciado que establezca que "tener la libertad de decidir sobre el número de hijos es bueno." A esto puede seguirle un enunciado dogmático o bien concluir con un enunciado práctico del tipo general, o bien, con un enunciado empírico, según sea el caso.

En estos casos, a la dogmáticas a la que nos referimos, no se le conceptúa como verdades absolutas o enunciados análogos, sino como formulas tentativas o provisionalidad del contenido de verdad.

El autor concluye la fundamentación y comprobación se pueden sintetizar de la siguiente forma:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.⁸⁰⁶

5.2.2.4.4. Las funciones de la dogmática. La dogmática realiza, al menos, seis funciones: (1) de estabilización, (2) de progreso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de control, (6) heurística.⁸⁰⁷

La función de estabilización consiste en que exista la posibilidad de que una resolución se reproduzca, y no se violente el principio de universalidad del discurso

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 254.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 255-268.

jurídico. No significa que una solución deba ser mantenida simplemente porque se le consideró dogmática en un espacio-tiempo determinado, pero sí que haya razones suficientes, fundamentadas para el cambio de solución. Lo que concede al derecho la capacidad de integrar al Derecho al principio de seguridad jurídica.

La función de progreso consiste, si lo podemos si se le puede llamar así, como la evolución del pensamiento dogmático, por necesita de su estabilización (institucionalización), del desarrollo legislativo y de la concepción que tiene cada sociedad respecto de los valores.

La función de descarga presupone una serie de aceptaciones de estados de cosas, al menos de manera provisional, de lo contrario se podría llegar al extremo de requerir fundamentaciones infinitas casi para todo caso; luego, al estar exento de esto, la dogmática realiza una función de descarga.

La función técnica por su parte, esta función es de considerable importancia porque permite construir conceptos básicos, formas de enunciados, instituciones jurídicas etc., que forman el principio de certeza, y se posibilita conocer las relaciones jurídicas y su dependencia entre ellas, así como sus consecuencias, previo al análisis y fundamentación de cada enunciado o proposición normativa. En ese sentido, el estudio y análisis (conocimiento) previo es una condición para el buen desarrollo de todo sistema.

La función de control realiza dos operaciones: la primera, en la comprobación sistemática respecto de la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos entre sí (que no se contrapongan); y la segunda, la comprobación en sentido amplio, que requiere de la compatibilidad práctico-general de las decisiones a fundamentar, convirtiéndose en seguridad jurídica, ya que se establecen sobre una serie de casos, permitiendo que se aplique un enunciado a un generalidad y no a un solo caso, lo que eleva el grado de eficacia del principio de universalidad. Si quisiéramos ejemplificar esto, en la Suprema Corte se han resuelto casos, con el fin de crear jurisprudencia, en el sentido que se entiende en México, analizando algunos casos concretos, para después aplicarlos a la generalidad, y que se eficiente el grado de universalidad al aplicarlos a los cientos o miles de casos que se pudieran presentar,

so pena que sean resueltos de manera distinta. Un ejemplo de estos, son los criterios emitidos por la Corte respecto de los miles de amparo promovidos contra el primer acto de aplicación de la reforma al sistema jubilatorio del ISSSTE, y respecto de la llamada reforma educativa, del año 2007 y 2013 respectivamente.

Por último, la función heurística, consiste en partir en un sistema de conocimientos previamente establecidos, lo que evita que se inicie de nuevo en cada análisis que se realice, lo que ocasiona el avance y producción de nuevos conocimientos, y evita el desgaste y repetición de los mismos descubrimientos.

5.2.2.4.5. La argumentación dogmática es un instrumento del discurso práctico general. Luego, no es deseable utilizar la argumentación dogmática de manera autónoma, sino que debe de servir de medio para fundamentar los enunciados dogmáticos para que pueda considerársela racional. De lo contrario el argumento dogmático carecería de vida práctica en un sistema lógico-racional. El autor concluye con la siguiente proposición:

(J.12) Si son posibles los enunciados dogmáticos, deben ser usados.

5.2.2.5. Sobre el uso de los precedentes. Dos puntos analiza el autor: (1) el papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del discurso jurídico, y (2) la relación de los argumentos basados en precedentes con otros argumentos posibles en el discurso posible.

5.2.2.5.1 La regla de la carga de la argumentación.⁶⁰⁸ El principio de universalidad conlleva una pretensión de corrección, en tanto que los elementos relevantes y las cuestiones planteadas de manera atómica o molecular, deben ser tratadas en el mismo sentido. Configurar un modelo de aplicación del principio de universalidad provoca de manera natural un sistema de precedentes, donde si bien no se puede considerar dos casos de manera idénticos, las pretensiones de corrección utilizados en uno y en otro caso sí deben de aplicarse de manera coherente. No podría considerarse un enunciado como correcto en un caso, y como correcto en otro caso. Se podría alegar que esto es imposible porque no existen dos casos idénticos,

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 262-264.

pero el grado de predictibilidad y de posibilidad de la solución no se origina en enunciados empíricos, sino en otro tipo. Por tanto, lo que debe prevalecer son las pretensiones de corrección válidamente aplicadas en casos anteriores, y ante ello, de no contar con una pretensión con un mayor grado de corrección al anterior, éste debe seguir aplicando. En ese orden, existe una carga de argumentar la pretensión de corrección y otra cuando se pretende separarse de una previamente aceptada. Es decir, una vez aceptado algo como válido, no es válido simplemente separarse del precedente porque existe otra regla, sino que aunado a ello, debe de argumentarse válidamente los fundamentos de la separación del precedente.

Estas son los enunciados que establece el autor para sostener su análisis:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

5.2.2.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica. Dice el autor: "El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente".⁸⁰⁹ El precedente es una norma. En el caso mexicano, si se quiere analizar a la jurisprudencia actual, como la base para un sistema de precedentes, podríamos sostener, como lo ha dicho la Corte, que la jurisprudencia, entendida para el caso mexicano como precedente, es la norma, o bien, la interpretación de una norma aplicada a un caso concreto, pero no como norma secundaria, sino como la interpretación de una norma superior, luego que ante ello no exista la posibilidad de desaplicar la jurisprudencia por considerarla inconstitucional o inconveniente.⁸¹⁰ Es decir, se le debe de dar el mismo trato que a una norma jurídica. En este aspecto, cabría distinguir, como lo hace el autor, entre las consideraciones utilizadas para arribar a los resolutivos, y los resolutivos en sí, lo que significa que es distinto

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 266.

⁸¹⁰ Registro: 2009411; Instancia: Segunda Sala; Tesis aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 19, Junio de 2015, Tomo I; Tesis 2ª. XL/2015 (10ª), página 1072. Y jurisprudencia Registro 2008148; Instancia: Pleno; Tesis: P-/J. 64/2014 (10ª).

lo que se decide con las razones principales para decidir un caso (la *ratio decidendi* y *obiter dictum*). Incluso, si se quiere utilizar como analogía, deberíamos distinguir entre la síntesis de las tesis, y la ejecutoria, que es la que contiene las consideraciones (fundamentación y justificación) utilizadas para materializar una pretensión de corrección. La materialización de los enunciados se expresan en la síntesis de las tesis y únicamente se toman, o tratan de tomar en cuenta las proposiciones por su importancia, en el sentido que las Ordena Wittgenstein, y se dejan a un lado los comentarios o justificaciones a las proposiciones. Luego que a este trabajo, así como a las síntesis, no le interesen los enunciados demostrativos.⁸¹¹

5.2.2.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales. Por estas formas se entienden a la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumento ad absurdum*. Estas pueden expresarse como formas de inferencia lógicamente válidas. Las ventajas de estas formas, es que aclaran el sentido lógico y evidencia el contenido no lógico,⁸¹² exigido por el principio de universalidad.

5.2.2.7 Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico. Para sintetizar el autor enuncia cinco posibilidades en la que la argumentación práctica general pueden ser necesarias, sin ser las únicas:

- (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling*,⁸¹³ y

⁸¹¹ Véase, supra, la clasificación de las proposiciones en el análisis de la obra de Viehweg, p. 5.

⁸¹² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 267.

⁸¹³ La primera sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no le sea aplicable al caso. Con esto como tal, el presente sigue siendo respetado. La segunda, consiste en el rechazo al precedente. Véase: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, Teoría del discurso racional* como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 266.

(5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna.⁸¹⁴

Concluye el autor sosteniendo que "la argumentación práctica general constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica." "Luego que los enunciados dogmáticos no pueden seguir siendo fundamentados a partir de enunciados dogmáticos. Para su comprobación así como para su fundamentación de la aplicabilidad de los precedentes, son necesarios los argumentos prácticos de tipo general."⁸¹⁵

3.5.3. Discurso jurídico y discurso práctico general. En este apartado, el autor vincula cada uno de los puntos analizados en su teoría, a manera de conclusión, concluyendo en la necesidad de fundamentar el discurso jurídico sobre la base del discurso práctico general; partiendo de la identificación de coincidencias parciales existentes en la pretensión de corrección que ambos discursos persiguen; así como la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general, y ante la insuficiencia del discurso jurídico, la necesidad subyacente de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica, estableciendo los límites y la necesidad de la teoría del discurso jurídico racional.

5.3.1. El discurso práctico racional aplicado a un caso práctico. Para entender de manera sencilla lo sostenido por Robert Alexy debemos de trasladarnos a asuntos, incluso, utilizando el absurdo, de aquellos momentos donde una persona considera una solución como correcta, ajustada a derecho o a un sentido de deber, pero no encuentra formas o elementos estrictamente jurídico para sostener su postura. Ante ello, subyace una explicación racional, como lo explica y describe el discurso práctico general, que facilitan la comprensión y soluciones posibles y probables a determinado problema. Esto sucede, obviamente, porque el sistema jurídico es un complejo de estructuras inacabado e imperfecto.

⁸¹⁴ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación Jurídica, op. cit., p. 271.

⁸¹⁵ Ibid., p. 272.

La explicación puede demostrarse utilizando un caso concreto. El enunciado constitucional en el artículo 4º constitucional que dice: "Toda persona tiene derecho a la protección a la salud"; se complementa con el siguiente enunciado que dice: "La ley definirá las bases para el acceso a los servicios de salud...". De lo anterior establecemos un enunciado dogmático, que se puede leer de la siguiente forma: "Toda persona tiene derecho al acceso a la protección a la salud". Se establece esta forma a efecto de no incurrir en una fundamentación infinita que nos impida la transición a cuestiones descriptivas o empíricas.

Advertimos pues, que el enunciado dogmático establece un estado de cosas, pero no las podemos describir, al menos no fundamentadas en enunciados dogmáticos. Lo que significa que tendríamos que acudir a enunciados descriptivos o empíricos para fundamentarlo. En esa cuestión debe de existir la regla de transición para pasar de unos a otros, como lo hace el autor, porque no podríamos simplemente transitar, por ejemplo, del enunciado dogmático, o de un enunciado que establece un estado de cosas muy general a un enunciado empírico.

Lo anterior lo podemos analizar y materializar en un caso concreto: supongamos que alguien a través de la vía de amparo demanda la protección constitucional para establecer y respetar el estado de cosas establecido en el artículo 4º constitucional que establece el derecho de acceso a la protección de la salud, y para ello sostiene que se violenta ese estado de cosas porque padece de un trastorno mental calificado como esquizofrenia, y en razón de que en su lugar de residencia no existe un edificio llamado hospital psiquiátrico se violenta esa norma constitucional, por lo que para cumplir con ese estado de cosas debe de construirse un hospital psiquiátrico.

Antes que todo, debemos advertir que el enunciado constitucional como tal, tiene una carga emotiva muy fuerte, igual como lo es la democracia, la libertad, la vejez, los niños, las mujeres, el amor etc., por lo que se debe considerar una adecuada metodología para no realizar una suerte de demagogia judicial cuando se analizan este tipo de asuntos.

¿Cómo puede un órgano jurisdiccional argumentar, (fundamentar) que al no existir un hospital psiquiátrico (enunciado A) se violenta el estado de cosas pretendido por la norma constitucional (Enunciado b). Como se puede ver, se transita de un enunciado empírico a un enunciado que establece un estado de cosas, por lo que se tendría que analizar si existe un vínculo directo entre el primer y segundo enunciado. En este caso el enunciado empírico debe ser suficiente para fundamentar al enunciado que establece el estado de cosas, de lo contrario la regla de transición no sería suficiente, y ante ello, se requiere de un enunciado distinto para fundamentar y transitar de ese enunciado empírico a enunciado que establece un estado de cosas. En este caso, el hecho de que no existe un edificio llamada hospital psiquiátrico no es suficiente para transitar directamente a un enunciado que establece un estado de cosas, porque requiere, el primero enunciado, o sea el enunciado empírico, de otro enunciado demostrativo, es decir, porque requiere que ese enunciado empírico sea verificado a través de un enunciado demostrativo, y después formular un enunciado descriptivo para transitar al enunciado que establece un estado de cosas. En otras palabras, se debe de probar, primero, que el padecimiento requiere de determinado tratamiento médico, para luego establecer la forma en que se debe aplicar dicho tratamiento.

Para ejemplificar la violación a las reglas y formas discurso tanto jurídico como práctico general, en el caso que nos ocupa, se puede representar de la siguiente forma:

- (1) Todos tienen derecho al acceso a la protección a la salud. (Estado de cosas)
- (2) Juan padece esquizofrenia. (Enunciado empírico)
- (3) A Juan se debe de construir un hospital psiquiátrico.

Como se puede advertir, atendiendo a la argumentación jurídica planteada, de la justificación interna no se puede deducir la consecuencia (3) establecida por el enunciado (1). En este caso, advertimos que las premisas son inválidas, al igual que la argumentación porque de ellas no puede deducirse una conclusión lógica, y en el supuesto de darse el caso, no sería el aquí planteado. Si las premisas son inválidas, por consecuencia no se puede analizar la justificación externa, porque

partiríamos de un análisis viciado. Ninguna caso tendría analizar la corrección de los enunciados.

Luego entonces, el esquema planteado tradicional para solucionar el caso, como silogismo jurídico es insuficiente en todos los casos complicados, tal y como lo aduce el autor.⁸¹⁶

Cabe señalar, que probablemente no encontremos alguna norma de carácter positivo que establezca el enunciado (3), por lo que de ser procedente, igual como lo dice el autor, tendrá que construirse.⁸¹⁷

Para una debida fundamentación se puede utilizar la siguiente forma de argumento, partiendo de que X son los ciudadanos que padecen esquizofrenia.

- (1) Todos tienen derecho al acceso a la protección a la salud. (Estado de cosas)
- (2) Y: enunciado que describa el acceso de la salud (estado de cosas)
- (3) W = enunciado que describa cómo se satisface Y.
- (4) X tiene T (Juan tiene esquizofrenia) Enunciado empírico para establecer límites al discurso.
- (5) T se satisface con una de las variables de W1. (W1 es el tratamiento y condiciones recomendados por la ciencia médica "enunciado demostrativo)
- (6) XT \neg w: XT no se satisface con el estado de cosas actual [(Juan que tiene esquizofrenia no se satisface con el acceso a la salud en el estado en que están las cosas actualmente) (enunciado demostrativo: conclusión técnica que afirme que el acceso a la protección a la salud actual no satisface lo requerido por la enfermedad T)]
- (7) Juan que tiene esquizofrenia sólo puede satisfacer las condiciones de su enfermedad si es atendido en un hospital psiquiátrico.
- (8) El estado de cosas actual requiere de un hospital psiquiátrico

⁸¹⁶ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 216; véase el esquema de fundamentación que resulta insuficiente a página 214, 215 y 216, respecto de la justificación interna.

⁸¹⁷ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., p. 215.

(9) Luego, debe construirse un hospital psiquiátrico.

Como se puede advertir de lo hasta aquí expuesto, el discurso jurídico tradicional es insuficiente para fundamentar ciertos enunciados que establecen estados de cosas, y requiere de fundamentarse con el discurso práctico racional, a efecto de formar argumentos que solucionen u otorguen una posibilidad de solución válida y correcta. De lo contrario, muchas de las normas constitucionales, por ejemplo, configuraría un simple deseo de un estado de cosas a futuro, que en el absurdo podrían calificarse como utopías o quimeras, sin que pudieran ser ejercidas de manera efectiva. Sólo los enunciados (1) (2) y (3) podrían calificarse como jurídicos, el resto, son parte del discurso práctico racional. En otros extremos, de resolver atendiendo a la forma de argumentos simple, se puede llegar a extremos indeseables que terminarían por afectar al sistema jurídico de manera negativa, con soluciones jurídicas arbitrarias y disfuncionales.⁴¹⁸

⁴¹⁸ En este caso, para poder resolverse la cuestión planteada, debe formularse un argumento analítico, sin embargo, por la forma en que está configurado el sistema mexicano, las decisiones del establecimiento de garantías y respaldos, no son permisibles en una instancia constitucional, porque el discurso jurídico requiere de la aceptación o negación de las garantías y los respaldos, y estos se desarrollan en juicios ordinarios, luego que así está construida su naturaleza jurídica. Se dice esto, porque los respaldos, en el sentido que los describe Toulmin, requieren forzosamente de enunciados empíricos o demostrativos; sin embargo, los juicios constitucionales parten de garantías aceptadas, lo que conlleva a que se verifiquen los respaldos en una etapa previa. Se dice esto, porque la conclusión de si un hecho es constitucional, no se puede inferir del dato y la garantía, cuando se desconoce el contenido de la garantía o no se ha aceptado su respaldo. Para esto, habrá de llevarse un análisis previo donde se demuestre la existencia y validez del respaldo (un juicio ordinario).

CAPITULO IV

CÓMO DECIDEN LOS JUECES

1. Cómo deciden los jueces. Análisis dialéctico del razonamiento constitucional; contradicción de tesis 483/2013: alcance del amparo adhesivo.

Actualmente existen más de cinco mil doscientas nueve jurisprudencias por contradicción de tesis,⁸¹⁹ lo que significa que al menos el doble de sentencias fueron dictadas en sentidos contradictorios, en la que al menos se identificó una proposición contradictoria o vías de solución distintas y opuestas entre las salas de la Corte o los Tribunales respectivos. Esto no significa que alguna de las tesis o ambas hayan abandonado la legalidad –dice la Primera Sala–,⁸²⁰ aunque esto es precisamente el problema del presente estudio. En contra de la postura de la Primera Sala Descartes opina que “siempre que dos hombres formulan juicios contrarios sobre el mismo asunto, es seguro que uno de los dos se equivoca. Más aún, ninguno de los dos posee la verdad; pues, si tuviera una idea clara y evidente, podría ponerla a su adversario de modo que terminara por convencerlo.”⁸²¹

A efecto de analizar la dialéctica del razonamiento constitucional se consideró la necesidad de utilizar los razonamientos empleados en las sesiones en vivo del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁸²² obviando la sentencia, luego que lo que interesa a este trabajo no es el resultado final de la discusión, o la decisión colegiada, sino las razones expuestas por cada uno de los discursantes, a efecto

⁸¹⁹ Datos de la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; disponible en el link “Jurisprudencias por contradicción de tesis: 200.38.163.178/sjsist/Paginas/ConsultasEspeciales/ConsultaPrincipal.aspx.

⁸²⁰ Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte Justicia de la Nación, tesis: 1a./J23/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, página 123; número de IUS 165076.

⁸²¹ Descartes, *Regles pour la direction de l'esprit*, en *Oeuvres*, 1, XI, pág. 205-206; en Perelman, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, España 1989, p. 31.

⁸²² Sesiones de fecha 26 de febrero y 2 de marzo de 2015, así como las correspondientes versiones taquigráficas, disponibles en: www.sjto1.scjn.gob.mx/video/ y www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx

de poder identificar los tipos de enunciados utilizados por cada uno de ellos para lograr la persuasión de su propio auditorio, que en este caso se reduce, de manera formal, a los ministros integrantes, y de manera material, a todos los oyentes del debate o discurso en cuestión.

No obstante lo anterior, cabe recalcar que la decisión de no analizar la sentencia propiamente dicha, también tiene origen en las afirmaciones de Richard Posner en la que sostiene que:

La opinión judicial publicada oculta muchas veces las verdaderas razones de la decisión judicial, dejándolas así enterradas en el subconsciente del juez. Aun si el pronunciamiento a partir de intuiciones subyacente hubiera sido distinto, una fundamentación igualmente plausible en su apoyo hubiera podido sin embargo, escribirse también. Si esto es así, el razonamiento que aparece en la fundamentación no es la causa real de la decisión, sino sólo su racionalización.⁸²³

1.1. Fuente de la contradicción.

La fuente que origina la contradicción de tesis consiste en las interpretaciones contradictorias que realizaron diversos tribunales del artículo 107, fracción III, inciso a), párrafos uno y dos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como del artículo 182 de la Ley de Amparo.

1.2. Problema: Propositiones contradictorias.

La problemática planteada consiste en identificar la naturaleza del amparo adhesivo; qué argumentos se pueden hacer valer al interponerlo; así como determinar el carácter accesorio y excepcional.

⁸²³ Posner, Richard, A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 129.

La contradicción se origina por dos proposiciones contradictorias al interpretar la misma redacción; en este caso el artículo 182 de la Ley de Amparo, específicamente la parte que da origen la contradicción es el enunciado del párrafo subsecuente a la fracción II, que está expresado en la siguiente forma: "Los conceptos de violación en el amparo adhesivo deberán estar encaminados, por tanto,.... (o) a impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudique.

Como se puede advertir, las proposiciones (1) y (2) son contradictorias:

Proposición (1) El en amparo adhesivo se pueden impugnar las consideraciones que concluyan con un punto decisorio que le perjudique.

(1.2) El amparo adhesivo no se restringe a reforzar las consideraciones que le resultaron favorables.

(1.3) Es procedente por violaciones procesales y de fondo.

Proposición (2) El amparo adhesivo no es la vía idónea para reclamar la parte considerativa que ocasiona un perjuicio.

(2.1) En el amparo adhesivo sólo pueden plantearse argumentos para reforzar las consideraciones que le fueron favorables.

(2.2) En el amparo adhesivo se puede argumentar violaciones procesales que ocasionen perjuicio y estuvieran relacionadas con la Litis principal.

(2.3) En el amparo adhesivo no se pueden obtener mayores beneficios que aquellos que posibilita el amparo principal.

(2.4) Los agravios de fondo deben promoverse a través de un amparo principal.

Estas fueron las posturas de los tribunales contendientes, y que se analizarán en el presente trabajo, no obstante que en la discusión del pleno se planteó, también, la calidad accesoria del amparo adhesivo.

2. Planteamiento del debate. identificación de los enunciados como elementos de estudio.

Como se puede advertir de la sesión del Pleno la problemática encontró variables conceptuales y finalistas, es decir, que no fue claramente planteado el tema a resolver desde un inicio.

Se analizarán los enunciados y proposiciones principales que sirven de base para representar el pensamiento de cada uno de los ministros participantes, obviando aquellos que no representen la proyección del pensamiento directo, es decir, que sean argumentos de autoridad, analógicos, o redundantes.

La sentencia estuvo a cargo de la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo (PR), bajo el siguiente orden.

2.1. Planteamiento.

a) ¿Es posible analizar en un amparo adhesivo los argumentos encaminados a combatir las consideraciones de la sentencia que perjudica a la parte que lo promovió?

b) Es posible plantear en el amparo adhesivo tanto violaciones en el dictado de la sentencia, como violaciones procesales que trasciendan o no en el resultado del fallo.

Cómo puede advertirse el ministro PR formula pretensiones de validez. Resolver únicamente el problema planteado en la contradicción de tesis: limitarse a responder que no se puede hacer determinada acción en el amparo adhesivo. Ello conlleva una consecuencia lógica, por lo que de existir alguna otra cuestión se deberá de resolver en un nuevo amparo, ya que la problemática planteada se limita a las pretensiones establecidas en las tesis en contradicción.

El Ministro José Ramón Cossío Díaz (JR) solicita ampliar la primera pregunta a: ¿Qué argumentos puede hacer valer (formular) en el amparo adhesivo? Sugiere se amplíe la pregunta para entenderlo como una totalidad.

Lo que se considera que propone realmente el ministro JC es analizar la función del AA para formarse un concepto, del que consecuentemente se puede inferir o deducir la respuesta o la solución al problema. Esto es así, pues al cuestionar el ministro PR respecto al objetivo de su planteamiento, el ministro JR respondió que: "simplemente la pregunta es ¿qué podría hacer el quejoso adherente al promover el recurso? ¿Qué puede hacer?, o sea, ¿Qué cosas jurídicamente están posibilidades?

Se considera pues, que de esas tres preguntas existe un elemento determinante para identificar la pretensión del ministro JR, el «qué» en relación con el «amparo adhesivo», y con el término modal «posibilidad». Lo que nos arroja el término modal «necesariamente», es decir, que para determinar las posibilidades del quejoso adhesivo necesariamente se debe saber qué es el amparo adhesivo, lo que conlleva primeramente a identificar sus funciones.

Bajo esas premisas, se considera que el ministro JR debió expresar que como primer requisito era necesario determinar la función del AA, para luego formarse un concepto, lo que los llevaría a estar en condiciones de producir una solución válida.

El Ministro PR sustancialmente sostiene que la discusión de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) versó sobre lo que él propone, y a esto se debe limitar la discusión. El ministro plantea un enunciado de validez. Ahora bien, se considera que existe un error de apreciación del ministro, pues si bien la discusión versó sobre lo que él propone, debió considerar que el origen de la contradicción se produjo por la inexistencia de un concepto previamente establecido del AA, que describiera sus funciones, por lo que era «necesario» más que ampliar la preguntas, determinar el objeto de estudio.

Consecuentemente se considera que atendiendo a lo visto en *Pereiman*, el planteamiento del discurso estuvo erróneamente planteado, ya que el objeto de estudio es realmente la determinación del concepto, atributos y funciones del AA, y una consecuencia lógica deduciría la posibilidad de impugnar cuestiones *in iudicando* o limitarse a las fracciones I y II del artículo 182 de la Ley de Amparo. En otras palabras, "impugnar cuestiones de fondo en el AA", es una inferencia o

deducción del concepto y la función de la adhesión, y no el objeto propiamente dicho.

El ministro JR y el ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (AZ), justifican su solicitud de ampliación del discurso. Se considera que los ministros ven afectada la conclusión del discurso si se limita a la discusión planteada por el ministro PR. Aunque se recalca, que realmente no se pretendía una discusión abierta, sino más bien, determinar el concepto y función del AA.

La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos (LR) sostiene que ampliar la pregunta o la discusión trae como consecuencia discutir cuestiones ajenas a lo que está en análisis, pero es necesario para explicar cuál es el problema que se da en el amparo adhesivo. Y continúa diciendo que el punto de contradicción total, son: si las violaciones que se pueden proponer en el amparo adhesivo son equivalentes a las que se pueden proponer en el amparo principal.

De ahí pues que se sostenga que lo que realmente estaban discutiendo era la determinación del concepto y función del AA, pues la ministra introduce elementos analógicos, ya conocidos, para determinar los atributos y función de otra cosa, como se vio en el apartado del Concepto de este trabajo. Es decir, que pretende utilizar un objeto ya conocido, para determinar el no conocido, que como se puede advertir en el ejemplo de la silla, decir, no es nada más que determinar la función, atributos y concepto de un objeto.

El ministro PR acepta la modificación del discurso y replantea la pregunta para quedar como sigue: ¿Qué puede ser materia de los conceptos de violación en el amparo adhesivo?⁸²⁴

3. Función y concepto del Amparo Adhesivo (AA).

Es necesario dentro de este apartado, conocer las bases cognitivas, para una vez ello, determinar el concepto y la función del objeto que se analiza. Es necesario que

⁸²⁴ Página 17 de la versión taquigráfica.

se acuda al apartado del Concepto tratado en este trabajo, para que se logre una adecuada comprensión de lo que aquí se va a tratar.

3.1. Elementos prácticos del discurso. Bases cognitivas para determinar el concepto y la función.

A efecto de poder realizar un análisis lo menos subjetivo posible, es necesario identificar las bases cognitivas con las que se debe solucionar el problema, pues como se advertirá, y como se explicó en el apartado de los enunciados jurídicos en este trabajo, el objeto de análisis lejos está de poder resolverse con este tipo de enunciados, luego que determinar la naturaleza del amparo adhesivo requiere forzosamente de enunciados diversos. Consecuentemente, no nos encontramos ante un silogismo clásico o de validez, por el contrario, cada proposición deberá estar fundamentada en el sentido que lo refiere Alexy, y respaldada, como lo refiere Toulmin, ambos estudiados en este trabajo.

Un silogismo clásico resulta insuficiente para resolver la cuestión planteada porque ello es precisamente el problema, es decir, para poder resolver algo con el silogismo clásico requiere de la aceptación del auditorio de todas sus proposiciones, luego que analíticamente es requisito *sine qua non* para este tipo de razonamientos. En otras palabras, la premisa mayor no necesita estar respaldada por enunciado, proposición o respaldo alguno, en el entendido que se parte de él para inferir o deducir la conclusión. Sin embargo, esto es el principal problema, que no existía hasta ese momento la regla de inferencia o el elemento normativo que permitiera deducir la respuesta.

Debemos comprender que en el silogismo clásico analíticamente se utiliza la siguiente proposición: todos los hombres son mortales. Ésta, es una proposición que no necesita ser demostrada, o bien, que es aceptada por el auditorio universal, por tanto, es un argumento analítico, y toda conclusión que parta de ella debe ser válida, y en razón de ser una proposición, también verdadera.

Sin embargo, esto específicamente es lo que está ausente en el presente problema, por lo que es tarea de los discursantes construir, primero, dicha proposición, y ésta no puede establecerse si antes no se identifica o asignan las funciones y se la determina un concepto.

Muchos dirían que fuera suficiente para determinar lo anterior, acudir a enunciados genéticos o teleológicos, como se advertirá de los ministros AZ y Sánchez Cordero, para entender cuál fue la intención del legislador. El problema reside, en que el Derecho, así como sus estructuras subyacentes son proyecciones del pensamiento, por lo que difícilmente ante una estructura del pensamiento determinada se aceptarán estos enunciados de manera simple y llana, luego que el enunciado es lo que representa la proyección mental, y ante ese supuesto, la mente ve en el enunciado lo que hay en ella, o intenta ver lo que otra mente intento expresar, pero siempre bajo sus propias estructuras mentales, es decir, a lo máximo realiza una introspección para análogamente identificar lo que puede suceder en el razonamiento ajeno.

Lo aducido en el párrafo anterior quedó demostrado con el siguiente pasaje:

Irritado Shamai por lo irreductible del carácter de Hilel, reclamó la intervención de Dios: Si tengo razón, que la voz de Dios se escuche y lo diga. En ese momento se oyó la voz de Dios diciendo: Shamai tiene razón.

Una vez más, sin aterrarse en lo más mínimo, Hilel dijo: La prueba no es válida. Dios dio la Ley a los hombres y ahora somos nosotros quienes la interpretamos.

Esto se puede verificar en el desarrollo de todo el debate, en el que el resto de los ministros arguyeron la analogía del pasaje, siendo Dios el legislador, y la Corte los hombres, es decir, que el Constituyente o el legislador dio la ley a los hombres, pero ahora es la Corte quien la interpreta.

Bajo ese orden de ideas, no es mediante un silogismo clásico que se puede resolver la presente cuestión, pues partiendo de enunciados analíticos sería imposible llegar a tal determinación. Necesariamente requiere, primero, de enunciados empíricos e

hipotéticos, para después, racionalmente, y utilizando las reglas de la lógica, se pueda construir un concepto que se acople como engrane al sentido del sistema, lo que conllevaría a verificar que no exista contradicción entre el funcionamiento del AA, con el sistema al cual está integrado.

3.2. Identificación de la función del Amparo Adhesivo.

A efecto de poder analizar las proposiciones adecuadamente, se clasificarán en tres grupos, luego que se considera que la proposición propuesta por la ministra Luna Ramos difiere tanto de la sostenida en el proyecto, con la sostenida por la oposición, como se verá más adelante.

Como bien lo sostuvo el ministro Cossio, el discurso (debate) se limita a la posibilidad de que el quejoso adhesivo pueda impugnar las consideraciones que concluyan con un punto decisorio que le perjudique, por lo que a esto se limitará este análisis, sujetándose por supuesto a la pregunta genérica planteada.

Cabe recalcar que todos los discursantes están acuerdo que la finalidad del amparo adhesivo es evitar el retraso en la justicia por cualquier causa, y para evitar eso se utiliza el principio de concentración. Aunque más adelante se demostrará que esas son funciones del amparo directo, pues respecto del amparo adhesivo, la función consiste en la subsistencia del acto reclamado, que en su conjunto originan la concentración en el amparo directo.

Ante ello, una vez analizadas la tres posturas, se considera que la que sostiene ministra Luna Ramos cumple con las reglas del argumento práctico racional aquí expuesto y es acorde a los postulados de la filosofía analítica. Consecuentemente respecto de las otras dos posturas se realizará un análisis sintético.

3.2.1. Proposición planteada por el proyecto. Proposición: El amparo adhesivo no es la vía idónea para reclamar la parte considerativa que ocasiona un perjuicio.

Esta proposición es la conclusión del argumento utilizado por lo que están a favor del proyecto del presentado por ministro Pardo Rebolledo (PR).

- (1) El amparo es una unidad, tiene como pretensión la justicia pronta. (Estado de cosas)
- (2) El amparo se rige por el principio de concentración.
- (3) El amparo se rige por el principio de equilibrio procesal
- (4) Los plazos deben ser iguales para las partes.
- (5) El enunciado del párrafo tercero del artículo 182 de la Ley de Amparo otorga una segunda oportunidad (un segundo plazo) para una de las partes.
- (6) Otorgar una segunda oportunidad para una de las partes es desigual.
- (7) Si es desigual viola el principio de equilibrio procesal que rige el amparo.
- (8) Por tanto, los conceptos de violación de fondo establecidos en el párrafo tercero aludido respecto del Amparo Adhesivo violentan los principios constitucionales de equilibrio procesal.
- (9) Si violan el equilibrio procesal, en el amparo adhesivo no se pueden impugnar conceptos de violación de fondo.

Estas son las proposiciones principales, clasificadas por su importancia que sostienen el pensamiento de los que están de acuerdo con el proyecto. Lo que no se alcanza a advertir, es ¿qué hicieron con el enunciado materia de la discusión, si realizaron una interpretación conforme o la tuvieron por no puesta?

Esta duda surge porque no queda claro si se puede declarar la inconstitucional de una porción normativa en la contradicción de tesis cuando no ha sido materia de la contradicción, sino sólo su interpretación. ¿La corte eliminó esta porción normativa o solamente la interpretó?

3.2.1.1. Observaciones respecto del ministro Pérez Dayán (PD). Se pronuncia a favor del proyecto. El amparo adhesivo tiene una función distinta de la que sostienen lo que no comparten el proyecto –dice el ministro.

El ministro utiliza enunciado empíricos, no del caso, sino del actuar de los ministros en casos precedentes, al aludir a otras soluciones tomadas en el análisis de la revisión adhesiva, similar a lo planteado.

En la revisión adhesiva se expresaron lineamientos funcionales. La revisión adhesiva se creó para no crear un estado de indefensión.

El fundamento del ministro es funcional, aunque se considera que únicamente expresa la conclusión sin respaldo alguno. Sustancialmente nos dice que el AA tiene una función lógica, y analiza su función como un organismo, donde sus componentes no se pueden contradecir o actuar en sentido contrario al que se dirige el sistema o las estructuras centrales.

Expresa que la redacción tiene graves errores, de concepción y de funcionamiento. Sostiene que pareciera como si dos voluntades se unieron para su redacción, aunque no fueran compatibles. El AA tiene como objetivo evitar el reenvío: el retraso en la decisión.

Analiza la función que realiza el AA, pero en ningún momento transita de los enunciados descriptivos establecidos en el artículo 182 de la Ley de Amparo, a los enunciados que establece en su conclusión. Da por hecho que la concepción, función y atributos del AA son aceptados por el resto de los discursantes, aunque estos elementos no hayan sido previamente establecidos, o aceptados por el auditorio al que se dirige.

En otras palabras, aunque su conclusión es la misma de la ministra LR, utiliza la forma clásica del silogismo, lo que resulta evidentemente insuficiente para obtener su conclusión, como se verá más adelante.

-Primero establece el <<estado de cosas>>:

(1) Todos tienen derecho a la justicia. Estado de cosas (EC)

1.1 Creación del amparo adhesivo (EC)

1.1.1 No dejar en estado de indefensión (EC)

1.1.2 Evitar reenvíos. (objetivo)

(2) Describe cómo funciona, a través de varios ejemplos en pro y en contra respecto del funcionamiento. El AA tiene el fin de destacar violaciones procesales cuando el sentido de la decisión de amparo termina por afectarme.

(3) Si se satisface el estado de cosas (1) hago valer violaciones procesales y el sentido del fallo no me favorece, entonces se satisfacen la (1) y la (2).

(4) No se puede decidir a conveniencia si acudo al amparo principal o adhesivo para reclamar cuestiones que no me favorecen.

(5) Enunciado hipotético de cuantas pretensiones puede haber en un conflicto, para fundamentar el (3). Puede haber dos amparos directos y 2 adhesivos. Las posibilidades que se abren cuando me notifican el AP para hacer valer violaciones procesales.

(6) Viola el principio de equilibrio procesal, porque acceder a ello sometería este principio a una estrategia.

6.1 Enunciado descriptivo: No es conveniente conceder a una de las partes una ventaja de oportunidad para hacer valer sus reclamaciones.

6.2 La naturaleza y función del amparo adhesivo es accesorio: sólo puede ser revisado cuando el AP procedió.

Pareciera que el ministro PD realiza un control de constitucionalidad para desaplicar la oración contenida en el tercer o quinto párrafo del artículo 182, según se vea, utilizando el siguientes silogismo:

(1) Enunciado constitucional: estado de cosas (cómo funciona el AA)

(2) Enunciados empíricos: Las posibles soluciones o cosas dadas y sustentadas por los TCC.

(3) Es violatorio del principio de equilibrio procesal.

Sin embargo, nunca analiza el artículo 182 de la Ley de Amparo de manera estricta. Sólo se limita a enunciarlo, es decir, nunca lo contrasta con el enunciado constitucional o con los enunciados hipotéticos o empíricos que establecen el Estado de cosas y los que describen ese estado de cosas (cómo funciona el AA), respectivamente, por lo que la justificación interna es inválida, y no se puede analizar la justificación externa porque a nada nos llevaría.⁸²⁵

De las expresiones del ministro se advierte que acepta que la redacción establece la posibilidad de formular cuestiones de fondo en el AA, pero que serían disfuncionales e ilógicas dentro del sistema de amparo; luego, está desaplicando una porción normativa del artículo 182, y no realizando una interpretación de esa porción.

3.2.1.2. Observaciones respecto del ministro presidente Luis María Aguilar Morales (LMA). El ministro se manifiesta a favor del proyecto: el tercer párrafo del 182 no puede interpretarse en el sentido literal, porque abriría la puerta a combatir cualquier punto decisorio que le perjudique al adherente; rompería con el equilibrio. Se estaría concediendo quince días más al amparista adhesivo. Rompe también con el principio de preclusión, porque el término para los resolutivos que le perjudiquen corre para todas las partes a partir del conocimiento de la sentencia. El principio de preclusión da certeza a las partes. No existe justificación legal para no promover lo que le perjudique en el AP, por lo que si no hace se entiende como consentimiento tácito.

El objetivo del AA es no quedar inaudito sobre lo que su contraparte alega en el AP; reforzar la sentencia; alegar violaciones procesales, con el propósito de evitar los amparos por efectos y los renvios. El tercer párrafo no está referido a todas las cuestiones, que se quiera hacer valer, incluso las que pueda hacer valer en el AP, sino de aquellas cuestiones que le puedan ocasionar un perjuicio en caso de que se conceda el AP.

⁸²⁵ Véase *supra*, la justificación interna y externa en Robert Alexy.

El ministro respalda sus proposiciones con enunciados empíricos, citando ejemplos de cuando se obtiene una sentencia parcialmente favorable en los términos de la ministra LR.

Se hacen estas observaciones porque podrían aparentar estar formuladas en los términos de la ministra LR, pero evidencian cierto grado de contradicción, pues en efecto acepta que la redacción abre esa posibilidad, pero también sostiene que no se le puede dar esa interpretación.

El ministro sostiene que el artículo tiene errores de redacción: definición de los conceptos respecto de lo que se puede alegar y respecto de los supuestos de procedencia.

Sucede lo mismo que con el ministro PD, no interpreta el artículo 182, sino que está desaplicando una porción normativa para adecuarla a la interpretación que realiza del sistema de amparo, sujeto a los principios citados, principalmente el de equilibrio procesal.

3.2.2. Proposición contraria al proyecto. Proposición: En el amparo adhesivo se pueden impugnar consideraciones y resolutivos que le haya perjudicado en la sentencia.

En contra del proyecto se pronunciaron los ministros José Ramón Cossío Díaz (JR), Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (AZ), Sánchez Cordero (SC) y José Fernando Franco González Salas (FF).

No obstante que el ministro FF se pronunció al inicio de su participación parcialmente de acuerdo con el proyecto, atendiendo a las reglas establecidas en la sesión de veintiséis de febrero, en la que se acordó modificar las hipótesis o preguntas 1 y 2, y en su lugar analizar el universo de posibilidades que se originan para la procedencia o tipo de argumentación en el AA, se advierte que el sentido real de su postura es contraria al sentido del proyecto.

Es pertinente aclarar, que en cierto punto, como se verá, el ministro FF pareciera proyectar el mismo pensamiento que la ministra LR, pero su representación se desvanece al realizar la ejemplificación del laudo, es decir, que la representación de

su pensamiento se proyecta al describir situaciones de hecho e utilizar enunciados empíricos, lo que nos hace visualizar cómo se manifiesta la proyección de su realidad.

- (1) El amparo es una unidad, tiene como pretensión la justicia pronta. (Estado de cosas)
- (2) La justicia pronta se procura con la concentración.
- (3) La concentración se logra a través del amparo adhesivo.
- (4) El amparo adhesivo contempla de manera expresa tres posibilidades: reforzar el fallo, impugnar violaciones procesales, e impugnar violaciones de fondo, cualesquiera que sean.
- (5) Esa fue la intención del constituyente y del legislador ordinario.
- (5) La interposición del amparo reconstituye la Litis.
- (6) Al reconstituirse la Litis no se violenta el equilibrio procesal.
- (7) Al concentrarse toda la controversia se cumple con el estado de cosas.

3.2.2.1. Observación respecto del ministro José Fernando González Salas (FF). El ministro votó en contra del proyecto. El ministro trae a colación el precedente de la Segunda Sala. Considera que la redacción produce dudas y origina distintas posiciones: la intención del constituyente es la concentración de las resoluciones de los asuntos (proposición normativa), porque se ha generado un retraso en la justicia (argumento genético), por los reenvíos por decisiones que pueden ser impugnados varias veces (enunciado hipotético). –La expresión de estos enunciados identifica una clara inclinación al argumento genético.

Lo anterior significa que si en efecto es posible y verificable el enunciado hipotético, la solución a ese retraso en la justicia, fue la mayor concentración de la resolución de los asuntos en el AP; y el AA subyace al imperio y también a la estructura de la procedencia de parte agraviada, a efecto de no dejarlo en estado de indefensión, al limitar la discusión a los puntos planteados en el AP, cuando la discusión, la

corrección y la verdad se puede originar por diversas cuestiones que no se han planteado en el AP, por el que no obtuvo sentencia favorable, luego que al que la obtuvo, bajo el principio de parte agraviada en este momento, las discusiones los limita a los puntos resolutivos que les causan agravio en la pretensión.⁶²⁶

El constituyente concedió —dice el ministro— al legislador ordinario un amplio margen de configuración. La cuestión a interpretar es el enunciado del 182 que sostiene que el amparo únicamente procede en los casos siguientes, y estableciendo dos fracciones. Estas fracciones no se pueden analizar de manera aislada, consecuentemente no es razón suficiente para eliminar la posibilidad del tercer párrafo. —Da lectura al párrafo en cuestión.

Concluye, por tanto, que no comparte las opiniones de que sólo hay dos fracciones y se tenga que limitar a ella.

Las resoluciones pueden ser total o parciales favorables a una de las partes. Consecuentemente el esquema de la Ley de Amparo abre la posibilidad para que esa parte pueda irse por dos vías, una es el amparo directo de aquello que no le benefició, o al amparo adhesivo cuando hay una resolución favorable en su totalidad. La parte que se beneficia de esa resolución no puede irse a amparo directo, dado que obtuvo todas las pretensiones.

Lo anterior, porque el legislador estableció la línea de construir un modelo que favoreciera la resolución integral y más rápido posible de los asuntos. Abre una vía particular que es híbrida.

El ministro da cuenta de un asunto laboral para representar la función del AP y al AA, donde sólo en un punto menor no le favoreció al demandado, y este puede optar por el Amparo directo o esperar a ver si la contraparte interpone el amparo principal, y ahí alegar lo que no le favoreció.

3.2.3. Tercera proposición sustentada por la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos (LR). Proposición: En el amparo adhesivo se pueden impugnar violaciones

⁶²⁶ Tron Petit, Jean Claude, *Argumentación en el amparo, Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2010, pp. 5-9.

in iudicando, si y sólo si, son subyacentes al acto reclamado que se pretende que subsista.

Como veremos de los enunciados expresados por la ministra, no obstante que ella se manifiesta de acuerdo con el proyecto, aquí se considera que existen diferencias sustanciales entre la postura del proyecto y la que ella propone. Entre la oposición real al proyecto, y el proyecto, la proposición de la ministra más que ser ecléctica, se considera que es la única que atiende de manera más próxima a la proyección de la realidad planteada en el enunciado sujeto a interpretación.

La ministra sostiene que coincide con muchas partes del proyecto, por supuesto se refiere con aquellas que no revisten un conflicto de interpretación. En el AA –no dice- sigue prevaleciendo el principio de petición de parte agraviada. Que debe revestir un agravio para la procedencia del amparo. Razón de ser: concentración; evitar los mayores rebotes (reenvíos); lo menos prolongado posible.

La concentración no debe trastocar principios de carácter procesal, que deje en desequilibrio a las partes en un procedimiento.

En la ministra LA se advierte la estructura donde se conciben las cosas, pero también se advierte posterior a eso, otra estructura, que le atribuye funciones a una estructura dentro del sistema.

El artículo 182, fracciones I y II tiene muchos problemas de técnica legislativa –dice la ministra. Las fracciones I y II no son supuestos de procedencia, sino argumentos que se hacen valer en los conceptos de violación.

Continúa diciendo: la procedencia del AA la da una resolución que me fue favorable, y no obstante eso, puede ser de tal manera endeble que las violaciones no se analicen, y terminan perdiendo el juicio en el amparo, sin la posibilidad de alegarlos posteriormente.

En el amparo directo de se debe resolver todo, pero quien decide promoverlo tiene una ventaja de movimiento o de estrategia, porque el discurso versará sobre el objeto planteado. Un equilibrio real, es establecer un plazo mínimo para manifestar la intención de interponer el amparo. A partir de aquí, la otra parte tiene también un

plazo mínimo para manifestar su intención de promover al amparo principal. Luego comienza a correr el término para la interposición de los amparos respectivos para cada parte. Bajo este orden, el discurso evita las estrategias de juego,⁸²⁷ como los que se utilizan en las cartas, cuando una de las partes decide no ir en una jugada, y esperar a ver lo que el otro tiene. Aquí, todas las cartas están destapadas, y los participantes tienen la oportunidad de verificar el contenido del contrario, y se eviten juegos de astucias para privilegiar la corrección y la verdad.

La ministra LR propone aclarar el objeto en estudio. En este caso se debe acordar respecto del enunciado analizado. Para este se formula una pregunta: ¿Qué se entiende por "o impugnar lo que concluyan en un punto decisivo que le perjudiquen?"

Para establecer la función del AA la ministra utiliza enunciados empíricos con los cuales pretende proyectar la realidad que representa la norma analizada. Así, transita de un enunciado normativo a un enunciado empírico.

Para esto utiliza un caso concreto: supongamos que una persona es demandada por el pago de determinada prestación, y el demandado establece tres excepciones de pago: la primera que niega el adeudo; la segunda que lo califica de nulo; y la tercera que ha prescrito.

La sentencia dice: la primera y la segunda son improcedentes, pero la segunda sí es procedente. Obtiene una sentencia que lo absuelve del pago. La sentencia perjudica al actor. El actor impugnará que el contrario no es nulo y por lo tanto se debe pagar. Las otras 2 no las alegará porque le favorecieron.

El demandado reforzará la 2 y en el AA atacará las otras 2, de lo contrario quedarían firmes, y en caso de proceder o revocar la 2, este se vería obligado a pagar. Entonces motiva y produce un decisión que le afecta.

⁸²⁷ "La teoría de juegos es una rama de las matemáticas que trata de explicar analíticamente cómo es la toma de decisiones de los individuos inmersos en un conflicto estratégico. Véase Robles Cartes, Marta y del Granado, Juan Javier, Fundamentos de teoría de juegos no cooperativos y Análisis económico del razonamiento jurídico, en: Teoría de juegos y Derecho contemporáneo, Temas Selectos, 1ª edición, Porrúa-ITAM, México, 2009, pp. 3-56.

El AA adhesivo procede para reforzar, para combatir aquellas consideraciones que ya quedaron firmes, o bien, tratándose del problema de nulidad, no se tomó una prueba que él había ofrecido (violación procesal) en ese momento no le afectaba, porque a pesar de ello habían decidido que el contrato era nulo, pero en el caso que se revocara, si le afecta, porque si bien no es nulo por eso a lo que el quejoso se fue al amparo, si lo es por esto.

Y esto se demuestra al analizar la procedencia del Amparo Principal (AP), es que los resolutive de esa sentencia no me reconozcan la razón, y ahí se actualiza el principio de parte agraviada, lo que me concede la posibilidad en el plazo de quince días de promover el juicio de AP.

Lo que sucede con la argumentación de la ministra LR es que analiza los enunciados normativos a la luz de un sistema lógico, lo justifica y respalda mediante enunciados empíricos o descriptivos, para efecto de verificar (demostrar) la función que tienen esos enunciados (estructuras) dentro del sistema.

Problema. Se analiza el problema como un todo, siendo que se advierte que el problema medular es el enunciado que dice: "o impugnar las que concluyan con una decisión que le perjudique". Es decir, su concepto y la función dentro de la estructura procesal del discurso de amparo, o bien como subestructura o como estructura subyacente. El AA es una estructura subyacente que resuelve o soluciona problemas lógicos de la construcción del principio de concentración en el amparo indirecto.

LR: No se refiere (el párrafo) a atacar cuestiones que me agravian en los resolutive y que tuvieran afectación al sentido del fallo.

Resolutive que afecta el sentido de la pretensión integral: pagar o no pagar. O resolutive que afecta, pero conserva el sentido del pago. En este caso no es procedente el AP y pero si el AA.

Esta es la función que la ministra le atribuye identifica o asigna al AA, como estructura subyacente dentro del sistema lógico, para hacer funcional el principio de concentración en el amparo directo.

El AA tiene por objeto conservar el sentido de la sentencia, favorable, al reforzar las consideraciones o por diversas cuestiones que pueden concluir en ese mismo resultado, pero no se violentarían en el proceso, pero que a pesar de ello, no influyeron en el sentido final de la sentencia (pagar o no pagar).

Se advierte que la estructura en la que se sostiene los argumentos de la ministra LR residen en una etapa del argumento donde le atribuye funciones al objeto analizado, y no en un concepto del AA, es decir, en el analizar del funcionamiento del sistema, sus estructuras y subestructuras.

Bajo este análisis, el argumento si cuenta con una justificación y fundamento, debidamente respaldado.

Considera que los argumentos de los opositores provocarían un desequilibrio procesal, porque se amplía y se concede un segundo plazo para impugnar los resolutivos que le agravian. El principio de concentración no puede conceder ventajas y desventajas para una y otra parte, según corresponda.

Esa no puede ser la finalidad de un juicio de amparo adhesivo, porque se violentaría el equilibrio procesal. El párrafo tercero no se refiere a violaciones que pueden o tengan la posibilidad de formularse en un amparo principal.

De un análisis detenido del total de la participación de la ministra Luna Ramos, lo siguiente, es la estructura del pensamiento que se considera corresponde al presente asunto, y probablemente a la totalidad de las soluciones o pensamientos expresados en las discusiones del Pleno, al menos las analizadas desde el año 2011.

(1) El amparo es una unidad, tiene como pretensión la justicia pronta. (Estado de cosas)

(2) El amparo se rige por el principio de equilibrio procesal

(3) La procedencia del amparo directo reside en el principio de parte agraviada.

3.01 La parte agraviada es la que ve afectada su pretensión.

3.011 La pretensión es la voluntad expresada de hacer o no hacer.

3.0111 El hacer o no hacer (pretensión) se integra por acciones o razones legales específicas.

3.02 Una acción legal puede contener una o varias pretensiones.

3.03 Una pretensión legal puede integrarse por una o varias acciones o razones específicas (pueden ser solidarias, subsidiarias o excluyentes).

3.031 Una acción o razón específica puede satisfacer una pretensión. <<Pretensión: Indemnización por despido injustificado>> <<Proposición: me despidieron injustificadamente>> <<Acciones o razones específicas: 1. El supervisor me despidió de manera verbal en su oficina; 2. El supervisor me retiró las llaves de la bodega de la cual estoy a cargo; 3. Me impidieron la entrada a la empresa; 4. Se me retiraron las herramientas de trabajo; y 5. No se me pago la semana subsecuente. (El despido se puede acreditar con la primera. En caso de no serlo, puede acreditarse con cualquier de las restantes.)

3.1 Una pretensión [(Juan debe pagarme) <<proposición: Juan me debe>>] se resuelve en una sentencia. (Ésta, es el acto reclamado)

3.11 Una sentencia puede resolver una o varias pretensiones de manera favorable por una o varias razones o acciones específicas, o bien resolver la pretensión favorable total o parcial. <<Pretensión (proposición) 1: Juan me debe dos mil pesos por concepto de renta>> <<Pretensión 2: Juan debe desocupar la casa-habitación>> (El segundo enunciado no es una proposición porque no es verdadero ni falso, es un enunciado prescriptivo, y lo que el juez deberá verificar es su validez. Es decir, si se actualiza el supuesto hipotético para que la prescripción se aplique a Juan)

3.111 Una pretensión favorable parcialmente para una parte, también es una pretensión favorable para la otra parte. (Véase ejemplo más adelante.)

(4) El amparo se rige por el principio de concentración.

- 4.01 La concentración procura resolver integralmente el asunto.
- 4.011 Resolver el asunto integralmente evita la prolongación de la controversia.
- 4.02 Evitar la prolongación de la controversia se posibilita cuando se interpone el amparo adhesivo.
- 4.021 El amparo adhesivo tiene la función de que subsista el acto reclamado. (Que se mantenga el sentido de la parte que me favoreció)
- 4.022 El acto reclamado es la declaración en contra de la pretensión de una de la parte contraria (la sentencia). (La parte que perjudica al quejoso principal, pero me beneficia a mí)
- 4.023 La declaración en contra de la parte contraria (y a favor) contenida en el acto reclamado concede la procedencia del amparo directo.
- 4.0231 Quien no tiene una declaración en contra de su pretensión no tiene un acto reclamado.
- 4.024 Quien no tiene un acto reclamado no puede interponer el amparo directo.
- 4.025 El amparo directo es para quien resiente un agravio en su pretensión, no es sus acciones o razones específicas.
- 4.026 Varias o una sola acción o razón específica puede ser suficiente para reconocer la pretensión. Relación con proposición 3.031.
- 4.027 En el reconocimiento de la pretensión se pueden declarar improcedentes o no analizarse las demás razones o acciones específicas sin afectar la pretensión. (Descripción en proposición 3.031)
- 4.028 Cuando se declaran improcedentes o no se analizan las demás razones específicas sin afectar la pretensión, se convierten en razones o acciones subyacentes.

40.29 Las acciones o razones subyacentes, como impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudique, sólo se pueden hacer valer en el amparo adhesivo.

4.03 Los argumentos posibles del amparo adhesivo están contenidas en la fracción I y II del artículo 182 de la ley de amparo.

4.031 la fracción I posibilita reforzar las consideraciones vertidas en el fallo definitivo.

4.032 La fracción II posibilita alegar violaciones al procedimiento que pudieran afectar el resultado del fallo.

4.04 Pudieran afectar el resultado del fallo es un presente imperfecto, es contingente.

4.041 Una contingencia origina cuestiones subyacentes.

4.0411 El párrafo tercero que establece la posibilidad de impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudique es una descripción normativa subyacente.

4.042 La contingencia se actualiza cuando procede el amparo principal.

4.1 La procedencia del amparo principal origina las acciones o razones subyacentes.

4.11 Son acciones o razones subyacentes, así como principales o secundarias, como las acciones subsidiarias, según sea resuelto por el tribunal. El método lo determina el juez, o bien lo miembros del órgano.

4.12 Las acciones o razones subyacentes pueden ser declaradas improcedentes o no analizadas. Por lo regular no se analizan, porque la razón utilizada como principal resulta suficiente para producir el resultado pretendido, ya sea declarar procedente la acción del actor o las excepciones del demandado.

4.13 Las acciones o razones subyacentes puede ser procesales o de fondo.

4.14 Las razones de fondo que afecten la pretensión no son subyacentes, deben atacarse en el amparo principal.

4.2 Las acciones o razones de fondo cobran vida o salen a la luz una vez destruida la acción principal.

4.3 Una vez destruida la acción principal se pueden hacer valer cuestiones de fondo subyacentes.

4.31 Las cuestiones de fondo que se pueden plantear necesariamente serán subyacentes a la subsistencia del acto reclamado.

4.4 Las violaciones procesales no alegadas en el amparo adhesivo no podrán alegarse posteriormente.

Es pertinente recalcar que en efecto existe un error de percepción, como lo sostiene el ministro Arturo Zaldivar, aunque no sea suficiente para inclinar la interpretación hacia la proposición que él sostiene. Este error consiste en la noción de sentencia parcialmente favorable: si esto sucede, debe entenderse, para la procedencia del amparo directo, como sentencia desfavorable. Una sentencia, por ejemplo, puede ser parcialmente favorable en una décima parte, y desfavorable en el resto.

Bajo esa premisa, si es desfavorable, la parte que resiente ese efecto tiene a su alcance la procedencia el amparo directo, respecto de la parte de la sentencia que no le es favorable, y en caso de que la contraparte interponga amparo directo respecto de la parte que no le favoreció, tendrá a su alcance el amparo adhesivo, para defender lo que le favoreció, ya sea para reforzar, o bien por razones subyacentes, que pueden ser procesales o sustantivas, siempre y cuando, estas últimas, sean directamente subyacentes de la pretensión que le favoreció en la sentencia.

La ministra explica, a mi parecer, mediante enunciados empíricos, atinadamente las proposiciones de sus argumentos, aunque en la sesión no se hayan tomado en cuenta. No obstante ello, desde mi punto de vista la ministra utiliza enunciados que pudieran no realizarse en la realidad, en tanto que la excepción de no adeudo es

excluyente de la de nulidad,⁴²⁸ por lo que se considera necesario visualizar las proposiciones de la ministra mediante un ejemplo diverso al que ella planteó.

Ejemplo 1:

Pedro que es dueño de una casa habitación se la renta a Juan por la cantidad de mil pesos mensuales. Juan paga puntualmente la cantidad acordada. Pero el quinto mes, dejó de pagarlo. Pedro demanda a Juan por el pago de un mes de renta y por la desocupación del inmueble.

En la sentencia se resuelve lo siguiente:

Resolutivos.

Primero. El actor probó parcialmente su acción, y el demandado probó parcialmente sus excepciones.

Segundo. Se condena a Juan al pago por la cantidad de dos mil pesos por concepto de renta...

Tercero. Se declara improcedente la desocupación del inmueble cada habitación...

Como podemos se puede advertir, las partes obtuvieron sentencias parcialmente favorables. Ambos tenían dos pretensiones, y ésta fue satisfecha parcialmente. Bajo esa lógica, ambos, también recibieron una sentencia que les perjudica. Luego, en caso de que esto lo hubiere resuelto la segunda instancia, lo que procede es el juicio extraordinario del amparo.

Es claro que ambos pueden acudir al amparo porque se su cumple el requisito de parte agraviada; pero sólo podrán ir por la parte de la sentencia que les perjudicó. En este caso Pedro acudirá al amparo atacando el resolutivo Segundo y sus consideraciones. Por su parte Juan acudirá al amparo atacando el resolutivo

⁴²⁸ Véase tesis con número de IUS: 164859, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada; Fuente: Semanaria Judicial y su Gaceta; Tomo XXXI, Abril de 2010; Materia Civil; Tesis: I.7o.C.144 C; Página 2699 Bajo el Rubro: ACCIONES SUBSIDIARIAS. POSIBILIDAD DE ESTUDIO CUANDO NO SEAN CONTRARIAS, O CONTRADICTORIAS. FORMA DE DETERMINARLAS (INTERPRETACIÓN DE LA ÚLTIMA PARTE DEL ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Primero y sus consideraciones. Con lo anterior, se produce la posibilidad de ambos, también, puedan interponer el amparo adhesivo, para defender aquella parte que le resultó satisfactoria de la sentencia.

En el párrafo anterior queda perfeccionado el amparo directo, sus principios y accesorios. Es decir, los principios de parte agraviada, el equilibrio procesal, la concentración a través del amparo adhesivo etc.

La problemática se origina por lo siguiente: como vimos, Pedro obtuvo una sentencia parcialmente favorable, porque tenía dos pretensiones, la de pago y de la desocupación. Una basada en una proposición, y otra en un enunciado prescriptivo.⁸²⁹ En la primera se tiene por acreditado que Juan le debe, y por lo tanto debe pagarle. En la segunda se le dice que el enunciado prescriptivo no actualiza el supuesto requerido, por lo tanto no es procedente condenarlo a la desocupación.

Supongamos pues, que Pedro no acude al Amparo, y Juan sí lo hace. Juan, por su puesto, bajo el principio de parte agraviada sólo impugna el resolutivo Primero que lo condena al pago. Y respecto del otro omite realizar manifestación alguna.

A Pedro se le notifica el amparo directo interpuesto por Juan, y del cual se origina la procedencia del amparo adhesivo, en el cual procede para argumentar o aducir razones que fortalezcan las consideraciones del punto resolutivo que le favoreció; también para alegar violaciones procesales al procedimiento que pudieran afectar su defensa en caso de que el amparo principal proceda, y para impugnar aquellas que concluyan en un punto decisorio que le perjudique. Se utilizan la letra "y" para demostrar que lo que realmente estableció el legislador, en efecto fueron una serie de posibilidades. Este decir, que la "o" a la que hace referencia el tercer párrafo del artículo 182 es una disyuntiva inclusiva, y no excluyente. Al parecer entre los discursantes existe el acuerdo de que la "o" siempre es inclusiva, o simplemente ignoran que la disyuntiva "o" puede excluir las posibilidades, es decir, que elegir una, excluye las demás: ¿quieres jugo o café? En otras palabras, en la disyuntiva

⁸²⁹ Se evita utilizar "enunciado" jurídico por las razones expuestas en el apartado correspondientes a este tipo de enunciados.

excluyente existe la posibilidad de hacer dos cosas, pero no hacer las dos cosas. O haces una o haces otra.⁸³⁰

Por otra parte, "la frase por tanto", es un <<conector reformulador explicativo>>, de <<consecuencia o conclusivo>>, lo que significa, que el segundo párrafo, si bien contiene enunciados descriptivos, no necesariamente desarrollan la fracciones I y II del artículo 182 de la ley de Amparo, más bien lo reformulan.

En efecto es un conector entre un enunciado y otro, pero en este caso no es conector de las fracciones referidas, sino de la oración que le precede.

En efecto es un conector reformulador, de aquellos enunciados establecidos en las fracciones citadas.

Y por último, en efecto es un conector explicativo, a aquellos enunciados establecidos en las fracciones mencionadas, pero con base en las reformulaciones establecidas en el párrafo tercero, o quinto según se vea.

Para ejemplificar lo anterior, se debe de acudir de nuevo la formación del concepto aquí planteado. Para lo cual me permito lo siguiente: Pedro le solicita a Luis traer del cuarto adjunto, unas zapatillas negras que están debajo de una mesa rectangular; Luis regresa con unos zapatos negros y le dice a Pedro que sólo encontró esos zapatos negros –y se los muestra. Pedro responde: -¡ah!, a eso es a lo que me refería. <<Por tanto>>, cuando pedro alude a unas zapatillas negras, se refiere a unos zapatos negros.

En este sentido, son dos conectores lógicos que demuestran que en efecto el quejoso adhesivo tiene tres posibilidades: el <<por tanto>>, y el conector lógico inclusivo representado con la "o". Luego pues, cuando el legislador ordinario cita las fracciones I y II del artículo 182 multicitado, se refiere, por tanto, a las establecidas en el párrafo quinto.

⁸³⁰ Véase Copi, Irving M., y Cohen, Carl, Introducción a la lógica, 2ª edición, Limusa, México, 2013, pp. 369-371.

Ahora bien, con base en las proposiciones y la explicación aquí utilizada, el legislador si tuvo la intención de expresar esa tercera posibilidad. La cuestión a saber, es que se refiere tal posibilidad.

En base a la ministra Luna Ramos, esa tercera posibilidad se refiere a los supuestos, acciones o razones subyacentes al acto reclamando, es decir, de aquellas que pretendan que subsista el acto. En ese sentido, el amparo directo es el medio, no para que subsista el acto, sino para modificarlo o destruirlo. Consecuentemente si la finalidad del amparo adhesivo es la subsistencia del acto reclamado, esta oración necesariamente debe referirse al resolutivo que me fue favorable. Por tanto, de aquellas consideraciones o acciones específicas, que a pesar de que el amparo principal proceda, sean suficientes para que subsista el acto.

Así las cosas, la tercera posibilidad establecida por el párrafo quinto (o tercero, según se vea), si se refiere a *cuestiones in iudicando*, pero sobre las que procede el amparo directo, sino de aquellas que están dirigidas a que subsista el acto, que es el principal atributo del amparo adhesivo.

Ahora bien, no cabe pasar desapercibido que la ministra Sánchez Cordero sostiene que la intención del legislador es que en el amparo adhesivo se puedan impugnar, incluso, aquellas cuestiones que modifiquen el acto reclamado, lo que nos traería como consecuencia modificar la naturaleza y función del amparo adhesivo, que consiste en que subsista el acto reclamado, no modificarlo o destruirlo.

La ministra Sánchez Cordero aduce que esa fue la intención del legislador porque casi puede decir que lo vivió, y si esto fue así, entonces si existen errores graves estructurales, así como en su redacción, lo que haría esa finalidad, inviable, por ilógica y disfuncional.

Luego pues, las tres posibilidades a las que hace referencia el tercero párrafo derivan de la función y atributos de la figura del amparo adhesivo establecido en el segundo párrafo del artículo 107, fracción II, inciso a); y contrario a lo que dicen algunos ministros, el Constituyente no concedió un amplio margen de configuración,

sino que limitó el desarrollo del amparo adhesivo al que haya obtenido una pretensión favorable en la sentencia, y que pretenda que subsista este acto, es decir, la pretensión que le fue favorable, pero de ninguna forma para modificar, alterar o destruir el acto reclamado.

Para visualizar lo anterior, veamos ahora el ejemplo de la ministra Luna Ramos con algunas variables para hacer posible el hecho empírico:

Pedro demanda a Juan el pago de cincuenta mil pesos por concepto de un mutuo con interés. Juan se excepciona por las siguientes razones: a) Por la prescripción; b) Por la nulidad y, c) Quita o pago.

La pretensión de Pedro es por <<el pago de la deuda>>. La proposición: Juan no me ha pagado lo que me debe, por tanto, debe pagarme.

La pretensión de Juan es por <<el no pago>>. Proposición: a.1) Ha prescrito el tiempo para reclamarme la deuda; b.1) Es nula esa deuda (obligación); y c.1) Ya le pagué (no le debo).

La sentencia emitida contiene los siguientes resolutivos.

Primero. Se declara prescrita la acción para exigir el pago de....en los términos del considerando V.

En este caso, el acto reclamado no es divisible, es decir, no contiene varias pretensiones dentro de la misma causa, por lo que es satisfactoria totalmente para Juan. Sin embargo, ello significa que es totalmente desfavorable para Pedro.

Si el amparo directo es procedente para aquel que le causa perjuicio, consecuentemente Juan no puede interponerlo, contrario a Pedro, a quien le fue totalmente desfavorable. Se dice que es totalmente favorable a Juan porque su pretensión puede satisfacerse con una acción o razón específica, como aconteció en este caso.

Supongamos que pudieron acontecer dos cosas para el caso del resto de las excepciones.

i) En la última parte del considerando V de la sentencia, se dice que para el resto de las excepciones planteadas por el demandado resultaría ocioso analizarlas porque no tendrían conllevan a ninguna efecto práctico ni modificar el sentido de la sentencia. En este supuesto no se expresan resolutive.

ii) En los considerandos III y IV se analizan las excepciones de nulidad y de pago respectivamente, y ambas se declaran improcedentes. De esto resultan pues los siguientes resolutive.

Primero. Se declara prescrita la acción para exigir el pago de....en los términos del considerando V...

Segundo. Son improcedentes las excepciones de nulidad y de pago hechas valer por el demandado, en los términos de las consideraciones III y IV...

Cabe la siguiente pregunta, ¿Juan puede acudir al amparo? La respuesta es no, porque atendiendo al principio de parte agraviada, su pretensión no se vio afectada en parte alguna. Incluso puede suceder que el no haya hecho valer la prescripción y el órgano jurisdiccional se haya pronunciado de oficio. No puede acudir al amparo, porque su pretensión no es tener la razón; su pretensión la constituye la voluntad manifestada, es decir, la negativa a pagar. Por lo tanto, su pretensión quedó totalmente satisfecha en la sentencia. Lo que otorga a Pedro la posibilidad de acudir al amparo directo.

Si Pedro acude al amparo directo, entonces lo hará por aquello que le afectó, y que consiste en el resolutive primero que decreta que ha operado la prescripción, y no por el resolutive segundo que declara improcedentes las excepciones de nulidad y de pago.

En ese sentido, Juan tiene tres posibilidades en el amparo adhesivo, según las afectaciones que pudiera resentir: una, que las consideraciones del fallo sean débiles o deficientes, y en razón de ello reforzarlas. Dos: que existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente; en este caso, el órgano jurisdiccional, para el supuesto i), dejó de analizar el resto de las excepciones, lo cual sería una violación procesal que pudiera afectarme en caso de

que el principal tuviera éxito, y; Tres, impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudique; en este caso, el órgano jurisdiccional, para el supuesto ii), analizó y declaró improcedentes las excepciones de nulidad y de pago, mismas que están dirigidas a que subsista el acto reclamado.

Como se puede advertir, las excepciones de nulidad y de pago son subyacentes, y están dirigidas a que subsista la misma pretensión, que es <<no pagar>>, contenida en el acto reclamado, que es la sentencia. Pero que no le perjudican porque su pretensión fue totalmente satisfecha, por una de las razones aducidas, lo que evidentemente le obstaculizaba para acudir al amparo directo.

Del amparo adhesivo se le notificará al quejoso principal para que manifieste lo que a su interés convenga, y entonces ahí, se cumple la función del amparo directo, consistente en brindar justicia pronta, a través de la concentración, y respetando el equilibrio procesal, el principio de parte agraviada, así como la lógica y las reglas fundamentales que norman el procedimiento del juicio de amparo.

Por consiguiente, aplicando la filosofía analítica, y la argumentación jurídica, se logran identificar los elementos que originan la inferencia en el razonamiento constitución. Lo que conlleva a aceptar que dentro de la formación del concepto existen estructuras que identificación o asignación la función a un objeto, sus atributos, y dentro de estas existen estructura del pensamiento subyacente.

Todo lo anterior, se proyecta y representa en los sistemas jurídicos, en las normas, y en las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales, como forma predeterminadas del pensamiento, es Derecho es entonces, una proyección de las estructuras mentales, tanto colectivas como individuales.

1. El amparo adhesivo procede para quien obtuvo sentencia favorable.
2. Quien obtuvo sentencia favorable pretende que el acto subsista.
3. El acto puede subsistir reforzando la sentencia, por violaciones procesales e *in iudicando*.

4. Las violaciones *in iudicando* se someten necesariamente a la subsistencia del acto reclamado.
5. El acto reclamado es la pretensión perjudicial para una parte y favorable para otra.
6. La parte que obtuvo sentencia favorable puede haberla obtenido por una o varias razones.
7. Una o varias razones son suficientes para satisfacer la pretensión.
8. Las razones que no se analicen o se declaren insuficientes, serán razones subyacentes.
9. Estas razones subyacentes pueden ser procesales o sustantivas.
10. Estas razones sustantivas subyacentes pretenden que subsista el acto.
11. Las razones sustantivas subyacen al éxito del amparo principal.

Estas son las proposiciones que sustentan la posibilidad de que se hagan valer violaciones *in iudicando* en el amparo adhesivo, siempre y cuando sea subyacentes a la pretensión favorable decretada en la sentencia, obtenida por una de las partes.

Cabe pues dejar en claro que aquellas violaciones *in iudicando* que concluyan en un punto decisorio que perjudique la pretensión, deben hacerse valer en el amparo indirecto. Si concluye en un punto decisorio pero no afecta la pretensión, el amparo directo es improcedente, y sólo se podrá defender, en caso de que se interponga el amparo por la parte que le perjudica, pues de lo contrario sería, en efecto, ocioso analizarlo sin que pudiera tener un efecto práctico.

CAPITULO V

PROYECCIÓN DEL PROCESO DE ARGUMENTACIÓN A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. ESTRUCTURAS MENTALES.

Una estructura es la "disposición de materiales o partes en cualquier agregado, por ej., en una frase, en una casa, en la conciencia etc." Desde el punto de vista de la Gestalt, una estructura es la característica de un todo o unidad organizados con especial referencia a la interdependencia de posición de sus partes.⁸³¹

Por mentalidad entendemos al "modo en como un individuo aprecia las cosas en general."⁸³²

Por pensamiento, -según Ricardo Eloy-

Podemos decir que es la representación mental de un ente físico, psíquico, real, imaginario, corpóreo, incorpóreo, etc., que se da gracias a la capacidad cognitiva de los seres humanos, que a través de los distintos modos de pensamientos realiza la actividad cognitiva y la transmisión de sus conocimientos a otros integrantes de su especie que sabe decodificar su código de comunicación.⁸³³

Cada ser humano cuenta, a decir, de la mayoría de los estudiosos, con tres tipos de estructuras, al menos: estructuras intuitivas, empíricas y racionales. En el desarrollo del presente trabajo vimos cómo se forman algunas estructuras, también vimos, que esa es tarea principalmente de la psicología, por lo que baste con señalar, que estas

⁸³¹ Diccionario de psicología, Howard C. Warren, traducción de E. IMaz A. Alatorre y otro, 17ª reimpresión a la 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 126.

⁸³² *ibid.*, p. 219.

⁸³³ Gutiérrez García, Ricardo Eloy R., *Lógica aplicada al Derecho*, 2ª edición, Porrúa, México, 2013, p. 29.

estructuras existen y funcionan en la mente de la persona en un mecanismo de espiral, como se mostró en el primer capítulo.

No podría ser lineal porque la decisión contiene elementos de análisis de los tres tipos de estructuras, e incluso, logra obtener datos de una y otra estructura entre más acude a dichas estructuras, por lo que la línea de búsqueda cruza o transita por esas estructuras al menos en más de una ocasión cuando la decisión no es *prima facie*, o tomada de manera impulsiva o como reacción a una amenaza o agresión inmediata.

1.1. Estructuras intuitivas.

Por intuición se entiende: "1. Aprehensión inmediata o innata de un grupo complejo de datos o de un principio general. 2. Juicio que carece de cogitación preliminar conocida, siendo su rasgo característico lo inmediato del proceso. 3. (psic.) Fase final en el acto de la síntesis perceptiva."⁸³⁴

Consideraré intuicionismo –dice Rawls– "como la doctrina que mantiene que existe una familia irreductible de primeros principios que tienen que ser sopesados unos con otros preguntándonos qué equilibrio es el más justo según nuestro juicio."⁸³⁵

1.2. Estructuras empíricas.

John Locke⁸³⁶ y David Hume⁸³⁷ son los precursores de la existencia de las estructuras empíricas como sistema unitario de conocimiento. Durante el desarrollo del primero capítulo de este trabajo se trataron las ideas de dicho autores, así como de otros con perspectivas actuales, tanto desde el conocimiento psicológico como neurológico, arribando a la conclusión de que si bien se puede llegar a una

⁸³⁴ Diccionario de psicología, editor Howard C. Warren, op. cit., p. 189.

⁸³⁵ Rawls, John, Teoría de la justicia, traducción de María Dolores González, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 44

⁸³⁶ Locke, John, Compendio del Ensayo sobre el entendimiento humano, Traducción de Juan José García Narro y Rogelio Revira, Alianza, España, 2002.

⁸³⁷ Hume, David, Tratado de la Naturaleza Humana, 5ª edición, Porrúa, México, 2005.

conclusión filosófica a través de la introspección, este tipo de análisis es para aquellas ciencias que se encargan específicamente del estudio de la mente.

Luego, lo que aquí resta es, adoptar las ideas estudiadas y ensamblarlas con los razonamientos que se utilizan en las sentencias constitucionales, para poder identificar los enunciados que derivan de un conocimiento empírico para sustentar las decisiones.

Se concluye que las estructuras empíricas tienen una interacción real e inmediata en el mundo de las ideas, que comparten datos y se fusionan en el proceso último de la decisión con las estructuras intuitivas y racionales para formar una superestructura, como quedó asentado en el desarrollo de este trabajo y principalmente en el análisis de la contradicción de tesis 483/2013.

1.3. Estructuras racionales.

¿La afirmación que sostenía que la tierra era el centro del universo, es racional? Si la razón es una estructura mental construida a partir de cierto proceso intelectual, tendríamos que admitir, que con base en los conocimientos de esa época, lo racional era sostener que la tierra era el centro del universo, pues de lo contrario implicaría demostrar la teoría heliocéntrica.

"Fueron Kepler y Galileo los que establecieron el hecho de que la tierra y otros planetas giran alrededor del sol. Esto había sido afirmado por Copérnico, y como hemos visto, por ciertos griegos, que no habían logrado, empero, dar las pruebas de ello. Copérnico, en verdad, no encontró argumentos serios que presentar en favor de su punto de vista."⁴³⁸

Siglos antes, Arquímedes, mismo que escribió el libro *Sobre los Cuerpos Flotantes*, escribió al rey Gelón de Siracusa para decirle que Aristarco había escrito un libro

⁴³⁸ Russell, Bertrand, *La perspectiva científica*, Traducción de G. Sans Huelin, editorial SARPE, España, 1983, p. 32.

con varias hipótesis,⁸³⁹ entre las cuales se afirmaba la inmovilidad de las estrellas y el sol, y que la tierra giraba alrededor de éste, es decir, la teoría heliocéntrica.

¿Por qué la afirmación de Aristarco no era racional, contrario a la de Galileo? La respuesta es simplemente sencilla, porque no demostró teórica o empíricamente que su regla de inferencia fuera racional. En efecto, la afirmación heliocéntrica de Aristarco carecía de razón, contrario a la afirmación heliocéntrica de Galileo. He aquí donde reside la corrección y validez de la mutabilidad del Derecho.

Van Eemeren y Grootendorst nos dice que "palabras como racional o razonable se usan todo el tiempo en el lenguaje ordinario. Muchas veces no está claro qué se supone que signifiquen exactamente e incluso, si está claro, el significado no siempre es consistente."⁸⁴⁰ Estos autores utilizan <<racional>> para la facultad de razonar y <<razonable>> para el uso correcto de la facultad de razonar.⁸⁴¹

1.4. Estructuras subyacentes.

La tónica es una estructura subyacente del pensamiento lógico. Probablemente no logre que alguien me entienda; sin embargo, si intentara vulgarizar el tema estaría desvirtuando su sustancia, por ello, al menos en esta ocasión, sucumbo ante el orgullo científico, que a la vanidad del aplauso vulgar.

Las estructuras subyacentes (ES) están, o se dan, así de simple, no se crean artificialmente. Se pueden dar de manera innata. Como tal no se inventan, sólo se identifican. Es una solución que siempre está ahí, atrás o aparentemente escondida, que saldrá a la luz una vez que se presente un problema particular entre una solución dada y otra que aparente estar en contradicción, que impida el funcionamiento lógico del sistema, o bien, cuando un sistema contenga estructuras ilógicas y éstas obstaculicen su funcionamiento.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁴⁰ Van Eemeren, Frans y Grootendorst, Rob, Una teoría sistemática de la argumentación, La perspectiva pragmadialéctica, traducción de Celso López y Ana María Vicula, 1ª edición, Buenos Aires, 2011, p. 125.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 126.

La ES no son estructuras naturales, pero sí son estructuras lógicas, que las forma el pensamiento (la inventio), para darle a esa estructura una función lógica dentro de una estructura natural.

Lo que hace el derecho es reconocer las estructuras naturales. En cambio, las ES, en la mayoría de los casos son interpretaciones a casos particulares que subyacen a casos generales y que aparecen como casos de excepción.

Si aceptamos las estructuras del pensamiento subyacente, y damos por hecho la determinación del Derecho, en el sentido que lo explica Carl Schmitt,⁸⁴² debemos forzosamente aceptar las estructuras normativas subyacentes, en el entendido que el Derecho es una proyección del pensamiento colectivo, consecuentemente esa configuración del pensamiento se proyecta en el Derecho junto con las deficiencias, lagunas, contrariedades y el cúmulo de pensamientos subyacentes.

Montesquieu, en su célebre obra, *El espíritu de las leyes*, parece responder a la pregunta de Schmitt, incluso, el título de su obra dirige el objetivo de su estudio: "hay por tanto, una razón originaria, y las leyes son las relaciones que se encuentran entre ella y los distintos seres, y las relaciones de estos seres entre sí."⁸⁴³

Si se analiza a Montesquieu a la luz de la determinación, se podrá advertir que, en el libro II, lo que el autor estudia es el espíritu de los hombres proyectado en las diversas leyes, según el gobierno que dirijan, porque las leyes derivan directamente de la naturaleza del gobierno,⁸⁴⁴ y éste es el reflejo de los hombres que o encarnan.

Si seguimos sosteniendo la existencia de un determinismo en la toma de decisiones, éste se debe manifestar tanto en los enunciados como en las leyes; y si también aceptamos las estructuras del pensamiento subyacente, éstas deben proyectarse tanto en las sentencias como en las mismas leyes.

⁸⁴² Schmitt, Carl, *Posiciones ante el Derecho*, trad. de Monserrat Herrero, Tecnos, España, 2012, p. 69-97.

⁸⁴³ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Demetrio Castro Alfin, Ediciones Itsmo, España, 2002, p. 87.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, pp. 94-105.

Una vez que Piaget explica cómo se forma una estructura, no habla también de la existencia de subsistemas jerarquizados, "cuyas estructuras son análogas, que están unidos unos a otros mediante conexiones igualmente cíclicas."⁸⁴⁵

Cabe citar las consideraciones problemáticas que Piaget utiliza para formular su primer postulado:

...(observamos que, en un sistema lógico, incluso, las afirmaciones y las negaciones se implican o se conservan mutuamente). En particular una acción conservadora de esta clase se aplica al sistema total mediante los subsistemas o sus elementos, y viceversa, lo que equivale a afirmar que el equilibrio se basa entre otras cosas en una solidaridad de la diferenciación y de la integración. El resultado de esto es que, en caso de una perturbación exterior, equivalente, por ejemplo, a una sustitución de B'por B'', o bien esta conservación del todo se hace imposible y hay muerte del organismo (o, si se trata de un sistema cognitivo, debe ser rechazado),⁸⁴⁶ o bien hay modificación compensadora (modificación B en B2, que sigue inserto en el ciclo) y hay adaptación con supervivencia en el caso de un organismo o nuevo equilibrio del sistema cognitivo (con posibilidad de que el sistema anterior siga siendo válido a título de subestructura para la clase de objetos B' y engendre una nueva subestructura para los objetos B'').⁸⁴⁷

De lo anterior Piaget formula un primer postulado en su obra sobre la equilibración de las estructuras cognitivas:

Todo esquema de asimilación tiende a alimentarse, es decir, a incorporar los elementos exteriores a él y compatibles con su naturaleza. Este postulado se limita a asignar un motor a la investigación, y por lo tanto a considerar como necesaria una actividad del sujeto, pero implica por sí mismo la construcción

⁸⁴⁵ Piaget, Jean, La equilibración de las estructuras cognitivas, traducción de Eduardo Bustos, 8ª reimpresión de la 1ª edición, Siglo XXI editores, México, p. 6.

⁸⁴⁶ Por muerte del organismo deberíamos, para nuestro trabajo, entender que la extinción de la vida jurídica de una norma o una interpretación jurisprudencia. Para el caso concreto esto sucede cuando la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una norma determinada por considerarla inconstitucional, o bien cuando desecha una interpretación jurisprudencial al resolver una contradicción de tesis.

⁸⁴⁷ Piaget, Jean, La equilibración de las estructuras cognitivas, op. cit., p. 7.

de novedades, porque un esquema bastante amplio (como el de <<entes>>) podría asimilar todo el universo sin modificar éste ni enriquecerse en cuanto a comprensión.

Segundo postulado: Todo esquema de asimilación se encuentra obligado a acomodarse a los elementos que asimila, es decir, a modificarse en función de sus particularidades, pero sin perder por ello continuidad (y por lo tanto su cerramiento en cuanto ciclo de procesos interdependientes), ni sus anteriores poderes de asimilación.⁸⁴⁸

Como se puede advertir, la formación de las estructuras cognitivas siguen los mismos patrones analizados en el determinismo, y se puede utilizar, incluso, el ejemplo del goteo del grifo para explicar una u otra, y en ese mismo sentido, existen la estructuras subyacentes, tanto en el pensamiento, como en Derecho, que es una representación o proyección del primero.

2. CONCEPTO.⁸⁴⁹

Dentro de la argumentación, principalmente la argumentación constitucional, el concepto y su proceso de formación juegan un papel relevante en la toma de decisiones y en la solución de casos o en la interpretación de normas. Esto es así, por el tipo de enunciados que se utilizan en materia constitucional. A diferencia de la materia penal, por ejemplo, el proceso intelectual que tiene que realizar el juez ordinario es menor que el proceso que realiza un juez constitucional. Para llegar por ejemplo, a la solución, en materia penal no se tiene que construir un estado de cosas: su concepto y función ya están mayormente configurados. Basta con utilizar silogismos clásicos, y procesos menos complicados para resolver la situación. Una de las principales diferencias, es que los enunciados penales están redactados de manera descriptiva, a diferencia del contenido de la Constitución que la mayor parte

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁴⁹ Walter Arellano Hebelberger facilita una serie de definiciones y conceptos de la palabra "concepto", que resultan ilustrativas, por lo que se recomienda acudir a él en caso de tener duda respecto de su definición. En: *Metodología jurídica*, 1ª edición, Porrúa, México, 2007, pp. 51-59.

de éste, son proposiciones normativas, lo que conlleva un mayor grado de complejidad.

Como lo vimos en el capítulo anterior, la determinación del concepto en materia constitucional juega un papel central, y por redundancia determinante para la solución o la interpretación constitucional. Uno de los autores que ha dedicado el mayor de sus esfuerzos a clarificar y clasificar el sistema jurídico y los derechos fundamentales a partir de los conceptos es Luis Ferrajoli, y respecto a esto nos dice:

La cuestión central, que ha ocasionado el mayor número de desacuerdos (y a veces, a mi entender, de equívocos). Es la cuestión, ya discutida en anteriores ocasiones, del estatuto epistemológico de la teoría del derecho como teoría formal y del consiguiente carácter formal de todos sus conceptos y de todos sus asertos.⁸⁵⁰

Para resolver un caso en el que se tome como premisa mayor o fundamentada en un enunciado constitucional, el silogismo tradicional resulta insuficiente, como se advirtió en el desarrollo de este trabajo. En materia constitucional es insuficiente el contenido sintáctico de un enunciado, pocos casos se resuelven en ese sentido, por lo que la significación⁸⁵¹ de ese enunciado dentro de sí mismo, dentro de un contexto y dentro de un sistema puede ser diferente, dependiendo la percepción y el concepto que se forme del estado de cosas en el sujeto y en el objeto analizado.

Ante esto, el concepto y su formación, respecto del objeto analizado, que en materia constitucional son los principios, derechos humanos, etc., cobra una relevancia determinante para resolver con un mayor grado de efectividad, en el sentido de la corrección y la verdad que pueda perseguir la justicia como fin del Derecho, o bien, la certeza y seguridad jurídica como objeto de éste.

Así, el respaldo referido en el que se debe sustentar un enunciado constitucional es en su descripción conceptual, en la función del objeto y en sus atributos o

⁸⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, Una discusión sobre Derecho y Democracia*, 2ª edición, Traducción de Andrea Creppi, Trotta, España, 2009, p. 39.

⁸⁵¹ Véase Chomsky, Noam, *Estructuras sintácticas*, traducción de Carlos-Peregrín Otero, 1ª edición aumentada, Siglo XXI editores, México, 1974, pp. 112-125.

propiedades,⁸⁵² sin esto, la posibilidad de errores se acrecienta, como lo hemos visto en el número de contradicciones de tesis existentes, así como en la cantidad de jurisprudencias modificadas.

En ese sentido, una parte de la argumentación constitucional debe atender al concepto y la función lógica de la figura analizada, luego que la aplicación de la Constitución requiere de un proceso de fuerza de origen para sustentarse a sí misma, pues como se vio en Robert Alexy y en Toulmin no podría seguirse un proceso de fundamentación respecto de la norma constitucional porque resultaría infinito.

Sin embargo, ello no es obstáculo para que el juez constitucional describa el concepto y los elementos del objeto analizado para respaldar la inferencia con la cual resuelve el caso o la interpretación de alguna norma.

Así, en razón de que no existe un criterio objetivo que describa al enunciado como objeto de estudio, se deben construir las premisas a través de los elementos intelectuales⁸⁵³ que le permitan justificar su decisión, sea la solución que sea, luego que los enunciados constitucionales no se originan de una base objetiva.

Así pues, cuando sostenemos que el Derecho es una creación artificial, aceptamos también, que requiere de un proceso de conocimiento general en un aspecto y especial en otro, por lo que iría en contra de la certidumbre y de la seguridad jurídica que alguien decidiera algo sin conocer lo que está resolviendo.

García Morente nos dice que:

Para Aristóteles, conocer significa dos cosas. Conocer significa primero formar concepto, es decir, llegar a constituir en nuestra mente un conjunto de notas características para cada una de las esencias que se realizan en la substancia individual. Los procesos de abstracción y de generalización que sobre el material de la percepción sensible ejercitamos, nos conducen a la formación

⁸⁵² Véase Cosa y Atributo en: Cassirer, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas, Fenomenología del reconocimiento*, Traducción de Armando Márquez 2ª edición, FCE, México, 1998, pp. 143-170.

⁸⁵³ Por este me refiero a las virtudes intelectuales a las que hace referencia en: Aristóteles, *Ética Nicomaquea Política*, 23ª edición, Porrúa, México, pp. 99-113.

de un arsenal de conceptos. El que más sabe es el que más "logoi" tiene en la inteligencia, en la mente. Cuanto más tenga más sabe. Pero conocer significa en segundo lugar este otro: aplicar esos conceptos, que hemos formado, a cada cosa individual; subsumir cada cosa individual en el concepto, llegaremos a la naturaleza, contemplar la substancia, mirarla, y volver luego dentro de nosotros mismos para buscar en el arsenal de conceptos aquel concepto que le viene bien a esa singularísima substancia y formular el juicio...⁸⁵⁴

Hegel nos dice que:

El pensamiento no es nada vacío, abstracto, sino que es determinante y precisamente determinante de sí mismo; o el pensamiento es esencialmente concreto. A este pensamiento concreto lo llamamos concepto. ...el concepto es el pensamiento, el pensamiento en su vitalidad y actividad, o en tanto que se da su contenido a sí mismo. O el concepto es lo universal que se particulariza a sí mismo...⁸⁵⁵

El pensamiento se ha dado contenido, ha devenido concreto, es decir, se ha unificado al desarrollarse; donde se han concebido y unido inseparablemente varias determinaciones en una unidad...

Todo lo que es realmente viviente y verdadero es, así, un compuesto, tiene varias determinaciones en sí. La actividad viviente del espíritu es así concreta. Luego la abstracción del pensamiento es lo universal; el concepto es lo determinante de sí, lo que se particulariza a sí mismo.⁸⁵⁶

Psicológicamente entendemos por concepto al "estado o proceso mental que significa o se refiere a más de un objeto o experiencia, o aun objeto en relación con otros. ... Cuando representa un aspecto o atributo común de la clase que recibe el nombre de idea abstracta."⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ García Morente, M., *Lecciones preliminares de filosofía*, 8ª edición, Editores Unidos, México, 1985, p. 103.

⁸⁵⁵ Hegel, Georg, *Introducción a la historia de la filosofía*, Traducción de Eloy Terrón, Editorial SARPE, Madrid, 1953, p. 40.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁵⁷ *Diccionario de psicología*, editor Howard C. Warren, *op. cit.*, p. 59.

Entiendo por idea –dice Spinoza- “un concepto del alma que el alma forma y por el que ella es una cosa pensante.” “Digo concepto con preferencia a percepción porque la palabra percepción parece indicar que el alma es pasiva con relación a un objeto, mientras que concepto parece expresar una acción del alma.”⁶⁵⁸

El concepto, nos dice Sáenz “es la representación mental de un objeto, sin afirmar o negar nada de él.”⁶⁵⁹ Y para explicar la doctrina tomista de la idea nos dice:

cuando captamos un objeto, primero nos formamos las representaciones sensibles o imágenes, tal como se ha explicado ya. Enseguida,... la mente penetra en ese objeto y capta un dato necesario, un nexo que se impone y que permanece oculto para los sentidos. Por ejemplo, lo necesario en una pluma que observo es que “sirve para escribir con tinta.”⁶⁶⁰

Es indispensable acudir, como se acudió ya en otros capítulos al trabajo de Gorski y Tavants para comprender mejor al concepto:

Lo que hace a los objetos semejantes o distintos entre sí constituye lo que se denominan propiedades del objeto. Las propiedades del objeto reflejadas en la idea que nos formamos del mismo se denominan notas del concepto.

[...]

La primera función del concepto en el pensamiento estriba en ser –el concepto- condición necesaria para la comprensión de los juicios. El concepto desempeña este papel cuando constituye la idea exacta de los caracteres de un objeto que lo distinguen de todos los demás objetos.

[...]

La distinción de un objeto con respecto a otros no es más que una de las funciones del concepto, las más simple, y se da cuando en la idea se fijan

⁶⁵⁸ Spinoza, *Ética/Tratado teológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 44.

⁶⁵⁹ Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la lógica*, 9ª edición, Editorial Estigma, México, 2006, p. 71.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 72.

algunas propiedades del objeto –casi siempre en reducido número- que lo diferencian de los demás objetos.⁸⁶¹

[...]

El concepto como resultado del conocimiento del objeto no es una simple idea de los caracteres distintivos del objeto. El concepto-resultado es una idea compleja, la suma de una larga serie de juicios e inferencias precedentes que definen elementos esenciales del objeto, las propiedades del objeto. El concepto como resultado de la cognición es un conjunto de numerosos conocimientos sobre el objeto, obtenidos ya y condensados en una idea.⁸⁶²

Para una mejor comprensión se puede remitir el ejemplo empleado en este trabajo de la "silla", de donde se abstraen dos elementos que integran al concepto, la función del objeto y sus propiedades o atributos, mismos que se verán más adelante.

Gutiérrez García, utiliza la misma conceptualización para la idea o el concepto, y en esta nos dice que:

Es la representación mental de la esencia de un ente, y que tiene como características propias, lo que permite precisarla, que es universal se aplica a todos los entes que comprende, abstracta puede aplicarse a varios entes, no forzosamente a uno Y (sic) general porque no singulariza como la imagen, sino que abarca en extensión y comprensión (sic) a todos los entes en que es susceptible de aplicarse, en un pensamiento de mayor grado de abstracción que la imagen, que también es una representación mental, pero concreta singular, particular.⁸⁶³

⁸⁶¹ Gorski, D. P., y Tavants P. V., *Lógica*, 2ª edición, traducción de Augusto Vidal Roget, Editorial Grijalbo, México, 1968, p. 39.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 40.

⁸⁶³ Gutiérrez García, Ricardo Eloy R., *Lógica aplicada al Derecho*, 2ª edición, Porrúa, México, 2013, p. 39.

Es indispensable transcribir la serie de proposiciones del *Tractatus de Wittgenstein* para lograr comprender el sentido analítico al que nos hemos sujetado en este trabajo:

La realidad total es el mundo; nos hacemos figuras de los hechos; la figura representa el estado de cosas en el espacio lógico, el darse y no darse efectivos de estados de cosas; la figura es un modelo de la realidad; a los objetos corresponden en la figura los elementos de la misma; los elementos de la figura hacen de ella las veces de objetos; la figura consiste en que sus elementos se interrelacionan de un modo y de manera determinados; la figura es un hecho; que los elementos de la figura se comparten unos con otros de un modo y manera determinados, representa que las cosas se comparten así unas con otras. Esta interrelación de los elementos de la figura se llama su estructura y la posibilidad de la misma, su forma de figuración; la forma de figuración es la posibilidad de que las cosas se interrelacionen al igual que los elementos de la figura; las figuras se enlazan así con la realidad; llega hasta ella; es como un patrón de medida aplicado a la realidad; solo los puntos de las marcas tocan el objeto a medir: así pues, de acuerdo con esta concepción, a la figura pertenece también la relación figurativa que la convierte en figura; la relación figurativa consiste en las coordinaciones entre los elementos de la figura y los de las cosas; estas coordinaciones son, por así decirlo, los tentáculos de los elementos de la figura con los que ésta toca la realidad.⁸⁶⁴

De las proposiciones transcritas, y en lo que aquí interesa, se advierte la indicación de Wittgenstein sobre lo siguiente: cómo se forma el concepto, del concepto en sí; como se interrelacionan las estructuras del pensamiento; el concepto es la representación de un hecho o la idea que se tiene de él, pero que viene de alguna manera condicionado; el cruce de diversas figuras forma una estructura (concepto); las figuras que lo forman se originan por lo que uno representa como realidad

⁸⁶⁴ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, 1ª edición, 6ª reimpresión, Editorial Alianza, España, 2014, p. 23 y 25; proposiciones: 2.063, 2.1, 2.11, 2.12, 2.13, 2.131, 2.14, 2.141, 2.15, 2.151, 2.1511, 2.1512, 2.15121, 2.1513, 2.1514 y 2.1515 respectivamente.

(intuición, empirismos etc.);⁸⁶⁵ se representa a través de una proposición; el concepto es consecuencia de la forma en la que un forma sus conceptos, es decir, que viene predeterminado; una de esas figuras es la empírica, al referirse que con esos tentáculos tocan la realidad. Estas proposiciones, que a su vez son una derivación de las establecidas por Wittgenstein, nos hablan del proceso en el que se construye un concepto, es decir, de la concepción.

Arturo Schopenhauer sostiene que:

La principal diferencia entre todas nuestras representaciones es que son, o intuitivas o abstractas. Esta última clase está constituida por una sola especie de representaciones, los conceptos; y éstos son propiedad exclusiva del hombre, en el cual la capacidad de formar conceptos, que le distinguen de todos los animales, es llamada razón.⁸⁶⁶

Hart, siguiendo a J. L. Austin, y referente al uso de las palabras en el mundo cotidiano, así como respecto de cómo nos formamos ideas de las cosas, nos dice que:

Al buscar y hallar tales definiciones "no contemplamos simplemente palabras...sino también realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras. Estamos usando una agudizada conciencia de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos."⁸⁶⁷

Mauricio Beuchot, en su estudio sobre la semiótica, analiza diversas teorías del signo y del lenguaje que ilustran respecto del proceso que se sigue para la formación de los conceptos. En el ejemplo utilizado de la silla en el capítulo

⁸⁶⁵ Arturo Schopenhauer también utiliza los términos: abstracto, intuitiva, pura o empírica como enunciados para representar al mundo. También nos dice que: "el universo entero, no es objeto más que para un sujeto, percepción del que percibe; en una palabra: representación; en: El mundo como voluntad y representación, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, 9ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 21.

⁸⁶⁶Id., El mundo como voluntad y representación, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, 9ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 24.

⁸⁶⁷ J. L. Austin, "A Plea for Excuses", en: *Proceeding of the Aristotelian Society (1956-1957)*, citado en Herbert, L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Argentina, 1963, p. 17 y 18.

denominado "Elementos de análisis de la argumentación" se intentó materializar las proposiciones de Wittgenstein y la de los autores aquí citados:

Santo Tomás retoma de Aristóteles la tesis de que los conceptos son signos, un lenguaje mental. Es que "cada cosa es nombrada por nosotros según que la conocemos." Es decir, nuestro primer contacto con las cosas es por el conocimiento, y luego es por el lenguaje. Por es la primera representación de la cosa es la hecha por el pensamiento, y la segunda es por el lenguaje, que precisamente representa a la cosa cuanto tal, y el lenguaje representa a la cosa en cuanto conocida. En otros términos, el concepto representa la cosa y la palabra representa al concepto.⁶⁶⁸

Nos dice Beuchot que lo anterior es más claro en el comentario a la *Metafísica* de Aristóteles: "Los nombres son impuestos por nosotros según que nosotros entendemos, ya que los nombres son signos de los conceptos."⁶⁶⁹

Analicemos este apartado atendiendo al concepto de Constitución, a efecto de explicar la importancia que tiene el proceso de conceptualización de las cosas, al decidir sobre un caso concreto. Para esto se utilizará los siguientes enunciados: a) una norma constitucional no puede ser inconstitucional; y b) una norma constitucional puede ser inconstitucional.⁶⁷⁰

Más allá de que una persona tenga un argumento para cualquier de las dos proposiciones, la cuestión que permite iniciar la justificación respecto de la fundamentación, es el concepto (es la concepción con la que se haya construido el concepto).⁶⁷¹ En la actualidad quien sostiene que un enunciado constitucional puede ser inconstitucional, conceptualiza a la Constitución como un texto normativo

⁶⁶⁸ Beuchot, Mauricio, *La semiótica, teorías del signo y el lenguaje en la historia*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión 2012, p. 45.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁷⁰ Evito utilizar el prefijo "anti", pues se considera que para el caso concreto cualquiera de las dos acepciones resulta útil para ejemplificar el caso concreto.

⁶⁷¹ Respecto del problema de conceptualización, y la forma en la que se formó el pensamiento iuspositivista, y que se niega a claudicar ante las nuevas formas de conceptualizar el constitucionalismo, véase a: Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derecho, y justicia*, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011, pp. 39-41.

cualquiera, ya no como una norma jerárquica de supremacía incuestionable, porque la concepción que tiene de Constitución es una suerte de justicia, en la que se establecen los principios y valores que deben regir a toda sociedad, por encima, incluso, de ella misma.⁸⁷² Sostienen que la Constitución encuentra sus propios límites en los derechos fundamentales; en las cosas que ya están dadas o aceptadas, y que bajo ninguna justificación es pertinente retroceder. Parten de un principio de supremacía racional, no realista, histórica, positivista, sociológica ni psicológica; es decir, sujetan su pretensión a un binomio condicional: verdad-corrección; dan por hecho que los derechos morales existen en contra del Estado.⁸⁷³

Por otra parte, quien sostiene que un enunciado constitucional no puede ser inconstitucional parten de una postura analítica, en la que el contenido de las normas constitucionales demuestran a sí mismo que son un solo cuerpo; pero más aún, que son el resultado de un proceso histórico-político único, más que un conjunto de ideas y de buenos deseos expresados en distintos tiempos y lugares.

Analíticamente no se puede sostener que un enunciado constitucional puede ser inconstitucional; sin embargo, ello no quiere decir que algunos enunciados no sean congruentes con la estructura integral de la Constitución. En otras palabras, analíticamente un enunciado constitucional no puede ser inconstitucional, pero sí puede ser disfuncional, ilógico o irracional dentro de un sistema o estructura que se tiene idealizada o conceptualizada,⁸⁷⁴ y en ese sentido aplicar la interpretación de aquel enunciado que justifique la teoría constitucional. Respecto a esto, Dworkin nos dice, refiriéndose a los Estados Unidos de América:

⁸⁷² Para una mejor comprensión, véase el activismo y la restricción judicial para decidir los casos constitucionales explicada por en: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Martha Guastavino, 1ª edición, Ariel, España, 2012, p. 217-233.

⁸⁷³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 218.

⁸⁷⁴ Para esto, Kelsen distingue entre conflicto de normas a una contradicción lógica, en: Kelsen, Hans, *Derecho y Lógica*, traducción de Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle, Ediciones Coyoacán, 1ª edición, México, 2012, p. 27. Desde el punto de vista de la supremacía de la Constitución no habría conflicto de normas, para los que sostienen la primera postura, pero para los que sostienen la segunda postura, el Derecho sigue una suerte de lógica, y atendiendo a como entienden el Derecho, existe una construcción lógica dentro del sistema protector de Derechos Humanos, el cual debe eliminarse optando por la solución que más beneficia a la persona.

Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del <<Bill of Rights>>, como las cláusulas de igual protección y de debido proceso, deben ser entendidas como apelaciones y conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política.⁸⁷⁵

Si concebimos que existe un bloque de Constitucionalidad, el texto de la Constitución es sólo uno más de los instrumentos normativos, y concebimos como constitucional cualquier norma que establezca e imponga un valor supremo respecto de los derechos humanos o fundamentales. Si lo entendemos así, la norma sí puede ser inconstitucional, porque no concebimos al texto constitucional como la Constitución, sino que por Constitución concebimos a cualquier norma de valor supremo que puede estar contenida en cualquier norma, principio y regla general que exprese una proposición.

En ese sentido una norma no adquiriría jerarquía por la prueba de origen o linaje (pedigree) como lo sostiene Hart, sino por el acuerdo del auditorio como lo sostiene Perelman. Con esto no se contradice los asertos de Hart, sino que se amplía la prueba a linaje a todas las normas, y no a una nominada adjetivamente como constitucional, es decir, será suprema y constitucional cualquier norma que pase la regla de reconocimiento,⁸⁷⁶ y por el contrario, no lo será, cualquier norma que no la

⁸⁷⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 230 y 231.

⁸⁷⁶ Entiendo la regla de reconocimiento como lo hace Juan Ramón de Páramo: "No se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que si bien por un lado proporciona los criterios para la identificación de otras reglas —y en este sentido podría ser calificada como Derecho— por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema." En: Juan Ramón de Páramo, H. L. Hart y la teoría analítica del derecho, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, pp. 248-249. Citado por *La decisión judicial, El debate H. L. A. Hart - Ronald Dworkin*; estudio preliminar de Cesar Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 28.

pase, aunque esté en el texto llamado Constitución. En otras palabras, lo que se contradice es la postura positivista kelseniana de la jerarquía de las normas y su validez.⁸⁷⁷ La Constitución sería, entonces, un complejo de enunciados distribuidos en todas las normas existentes de un sistema, escritas o no escritas; siempre y cuando pasen la regla de reconocimiento.

Sostener lo contrario llevaría a continuar con la idea de la existencia de un ser todo poderoso y perfecto (soberano), y dicha idea trasladaría a la Constitución, como si ésta no fuera resultado del ejercicio y representación del pensamiento del ser humano en un determinado tiempo.⁸⁷⁸

Luego pues, si tenemos una concepción de la Constitución como aquellos valores superiores que son reconocidos y aceptados por la sociedad, nuestro concepto de Constitución no se puede reducir a un solo texto o instrumento normativo, a un Dios representado en un solo libro.

Se podría tomar la concepción de García Máynez respecto del Derecho Positivo para configurar, a su vez, una concepción de Constitución y luego su concepto:

Derecho Positivo es el Derecho que se cumple, es el Derecho que está viviente en una sociedad determinada. ...Derecho Positivo significa derecho eficaz o, lo que es lo mismo, derecho que es cumplido o aplicado. La nota de positividad es independiente de los atributos de validez formal y validez intrínseca. Positivo es todo ordenamiento que se cumple. Aquella nota puede aplicarse lo mismo a un precepto aislado que a un conjunto de preceptos, o a todos los que integran un sistema.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷ Sobre esto, Cesar Rodríguez, citando a Juan Ramón Páramo nos dice que: "Hart rechaza el postulado kelseniano según el cual esa regla o norma básica no es un hecho sino un presupuesto del esquema de validez de la norma superior de un sistema jurídico. Para Kelsen, la validez de la norma superior de un sistema jurídico es presupuesta y la enunciación de esa presupuestación es la norma básica del sistema." En: *La decisión judicial, El debate H. L. A. Hart - Ronald Dworkin*; estudio preliminar de Cesar Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 28.

⁸⁷⁸ Cassirer, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas, Fenomenología del reconocimiento*, Traducción de Armando Morones 2ª edición, FCE, México, 1998, pp. 132-142.

⁸⁷⁹ En Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción del estudio del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 9.

Esto aplicaría a la concepción de Constitución, si sustituimos los términos de <<positividad>> por el de <<justicia>>, o por el de <<Constitución>>. Si aceptamos esto, también diríamos que la figura del arraigo establecida en el texto llamado Constitución es disfuncional e irracional, por lo que no puede calificarse como constitucional, por consistir en una regla que contradice valores supremos contenidos en diversas proposiciones normativas, independientemente de donde estén contenidas.

Sobre esto, Gustavo Zagrebelsky critica el iuspositivismo, incluso el que se configura a partir de un constitucionalismo jerárquico-lineal, en el que el Derecho se concibe tomando como orden supremo a la Constitución y disminuyendo el valor de las normas conforme disminuye su jerarquía,⁸⁸⁰ lo que produciría nuevos problemas, porque:

Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero tal sustitución no es posible y nos conduciría a un malentendido de los caracteres del Estado constitucional actual.⁸⁸¹

Si advertimos, las proposiciones de Zagrebelsky dirigen la cuestión a un problema de concepción, es decir, a la forma en la que procesamos el conocimiento para construir una realidad en la que percibimos los hechos, en este caso, al pensamiento iuspositivista: "El positivismo jurídico, al negar la existencia de <<niveles>> de derecho diferentes de la voluntad recogida en la ley, se cerraba intencionalmente la posibilidad de una distinción relevante entre ley y justicia."⁸⁸²

Sin intentar realizar una crítica sobre su trabajo, me permitiré transcribir la concepción de Platas Pacheco del Derecho, en la que pretende reformular la forma en la que los operadores jurídicos solucionan determinados problemas jurídicos.

⁸⁸⁰ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derecho, y justicia*, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011, pp. 39-41.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 40.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 96.

Ella cuestiona la eficacia metodológica que utiliza la lógica moderna, al menos la mexicana para solucionar los problemas jurídicos, y sostiene que ahí reside el principal problema, en utilizar un discurso sintáctico que se limita a la verificación válida o inválida de sus estructuras bajo el elemento espacio-tiempo, soslayando el discurso semántico que permite resolver los planteamientos desde lo verdadero o lo falso;⁸⁸³ sin embargo presupone una concepción del Derecho sin respaldar dicho enunciado con proposiciones que permitan tal inferencia:

Por lo tanto, la necesidad del análisis del discurso jurídico, desde los elementos y las estructuras que lo constituyen, tiene la intención de hacer manifiestas sus exigencias metodológicas, de tal forma que los derechos no sólo estén contenidos en los ordenamientos, sino también, y mucho más importante, que efectivamente respondan a la necesidad del acto justo como condición indispensable para la paz y el progreso.⁸⁸⁴

Como vemos, tres proposiciones son las que no permiten digerir la forma en la que conceptúa el Derecho: acto justo, paz y progreso. No se atacarán estas proposiciones, no obstante que, aunque parezca, un acto justo no puede formar una proposición que concluya necesariamente en la paz y el progreso: acto justo, paz y progreso, no es una tautología. Lo que aquí interesa es la existencia de un mecanismo de concepción, que se hace manifiesto en las proposiciones que expresa la autora. Ella considera que la argumentación jurídica que se limita a los enunciados jurídicos producen legalidad, pero no justicia: investigan la validez de los enunciados, pero no su verdad.

Lo que tiene la autora, no es un concepto de justicia o de un acto justo, sino más bien, de lo que no es justo,⁸⁸⁵ es decir, una concepción de algo, y de ahí infiere que no es justo porque se limita a una verificación de validez y no de verdad. Sin embargo, considero, como se advierte en la filosofía de Wittgenstein, que más que

⁸⁸³ Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Analogía de la proporcionalidad*, 2ª edición, Porrúa, México, 2006, pp. 100-110.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁸⁸⁵ Véase a Herbert, L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Argentina, 1963, pp. 196-207.

hablar de un problema de justicia porque no existe una pretensión de verdad, lo que realmente existe es un problema en la forma en que representamos las expresiones de las proposiciones.⁸⁸⁶ En otras palabras, la forma en la que nos formamos una representación posible de la realidad.

Si tomamos los asertos de Hart, podemos sostener que un enunciado calificado como inconstitucional se califica así, porque no supera la regla de reconocimiento, y que sólo sirve para legitimar la creación de las reglas primarias, luego que la constitución es una regla secundaria;⁸⁸⁷ sin embargo, la regla secundaria también debe pasar el escrutinio racional, no de otra regla, sino de la estructura en la que está integrada. Suponer que a su vez la regla secundaria debe fundamentarse en otra regla, nos llevaría a un proceso infinito,⁸⁸⁸ por ello es correcto decir "que debe pasar un escrutinio racional de la estructura donde está contenida", en lugar de "una regla de racionalidad".

Sobre esto, Cesar Rodríguez nos dice, de acuerdo a lo que afirma Juan Ramón de Páramo, que:

La regla de reconocimiento de Hart, en consecuencia, tiene un origen jurídico-social: de un lado es la fuente de validez del criterio supremo y, por tanto, es la regla última del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un derecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de normas de dicho sistema.⁸⁸⁹

El concepto pues, se forma por varias estructuras, como las intuitivas, las empíricas y las racionales, al menos, pero siempre se forma una imagen de la concepción que formamos de algo. El concepto pues, se forma por proposiciones que formulamos

⁸⁸⁶ Véase "enunciados sintácticos y semánticos para una mejor comprensión de esta postura, así como el punto de las proposiciones formuladas por Wittgenstein, analizadas en este trabajo.

⁸⁸⁷ Véase: Herbert, L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 99-153.

⁸⁸⁸ Sobre el ejemplo de la constitucionalidad de un dispositivo constitucional, y lo explicado aquí, se puede acudir, a la explicación de Hart sobre la patología de un sistema jurídico: en Herbert, L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 146-153.

⁸⁸⁹ *La decisión judicial, El debate M. L. A. Hart - Ronald Dworkin; estudio preliminar de Cesar Rodríguez*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 28.

para describir algo tal y como lo percibimos.⁸⁹⁰ Para esto podemos de nuevo acudir a lo sostenido por Tomasini respecto de la comprensión de proposición de Wittgenstein. Nos dice que una proposición, en el sentido que entiende a Wittgenstein, es el signo proposicional, como un retrato, pensado y usado por el hablante, es decir, y si lo queremos representar, es como el retrato de los hechos que hace una persona. Así, describir el mundo tal cual es, es retratar hechos. Sostiene que en la medida que una persona sea buena retratista, será la medida en que nuestras proposiciones serán verdaderas. "Así, en primer lugar, cuando construimos una oración y la empleamos, conscientes de lo que estamos haciendo, lo que expresamos es una proposición."⁸⁹¹ El retrato es el concepto, la forma es la que formamos ese retrato es la concepción.

Tomasini nos habla de cuatro condiciones para que la proposición como retrato de un hecho sea posible:

- i) en una proposición lógicamente simple, cada uno de los nombres que en ella intervienen corresponde un objeto del hecho descrito y que es lo que el nombre significa (teoría denotativa de los nombres; ii) la estructura de la proposición es la misma que la estructura del hecho (principio de isoformismo); iii) hay el mismo número de elementos en la proposición que en el hecho (principio de idéntica multiplicidad lógica); iv) hay algo en común entre la proposición y el hecho: la forma lógica.⁸⁹²

⁸⁹⁰ Spinoza nos dice que: "El orden y la conexión de las ideas son los mismos que el orden y la conexión de las cosas." En: Spinoza, *Ética/Tratado teológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 48; véase también pp. 210 y 211.

⁸⁹¹ Tomasini Bassols, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica*, Civilizaciones wittgenstenianas, 2ª edición, y 2ª edición de Plaza y Valdez editores, México, 2005, p. 18.

⁸⁹² Tomasini Bassols, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica*, op. cit., p. 18. No pasa desapercibido, como tampoco para el autor, el hecho que la concepción de proposición de Wittgenstein se haya reformulado en las investigaciones filosóficas, sin embargo se considera que ambas posturas sirven para sostener la proposición de "concepto que se utiliza en este trabajo", la cual se forma por la representación de un hecho a través de un sistema de proposiciones, ya sea de signos, símbolos o cualquier lenguaje, es decir, como un instrumento para representar algo, porque como se verá en este trabajo, el Derecho es una práctica discursiva, o un discurso práctico racional, que se representa a través de proposiciones del lenguaje. En el sentido que también lo hizo la proposición 2.1512 del *Tractatus*: Es como un patrón de medida aplicado a la realidad.

En ese sentido, Tomasini concluye diciéndonos que

La tesis del carácter veritativo-funcional del lenguaje equivale a sostener que la totalidad de las proposiciones elementales y la lógica bastan para que comprendamos qué estructura tiene el mundo, de qué objetos se compone y cuáles son los límites de la significatividad, puesto que conoceríamos los de la factibilidad. Lo único que hay en el mundo son hechos simples, compuestos por objetos nombrados en las proposiciones elementales.⁸⁹³

Entendemos pues, atendiendo a la descripción de Tomasini sobre el *Tractatus*, que el pensamiento es un retrato de un hecho, una proposición, que se materializa o cobra cuerpo, y en ese sentido nos formamos un concepto de algo, mediante una representación proposicional, ya sea mental o lingüística.⁸⁹⁴

Hay algo que no se debe perder de vista, que un concepto se formará por la significación que se tenga de ese algo dentro de un sistema. Es decir, que el concepto atiende al sistema, y como proposición atómica se encuentra integrado molecularmente. En ese sentido, el concepto que se tiene de algo varía, no por lo que es, sino porque la proposición deja de ser un retrato de ese hecho para convertirse, no en lo que es, sino en cómo lo representamos. Tomasini nos dice, sujetándose a la reformulaciones de las proposiciones de Wittgenstein en las *Investigaciones filosóficas*, que "las proposiciones no son meros retratos de hechos, sino que ha de concebirseles más bien como instrumentos para medir la realidad."⁸⁹⁵

Se entiende que el concepto se forma, no por una proposición, sino por el conjunto de proposiciones, y si lo entendemos bien, de cada estructura, ya sea empírica, ; intuitiva o racional; luego, se forma una proposición, que da paso a su vez, a la

⁸⁹³ Tomasini Bassols, Alejandro, *Lenguaje y anti-metafísica*, op. cit., 2005, p. 20.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 25.

formación de un concepto, debido a que no funcionan de manera paralela, o lineal, sino en forma de espiral.⁸⁹⁶

Ferrajoli al analizar los planteamientos de Vittorio Villa nos dice que:

de una u otra forma, cuando reflexionamos acerca del método, o de los fundamentos, o de los criterios de control de la formación y de la utilización de los conceptos y de las teorías jurídicas, no podemos prescindir del prejuicio de nuestra propia imagen de la ciencia jurídica "tal como es" o "tal como debe ser".⁸⁹⁷

El pensamiento de Ferrajoli evidencia, que al menos en él, la concepción que tiene de los objetos deriva de un determinismo.

2.1. Contexto de descubrimiento.

Como en otros casos, el contexto de descubrimiento y explicación⁸⁹⁸ del concepto de las cosas se origina y se desarrolla bajo el análisis de un caso concreto, luego que permitirá visualizar un panorama real o al menos, un esquema empírico en el cual se aplica el concepto y sus formas en la solución judicial.

Para esto, se deberá tener por descrito la cuestión del concepto de la silla, tratado en el primer capítulo de este trabajo.

Paolo Comanducci identifica dos tipos de interpretación: una a la que llama interpretación-descubrimiento", y otra denominada "interpretación-elección.

⁸⁹⁶ Cabe hacer notar que aunque la generalidad de estudiosos sobre el tema sostengan el cambio significativo en relación al pensamiento de Wittgenstein en el *Tractatus* respecto de las investigaciones filosóficas, en este trabajo queda la duda, ya que si bien el mismo autor pudo significar ese cambio, la idea central se sostiene, pero interpretada de manera diferente: no es que la proposición ya no represente por sí sola la realidad y que sea a través de un sistema de proposiciones, sino que una proposición representativa se puede formar por varias proposiciones: se construye como un mecanismo en forma de espiral y no lineal, transitando por diversas proposiciones o por un sistema de proposiciones, que concluyen en una o en varias, de tal forma, que el hecho se puede representar por una sola, pero formada necesariamente por varias y de diverso origen, como lo puede ser, una proposición empírica, racional e intuitiva.

⁸⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 4ª edición, Fontamara, México, 2011, p. 76.

⁸⁹⁸ Para esto Véase Añez, Manuel, *Las Razones del derecho*, UNAM, 1ª edición, México, 2013, pp. 4-7.

En el primer caso, tales significados estarán preconstituídos respecto a la actividad del intérprete, quien debe limitarse sólo a descubrirlos, a reconocerlos y a aclararlos; mientras que en segundo caso, en cambio, los significados serán el producto de una elección realizada por el intérprete de una decisión discrecional.⁸⁹⁹

Afirma Comanducci que "la interpretación consiste en atribuir un significado a un enunciado normativo: se trata de una actividad que implica una elección y que no es, por tanto, internamente reductible a un mero acto de conocimiento."⁹⁰⁰

Cabe hacer notar, que a pesar de lo tentador que resultan las proposiciones de Comanducci en el texto analizado, no se encuentra fundamentación alguna, ya sea en el modelo de Alexy, o Toulmin, es decir, no encontramos fundamentación alguna para sustentar sus asertos, ni garantías ni respaldos respectivamente.

La forma en que conceptualiza y usa el término "interpretación" resulta muy general y engloba todo un proceso que puede llevar a diversas confusiones. Como lo vimos en el caso de la silla, la interpretación no es una sola acción, e incluso, podría no originarse por la atribución de un significado a un enunciado. Por ejemplo, el enunciado que dice: "esto es una silla"; hace dos cosas: identifica una función, e identifica sus atributos⁹⁰¹ para consecuentemente poder llamarle silla; pero si bien hace esto a través de la atribución de un significado, ello no conlleva a concluir que se realiza una interpretación. No se encuentra ni en el párrafo descrito ni en páginas precedentes o procedentes a las proposiciones citadas, enunciados que respalden o al menos de las que se pueda inferir que la atribución de un significado a un enunciado es una interpretación.

Las constituciones, en la mayoría de los casos, están construida de principios y normas abiertas e indeterminadas, a las cuales se les debe dotar de contenido. ¿Pero en dónde se origina ese corpus de nociones o conceptos que posteriormente

⁸⁹⁹ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2009, p. 94.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 95.

⁹⁰¹ Spinoza dice: Entiendo por atributo lo que el entendimiento percibe de una sustancia como constituyendo su esencia. En: Spinoza, *Ética/Trazado teleológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 9.

servirán para formar la regla de inferencia? O como los sostiene Taruffo al Hablar respecto de los hechos: "que permiten definir el respectivo supuesto de hecho, resolviendo en vía de integración interpretativa la falta de individualización de las definiciones normativas."⁹⁰²

2.2. La concepción como base de la toma de decisiones.

Principios generales de la toma de decisiones. Antes de analizar casos concretos, es pertinente advertir ciertas aproximaciones a determinadas estructuras o elementos que interfieren en la toma de decisiones o en la creación de los conceptos, aunque como veremos, no resultan adecuadas para representar la realidad de cómo se forman.

Representatividad. Este principio "consiste fundamentalmente en comparar la determinación que se va a adoptar en otras situaciones similares en la que se haya tomado un decisión previa."⁹⁰³

Accesibilidad. "Supone la valoración de la de la probabilidad de un suceso en virtud de la mayor facilidad para recordarlo. Entra en juego frecuentemente cuando hay que explicar o imaginar una hipótesis,⁹⁰⁴ por ejemplo cuando hay que decidir la existencia de un riesgo".⁹⁰⁵

A efecto de explicar lo anterior Nieve Fenoll nos dice que

Este principio, cuyo uso, por descontado, no siempre es erróneo, sobrevalora la experiencia y, nuevamente, recurre casi exclusivamente a la memoria para tomar una decisión, olvidando otros elementos de juicio y dejando de lado que la memoria puede haber asignado una falsa imagen de la realidad de las cosas. Por ejemplo, todo el mundo percibe como más peligroso viajar en avión

⁹⁰² Michele Taruffo, La prueba de los hechos, 2ª de edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 160.

⁹⁰³ Nieve Fenoll, Jordi, Enjuiciamiento prima facie, Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 73; tomado de Tversky, Amos/Kahneman, Daniel Extensional vs. Intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment, Psychological Review, 90, 1983, p. 4.

⁹⁰⁴ Nieve Fenoll, Jordi, op. cit., p. 75; tomado de Artieta Pinedo/González Lara, La toma de decisiones, p. 347.

⁹⁰⁵ Nieve Fenoll, Jordi, op. cit., p. 75.

que en automóvil, cuando la estadística dice justamente lo contrario. La razón es la exagerada publicidad que se da de los accidentes aéreos, y la poca atención que les prestamos a las rutinarias campañas de concienciación en la conducción de automóviles.⁹⁰⁶

Y continúa diciendo: "De esa manera, si un juez recurre a la accesibilidad, tomará la decisión que se corresponda con la situación que a su memoria le resulte más fácil recrear."⁹⁰⁷

En este punto específico, se considera que la explicación e incluso el ejemplo para demostrar el principio y la forma en la que funciona al tomar decisiones es insuficiente e ineficaz. Utiliza tres enunciados para soportar su afirmación, sin explicar cómo llega a ellos. En el primero sostiene que sobrevalora la experiencia. En el segundo, que recurre exclusivamente a la memoria para tomar una decisión; y en el tercero: que la memoria puede haber asignado una falsa imagen de la realidad de las cosas". Para lograr demostrar su proposición, utiliza un ejemplo que considera que cualquier persona puede asimilar para entender el punto, y es, la aseveración de que "todo mundo percibe como más peligroso viajar en avión que en automóvil.

Ahora bien, el error no se encuentra en la demostración, aunque ésta por sí misma sea ineficaz para demostrar la proposición, sino en la formulación consistente en considerar que en la gente se percibe como más peligroso viajar en avión que en automóvil. Las personas no perciben que exista un mayor riesgo de viajar en avión, lo que se produce es un temor que pone a consideración el riesgo de sobrevivir a un accidente de avión, y entonces, no sólo las estadísticas, sino la realidad, en efecto corresponde con dicho temor: prácticamente cualquier accidente en avión tendrá como consecuencia la muerte.

Analicemos enunciado por enunciado. Sobrevaloración de la experiencia. En este ejemplo no sobrevalora la experiencia, porque el sujeto no toma en consideración el riesgo de accidente, sino el riesgo de muerte por el accidente, y atendiendo a ello,

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ *Ibid.*

podríamos acceder a las estadísticas para verificar el riesgo de muerte en accidentes de aviones, y el resultado está debidamente representado en el temor producido.

Que utiliza casi exclusivamente la memoria para tomar una decisión. En este caso, tampoco es correcto, porque si bien las personas utilizan y prefieren el automóvil, lo hacen por razones diversas al riesgo de accidente, como lo es la distancia, la practicidad y la economía. Tan es así, que la gente sigue utilizando el avión porque su temor les dice que existe un alto riesgo de morir en un accidente aéreo, pero existe un bajo riesgo de sufrirlo.

Que la memoria puede haber asignado una falsa imagen de la realidad de las cosas. Tampoco es correcto, porque esto es consecuencia de los dos puntos anteriores, y no es una falsa imagen lo que la memoria asigna, sino que con base en lo anterior, produce un concepto, que a su vez le asigna una función, para posteriormente formarse una estructura subyacente que será determinante para construir la regla de inferencia. Entonces, el riesgo de morir en un accidente aéreo es muy alto, pero el riesgo de tener un accidente aéreo es muy bajo. Así pues, si ponemos en imágenes las dos proposiciones anteriores, podríamos visualizar la imagen y el concepto que se forma la gente para producir dicha percepción.

Para demostrar por qué se origina esto, nos dice que la razón es la exagerada publicidad que se da de los accidentes aéreos, y la poca atención que les prestamos a las rutinarias campañas de concienciación en la conducción de automóviles. Tampoco es correcta esta afirmación, luego que lo anterior se produce por el grado de vínculo que se tiene con el objeto. Todos o casi todos tenemos acceso a viajar en automóvil, y al menos en el periódico o en redes sociales se da cuenta de un accidente de automóvil diariamente, y aquí no existe el binomio automóvil-muerte; luego que en efecto la memoria vincula el riesgo de viajar en automóvil cada vez que lo utilizamos, pero a medida que lo hacemos, el temor va disminuyendo al grado de perderse entre el universo de preocupaciones del sujeto o de su uso cotidiano. No sucede lo mismo con los aviones por el grado de vínculo que tenemos con ello, en este, en efecto el binomio avión-muerte si está latente, y de igual forma va

disminuyendo cada vez que lo utilizamos; sin embargo no desaparece porque si bien un elemento pasa desapercibido entre más utilizamos el avión, otro elemento, el riesgo de muerte por accidente, no desaparece por la misma razón, porque existe un concepto que nos dice, es muy bajo la posibilidad de accidente, pero si lo tienes, el muy alta la posibilidad de que mueras.

"Anclaje y ajuste. Consiste en la adaptación de una decisión a un caso concreto, conforme se van conociendo más datos de dicho caso, pero sin acabar de modificarse lo esencial de la decisión inicial. Ello provoca que la decisión, a pesar de contener las nuevas variables, pueda ser errónea, por estar preconditionada por esa persistente decisión inicial."⁹⁰⁸

Contrario a lo anterior, se considera que esto se origina por la concepción originaria que se tiene de las cosas, es decir, de su concepto, así como de la atribución de funciones que previamente se ha asignado a las cosas, es decir, existe una estructura mental que será la guía para que posteriormente la mente configure la realidad de las cosas y le atribuya funciones.⁹⁰⁹

Respecto de la factibilidad de que una decisión tomada se modifique, más que estar condicionada por la decisión previa, está condicionada por el grado de influencia del ego sobre la vida y personalidad de los sujetos (sobre otras entidades mentales),⁹¹⁰ lo que permite advertir la posibilidad de que las personas modifiquen una solución dada, o bien, reconozcan un error, o en su defecto, pese a cualquier elemento, se pretende justificar la decisión anterior bajo cualquier argumento. Esto se puede corroborar con la configuración de los sistemas adversariales, como el que actualmente se está por implementar en todo el país de manera total, donde es necesario aplicar dos conceptos o concepciones de la realidad al objeto de estudio, sin que esté condicionada la decisión por una previamente tomada, donde no

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 76; Tomado de Arrieta Pinedo/ González Labra, *La toma de decisiones*, p. 347 y ss.

⁹⁰⁹ Véase Pavlov en: Russell, Bertrand, *La perspectiva científica*, Traducción de G. Sans Huelín, Editorial Sarpe, España, 1983, pp. 50-58.

⁹¹⁰ Ver Sigmund, Freud, *The Ego and the Id*, editorial W. W, Norton & Company, Estados Unidos de América, pp. 48-62.

influyan cuestiones psicológicas ajenas al proceso. Para esto, se crea el juez de control, y el juez del juicio oral.

"Utilidad subjetiva esperada: Se trata el presente de un sorprendente principio de que de hecho contradice lo que la intuición de cualquiera podría concluir. A través de este principio se declara, en ciertas situaciones, la preferencia del ser humano por el riesgo antes que por la certidumbre:..."⁹¹¹

Este condicionamiento está determinado por una estructura mental, y predeterminado por ciertas condiciones reflejas,⁹¹² en la que existe una tendencia en la persona por, ya sea, contrariar el sentido de las decisiones de la mayoría, o sus consideraciones, y por otra parte, de adoptar una posición distinta a la que el sujeto considera que la mayoría tomaría, en conductas típicas para mostrar superioridad o impedir que otra persona lo muestre.⁹¹³ Esta última no se origina en el mismo sujeto, sino que es producida por un tercero, es decir, que se produce cuando un tercero expone la idea y su posicionamiento, o bien, expone la idea, y un auditorio se pronuncia mayoritariamente por una postura; el sujeto entonces, buscará la forma de imponerse encontrando el error, o la insuficiencia de los argumentos de la mayoría.

"Necesidad de justificación de la decisión: ... si se exige a los sujetos que justifiquen su decisión una vez que ha sido tomada, normalmente se inclinarán por la alternativa que ofrece una mejor imagen pública, es decir, acabarán tomando la decisión que sea más defendible socialmente."⁹¹⁴

Misma explicación merece este principio, que la del anterior, sin embargo, la justificación de este principio, y las consecuencias que produce cuando se ha tomado una decisión y hay una percepción social de error en la solución, y el sujeto también la asemeja como tal, sucede más por las estructuras mentales concebidas, que inducen y son determinantes para producir conductas impropias, en sentido

⁹¹¹ Nieva Fenoll, Jordi, op. cit., p. 76; de Atrieta Pinedo/ González Labra, La toma de decisiones, p. 383.

⁹¹² Véase Pavlov en: Russell, Bertrand, La perspectiva científica, Traducción de G. Sans Huelin, Editorial Sarpe, España, 1983, p. 52 y 53.

⁹¹³ Sigmund, Freud, The Ego and the Id, editorial W. W. Norton & Company, Estados Unidos de América, p. 49.

⁹¹⁴ Nieva Fenoll, Jordi, op. cit., p. 78; de Atrieta Pinedo/González Labra, La toma de decisiones, p. 398.

estricto, es decir, que no pertenecen necesariamente al sujeto, sino que son realizadas para satisfacer a otras personas, luego que lo que se persigue es la aceptación de la postura, y en este caso, más allá de convencer al auditorio, lo que se hace es adoptar la postura del auditorio, para satisfacerse así mismo.

2.2.1. El caso concreto. En el otoño del año 2010 y en la primavera del año 2013 sucedieron dos hechos definitivamente aislados, al menos para aquellos que lo originaron, no así para el que esto escribe. El primero se originó en juicio de desahucio 18/2010 ante el Juzgado Segundo del Partido Judicial de Tepic, Nayarit, y su apelación ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit; y el segundo, al cursar la materia de pruebas dentro de la especialidad de Justicia Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Dentro del juicio, una persona ejerce la acción de desahucio a razón de la falta de pago de 5 meses de renta. Ofrece diversas pruebas, pero una en lo particular me parece muy interesante: cinco recibos de pago de los meses respectivos. Estos recibos contenían todos los datos y requisitos que se originan cuando una persona entrega la cantidad adeudada al acreedor, por supuesto que entre ellos se contenía la firma del acreedor, es decir, que contenía los elementos para liberar la obligación de pago.

La defensa negó la deuda, y para acreditar haber cumplido con sus obligaciones, hizo suya la prueba aportada por el actor, y alegó que dichos documentos habían sido olvidados en el lugar arrendado, entre otras cosas, respecto a esto, nada dijo el actor. En apelación se sostuvo la naturaleza de los recibos y el momento en que se originan; así como los supuestos para ello. Un recibo de pago se origina únicamente cuando se recibe un pago, de lo contrario no tiene una razón de existencia lógica. Se desconoce con certeza cuál fue el objetivo de la parte actora para ofrecerlo, intentar deducirlo sería aproximarse a través de conjeturas.

En primera instancia, la parte no objetó la prueba, el juez dejó de analizarla y decretó la procedencia de la acción, en razón de que si el actor tenía los recibos de pago, era porque el deudor no había pagado, es decir, procedió de manera análoga respecto del cobro de un pagaré. En segunda instancia la Sala Civil determinó la

insuficiencia de los agravios para revocar la sentencia del juez de origen, porque a criterio de ellos, el apelante en el juicio no acreditó la "teoría del caso". Definitivamente la Sala se refería, o bien, debieron referirse, a una cuestión de carga probatoria, es decir, analizar el tipo de proposición de las partes, y en razón de ello determinar a quién le correspondía la carga de probar su dicho; sin embargo, la Sala presumió que la carga le correspondía al demandado, luego que el actor había presentado los recibos de pago, es decir, que le tocaba acreditar que le se habían olvidado los recibos y debido a ello el actor los tenía en posesión. (Deduzco que a eso se refirió la sala al introducir la frase "la teoría del caso".)

Tanto el juez de primera instancia y los magistrados no comprendían la razón para haber adjuntado los recibos de pago, pero sabían que más allá del error, la justicia o la razón jurídica le correspondía a la parte actora, aunque jurídicamente no encontraban la justificación para argumentarlo.

Meses después, en unas reuniones de análisis jurisprudencial, se expuso el caso únicamente para demostrar las deficiencias argumentativas de las sentencias. En esa ocasión, se encontraba una jueza de primera instancia que sostuvo idéntico criterio a las autoridades del juicio, arguyendo que en efecto era un error, pero que era un hecho común, aludiendo a una costumbre, que si alguien no paga, el acreedor elabore el recibo y lo guarde para posteriormente presentarlo en juicio; a lo que consideramos que resolver en ese sentido eran simples conjeturas.

Tanto el juez *a quo*, como la Sala, consideraron que la solución le debía beneficiar al actor, porque realmente sentían que se le debía; sin embargo, no pudieron justificar jurídicamente la existencia de los recibos de pago ni tampoco arguyeron respecto de sus naturaleza o la razón de que el actor los poseyera, luego que las pruebas una vez aportadas dentro de un juicio dejan de ser de quien las aportó y se valoran en razón de su contenido y de lo que prueban, y no de su origen. El juez de origen, prácticamente omitió el análisis de la probanza, y la Sala, justificó su decisión en que el demandado no acreditó la teoría del caso.

Desde el punto de vista moral, los jueces sabían que en efecto una de las partes debía a otra, y que la otra pretendía aprovechar un error para sacar una ventaja

injustificada, por lo que al asociar ciertos hechos, representaron el ideal del concepto de justicia que cada uno tenía⁹¹⁵; no obstante que no lograron justificar (motivar y fundar) su proceder.

La pregunta es ¿su proceder fue jurídicamente válido?

2.3. La epistemología en el proceder de los jueces.

El principal problema que se puede advertir y del cual no dan cuenta los jueces, es la corriente epistemológica con la cual se identifican, o bien, con la cual adquieren la noción o los conceptos de las cosas. Esto sucede, no por falta de voluntad, sino porque la mayoría de los jueces desconocen, si quiera, una definición de epistemología, mucho más complicado sería exigirles que encuadrarán tales concepciones en alguna u otra corriente.

Este apartado no trata del estudio de las corrientes epistemológicas, sin embargo, en el caso en reflexión, el capítulo de la Prueba y verdad en el proceso civil de Michele Taruffo⁹¹⁶ nos ayuda a entender desde donde se origina la influencia para determinar la existencia, valor y función de la prueba en un proceso civil.

El binomio prueba-verdad en el proceso influye de manera determinante para construir el concepto de la prueba, luego que si se tiene a la prueba como instrumento para acreditar la verdad de los hechos, definitivamente que su origen es indispensable para dar cuenta de ello. Sin embargo, si se tiene a la prueba como instrumento del proceso,⁹¹⁷ la prueba vale por lo que es, y el origen únicamente se analiza para valorar su legitimidad, pero una vez en el proceso, deja de corresponder a las partes y le pertenece a aquel.

Luego, si aceptamos que la prueba es un instrumento para acreditar la verdad, estaríamos aceptando que toda regla procesal puede modificarse o bien interpretarse para alcanzar esos efectos, y en ese sentido, estaríamos también

⁹¹⁵ Véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 2ª de edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 101.

⁹¹⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., pp. 21-87.

⁹¹⁷ Véase *Ibid.*, p. 26..

modificando ciertos principios y reglas del proceso: que lo ordenan, lo equilibran, le dan definitividad, coherencia y certidumbre. En tal sentido, la verdad podría asomarse independientemente de las etapas del proceso, lo que pondría en punto de quiebre todo el sistema jurídico. Aunque la afirmación anterior pareciera extrema, no lo es. Esto ha venido sucediendo, principalmente en el sistema penal americano, con las pruebas de ADN, lo que se puede corroborar con el Proyecto de Inocencia (Innocense Project), en el que años, incluso décadas después, una nueva prueba se aproxima a una verdad diametralmente opuesta a la llegada por los tribunales.

Lo anterior se justifica porque hablamos de la materia penal, y al Estado no debiera interesarle ciertos principios, como el de definitividad, salvo cuando es en beneficio del procesado.

Pero en el proceso civil podemos advertir una serie de problemas mucho más cargados de controversia que en materia penal, respecto a esto, Taruffo nos dice que

Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda de la verdad y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es atípica de las teorías que sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas, pero tiene también espacio fuera de esas teorías cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad *tout court*. Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes. En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular.⁹¹⁸

⁹¹⁸ Michele Taruffo, La prueba de los hechos, op. cit., p. 25 y 26.

Cabe aclarar, que no se analiza si la sentencia fue correcta desde el punto de vista moral, sino desde el punto de vista argumentativo. Tampoco me refiero a su conclusión, sino al proceso para llegar a ello: a su argumentación. Definitivamente que tampoco se quiere sostener que existe la sentencia moralmente correcta y la sentencia jurídicamente correcta.⁹¹⁹

En este punto, es necesario que los jueces se hubieran preguntado: cuál es la función de la prueba, cual es el hecho controvertido,⁹²⁰ y qué se pretende probar. Luego que la inclinación epistemológica es determinante para formarse un concepto, y por consecuencia, cuando no se tiene una regla, o cuando esta no es clara, para darle contenido, y posteriormente para solucionar el conflicto.

Luego pues, la forma de pensar: la estructura de los pensamientos de los jueces es determinante para articular una decisión, y partiendo de esto, Taruffo sostiene que

Una línea de pensamiento muy difundida excluye que en el proceso, y en particular en el proceso civil, sea posible alcanzar una determinación verdadera de los hechos.

Algunas veces esta forma de pensar permanece implícita o se expresa de formas genéricas: es el caso del habitual escepticismo de los abogados, para el que no tendría sentido hablar de determinación de la verdad en juicio. Generalmente, esta actitud no está articulada y carece de justificaciones racionales, pero no debe despreciarse, ya que no es extraño que condicione subrepticamente las teorías de la prueba y del proceso.

Otras veces, en cambio, ese modo de pensar asume la forma de teorías de la decisión judicial o de la función o de los objetivos del proceso y, por tanto, se expresa en tomas de posición más específicas y mejor articuladas. El uso del plural es necesario, ya que no hay una sola teoría contraria a la posibilidad de que en el proceso se establezca la verdad de los hechos relevantes para la decisión. Al contrario, esa posibilidad es negada de formas muy diversas y por

⁹¹⁹ Véase en este mismo sentido, la verdad formal y la verdad material en: Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 24.

⁹²⁰ *Id.*, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 96; 2.1. La relevancia de la prueba.

distintas razones, de modo que esa negación aparece como un punto común a distintas teorías más bien que como el punto de llegada de una teoría específica de la prueba o del proceso.⁹²¹

Los jueces solucionaron o pretendieron dar solución a un conflicto utilizando el concepto que tienen de la conducta de ciertos sujetos, ya sea dentro del proceso judicial o en la vida cotidiana, utilizando sus propias aproximaciones de la ciencia, pero no justificaron su proceder desde la teoría o ciencia jurídica, en tanto que desconocieron el objeto de la prueba, luego que ésta tenga también por objeto limitar los conocimientos propios.⁹²²

Como es conocido por todos, toda solución que resuelve un conflicto en una relación jurídica debe estar fundada y motivada (justificada)⁹²³, en palabras sencillas, debe argumentarse debidamente; aún en palabras más sencillas y concretas, el juez debe decir el por qué y las razones jurídicas para adoptar la solución.

Se puede afirmar que la solución de la Sala se basó en lo que Taruffo llama la eficacia de la solución, en ausencia de poder establecer la verdad de los hechos por la deficiencia probatoria, y atendiendo a una carga⁹²⁴ de no permitir que se aproveche del error o se obtenga una ventaja injustificada; luego que "una solución puede ser buena aunque la decisión se funde sobre una determinación falsa, inaceptable o parcial de los hechos del caso, siempre que sea capaz de resolver la controversia."⁹²⁵ También sostiene el autor, "que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre la determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia."⁹²⁶

⁹²¹ Michele Taruffo, La prueba de los hechos, op. cit., pp. 27 y 28.

⁹²² Ibid., p. 90.

⁹²³ Véase el artículo 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹²⁴ Se utiliza esta palabra a efecto de no calificar de morales, psicológicos o irracionales los elementos que influenciaron la solución, evitando con ello producir conjeturas.

⁹²⁵ Michele Taruffo, La prueba de los hechos, op. cit., p. 39.

⁹²⁶ Ibid., p. 39.

La última proposición del párrafo anterior, sería, si bien no una quimera, si un ideal,⁹²⁷ luego que la verdad de los hechos no dependen necesariamente de las normas que regulan el proceso, de los sujetos, de un sistema inquisitivo o adversarial, o bien, incluso, de la voluntad integral de las partes de conocer la verdad, sino que la esfera metodológica y los obstáculos prácticos y formales influyen de manera relevante para identificar la mayor cantidad de datos que se aproximen a la realidad. Luego, si la realidad de las cosas se pudiera conocer por los simples sentidos, la ciencia como tal no tuviera una existencia útil o lógica dentro de los procesos del conocimiento.⁹²⁸

Cabría también sostener, que si se resuelve sobre la determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia, el autor estaría aceptando que en efecto existe una verdad procesal y una verdad material, de lo cual él ha sostenido que "la distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo."⁹²⁹

Resulta complicado concebir que un proceso pueda versar sobre la realidad de una prueba que intenta sostener la prueba de los hechos, y así de manera indefinida, porque entonces la imposibilidad de encontrar una verdad absoluta produciría un proceso ilimitado.

Además –continúa diciendo Taruffo– "en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos; esto es, no se pretende

⁹²⁷ Si se toma como cierta la tesis de la imposibilidad práctica «sería bonito pero no es posible» analizada en: Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 45 y 46. Cabe aclarar que el mismo Taruffo señala que uno de los errores por los cuales es inaceptable, es porque dicha posición se refiere a una concepción excesiva y absoluta de la verdad como objetivo del proceso.

⁹²⁸ Russel, Bertrand, *La perspectiva científica*. Editorial SARPE, España, 1983, pp. 27-42. La primera parte del libro trata del conocimiento científico, específicamente del empleo del método científico. En el último párrafo del apartado I, el autor refiere que "es costumbre entre cierta escuela sociológica menospreciar la importancia de la inteligencia y atribuir todos los grandes sucesos a grandes causas impersonales.

⁹²⁹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 24.

determinar el hecho en si mismo en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto.⁹³⁰

Por ello, no era necesario acreditar la teoría del caso, si es que cabe en una relación jurídica acreedor-deudor, respecto de una prueba, pues se estaría alejando de la realidad de los hechos, y dirigiendo la discusión a una cuestión accesoria sin haber determinado la relevancia de la prueba. Así las cosas, la prueba debió ser objetada por la parte actora, para que el juez estuviera en posibilidad de pronunciarse sobre ella, de lo contrario el juez está asumiendo una verdad que ni siquiera ha sido propuesta por alguna de las partes. ¿Quién podría afirmar ahora, que el actor no objetó la prueba por consentir la verdad propuesta por el demandado?

En sentido teórico, se debió distinguir los hechos principales, jurídicos, jurídicamente relevantes o constitutivos, y distinguir los hechos secundarios o simples,⁹³¹ ya que éstos pueden determinar la falsedad de un enunciado sobre un hecho principal, como es en el caso concreto, donde un hecho secundario determinaba sobre el hecho principal, que es la falta de pago de las rentas vencidas.

Para estos efectos, es pertinente atender al análisis respecto del criterio de atribución de relevancia jurídica.

Este criterio de selección es aplicado por el juez al conjunto de enunciados relativos a los hechos empíricos que constituyen el contenido de las alegaciones iniciales. Puede suceder que esta operación no produzca resultados, es decir, que ninguna circunstancia alegada se corresponda con la definición general contenida en la norma: en ese caso, aquella norma no es aplicable a esa situación de hecho y resulta necesario conjeturar la aplicación de otra norma. En cambio, si aquella operación tiene resultados positivos, significa que en la situación alegada existen hechos jurídicamente relevantes según aquella norma. Se trata, precisamente, de los hechos principales de los que se ha hablado anteriormente.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 119 y 120.

En realidad, se trata sólo de conjeturas acerca de la situación de hecho y de la posible aplicación de una norma a esa situación: los hechos concretos son únicamente alegados, es decir, <<afirmados>> como verdaderos, pero no han sido todavía <<determinados>> como verdaderos. Las operaciones recién descritas son útiles precisamente para establecer qué hechos deben ser probados en juicio para que la controversia puede ser decidida según aquella norma específica.

En un primer sentido, entonces, el <<hecho principal>> equivale, en realidad, a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación.

En un segundo sentido, el <<hecho principal>> equivale a la conjetura verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado (esto es, cuando la correspondiente afirmación está confirmada por las pruebas). En ese sentido, el hecho principal opera como presupuesto de la decisión a verificar.⁹³²

La distinción de los enunciados, aunque pareciera únicamente útil para efecto académicos, filosóficos o en el caso más típico y comentado por ciertos operadores jurídicos, y por los cuales seguimos batallando a estas instancias con problemas de justificación de la sentencia, como lo es fundar y motivar, como simples problemas formales, en lugar de estar debatiendo cuestiones de fondo en los tribunales de amparo, es fundamental para determinar el sentido de una decisión jurídica.

Muchos de los jueces intuyen que algo debe ser o guiarse en determinado sentido, pero no saben qué. Algunos intuyen que algo debe presumirse o dado por hecho, pero no saben por qué. Para estos efectos, el juez debe analizar los enunciados controvertidos, luego que ellos guiarán de manera adecuada el sentido del análisis.

Taruffo nos dice que

⁹³² *Ibid.*, p. 122.

Esta distinción tiene una importancia decisiva desde el punto de vista de la individualización de aquello que constituye el objeto de la prueba. Si es verdad que la prueba versa sobre los hechos, esto significa que, en realidad, tiende a establecer la verdad o falsedad de proposiciones que describen hechos; pero esto significa también que no pueden establecer o <<demostrar>> juicios de valor acerca de hechos. Ciertamente, una cosa es probar que el hecho (el <<daño>> se ha producido realmente y otra cosa es establecer que se trata de un daño grave.

En otras palabras, sólo puede ser objeto de prueba la enunciación descriptiva referida a la existencia de una determinada ocurrencia, no así de la enunciación valorativa que califica esa ocurrencia de una determinada forma.⁹³³

En el caso que nos ocupa, se tuvo que identificar al tipo de enunciado, luego que como lo sostiene Taruffo, sólo puede ser objeto de prueba el enunciado descriptivo.

En razón de lo anterior, si el enunciado se califica como descriptivo, entonces se puede determinar quién debe asumir la carga de probarlo, si no lo es así, entonces tanto el juez como la Sala, pueden proceder a valorar la enunciación respectiva, pero si, y sólo si, en este caso, es un enunciado valorativo.

Antes de ello, deben, si bien no en los términos aludidos, atender a las reglas procesales, para luego en términos y lenguaje jurídico, determinar la carga probatoria; pero no simple y llanamente conjeturar una valoración partiendo de cuestiones ajenas a las planteadas por las partes, es decir, no puede existir, una vez que se cierra la litis, tres posibilidades de realidad, como lo serían la de las partes y la del juez. Lo que en determinado momento pudiera producirse es, una conclusión procesal de que ninguna de las realidades planteadas por las partes ha sido probada.

⁹³³ Ibid., p. 129.

2.4 Concepto y concepción.

Para estos efectos, es necesario formular una interrogante: ¿dos personas pueden pintar un cuadro idéntico?

En el apartado en el que se trató de los principios y reglas, se utilizó un ejemplo que es necesario volver a plantear, porque Dworkin lo toma para distinguir entre concepto y concepción.

El concepto es la figura determinada de una cosa, incluyendo sus atributos. La concepción por su parte, es la forma en la que se concibe esa cosa. Si regresamos al ejemplo de la silla, el concepto es la silla, y la concepción es la forma en la que la persona se formó una imagen, una función y sus respectivos atributos.⁶³⁴

Si una persona A instruye a una persona B a construir una silla; A puede dar instrucciones de cómo debe ser la silla. El concepto de silla, como se puede advertir parece resultar relativamente sencillo. Pero qué pasaría si A instruye a B a construir un sillón, ¿qué tendríamos como resultado? Ambos tienen un concepto de sillón. Si A no da instrucciones, B construirá el sillón atendiendo a su concepción. En estos casos hablamos de concepción y no de conceptos.

Si quisiéramos utilizar una analogía, concepto es la cosa, el resultado, el producto final, y concepción la acción o la forma en la que se concibe esa cosa.

Bajo esas premisas, lo predeterminado es la concepción, y no el concepto. El concepto será la manifestación de un sistema de estructuras que la dan forma, o configuran la imagen formal o material de algo.

La concepción es la línea de ensamblaje, el concepto, estará afectado por todos los mecanismos o estructuras de esa línea. Una persona podría errar cada vez que construya un concepto, y su error no consistirá en la información utilizada, si no en la forma en la que se procesa esa información. Para ejemplificar de una manera más sencilla: la información son los ingredientes, pero el resultado depende de

⁶³⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Martha Guastavino, 1ª edición, Ariel, España, 2012, p. 214 y 215.

ciertas acciones que realiza el chef para obtener el resultado deseado. La forma en la que cocina los ingredientes, es lo predeterminado, no el producto final.

Si se analiza la concepción o la forma de cocinar, se podrá proponer la idea de un resultado. No es decir si algo será bueno o malo, pero sí, si algo seguirá patrones respecto de sabores: excéntricos, conservadores, etc.

Atienza, sostiene que para aclarar los significados de argumentar, argumento etc., es necesario distinguir entre concepto y concepción: "o sea, entre una noción muy amplia –un concepto- caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e interpretaciones – concepciones- distintas de esos mismos elementos."⁹³⁵

Citemos los ejemplos de conceptos y concepción de Atienza: concepto: "Argumentar es siempre un acción relativa a un lenguaje";⁹³⁶ concepción: "la concepción formal ve a la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión".⁹³⁷

Para comprender mejor, una norma, por ejemplo, es una regla que ordena o prescribe una determinada conducta; este sería el concepto. La concepción sería, que son los elementos deónticos⁹³⁸ que una sociedad determina necesarios para la convivencia. Una vez que se tiene una concepción de las cosas, se procede a formarse un concepto.

Dworkin utiliza un ejemplo que resulta eficaz para explicar lo anterior: si yo les digo a mis hijos que deben tratar a los demás con justicia; estos aplicaran este concepto con base en lo que consideren que yo conceptualizo como justicia. Pero cuando mis hijos le dicen a sus amigos, a sus compañeros o a cualquier persona, en un tiempo

⁹³⁵ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 109.

⁹³⁶ *Ibid.*,

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 110.

⁹³⁸ Ferrajoli entiende por "sistema deóntico cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos, desde los precepto morales a las reglas de vestir o de etiqueta, de las reglas de los juegos a las normas técnicas y a los imperativos de la vida cotidiana, hasta llegar a las prescripciones y reglas propiamente jurídicas. En: Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, 1. Teoría del derecho, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2011, p. 105.

y un espacio distinto al en que lo dicté, o incluso, en el mismo tiempo y espacio, la aplicación de la justicia se aplica de manera distinta.⁹²⁹ Por ejemplo, no existía la misma concepción de equidad de género que se tiene ahora, al que se tenía décadas o siglos pasados. Incluso, podría afirmar, que la aplicación evoluciona con la realidad: no se puede decidir sobre lo que no existe. Para que dos personas puedan decidir qué comer, deben de tener al menos una noción de la existencia de algo. Algo en lo que no se piensa, es porque no se tiene siquiera una noción de su existencia, al menos en ese espacio y tiempo, por lo que sería difícil, sino imposible, ponerlo a consideración.

Ante ello, la respuesta a la pregunta inicial, es que sería casi imposible que dos hombres pintaran dos cuadros idénticos, pero sí es posible que tuvieran la misma concepción de esa pintura. Por ejemplo de lo bueno y malo, de lo correcto e incorrecto, de lo justo e injusto, y de lo necesario.

Dos sillas no serían idénticas si se construyen en dos puntos distintos y distantes del planeta, pero sí es posible que la concepción de la silla sea la misma, independientemente del producto final, del nombre, etc., porque el desarrollo de la silla, sigue patrones y formas lógicas, en este caso, de la figura que adopta el cuerpo al sentarse.

De ahí la importancia de distinguir entre concepto y concepción, porque el problema de confundirlos es que utilizamos el mismo concepto para aplicar diversas y distintas concepciones sobre una misma cuestión, lo que produce que la práctica del derecho se vea del manera afectada, que se reduce y vulgarizada a una mera cuestión opiniones, criterios e interpretaciones.

2.5. Atribución de funciones.

Retomemos el ejemplo de la silla. Antes de asignarle un nombre, la persona conoce su función, al menos en etapas iniciales. Cuando se conoce primero el nombre y

⁹²⁹ No es una transcripción del ejemplo, sino simple paráfraseo; en Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, op. cit., pp. 213-216.

después la función, se puede correr el riesgo de solucionar casos con figuras que no corresponden a la función. Por ejemplo, no es lo mismo el robo que el abuso de confianza o el fraude.⁹⁴⁰ Tampoco es lo mismo incumplimiento de las obligaciones a un fraude, y sin embargo, atendiendo al sentido que le asignan la comunidad a la palabra fraude, las personas, incluso los ministerios públicos, las confunden porque desde el punto de vista emocional los dos términos les producen los mismos.

En el ejemplo de la silla vimos que ésta no tiene la función de volar, de escarbar ni sirve como mecanismo de tracción. Sus funciones son diversas y específicas. Así como en la silla, los juristas asignamos funciones a todos los términos y figuras. Por ejemplo, la figura de la prescripción tiene una función dentro de la concepción de posesión y propiedad, que la hace funcional respecto de la renta, el comodato, el usufructo, etc.

Aunque el Derecho sea considerado una creación artificial, lejos está de ser una actividad inventiva con vida propia. Al igual que las demás figuras del lenguaje, el Derecho es la representación de algo, y se materializa la idea o la imagen de ese algo que se tiene de la realidad en una figura jurídica.⁹⁴¹ Esto no quiere decir que el ser humano no imponga funciones a las cosas, incluso, es una tendencia del hombre imponer funciones a los objetos,⁹⁴² que en ocasiones no son compatibles con el objeto mismo, o bien que producen algún tipo de disfunción del funcionamiento del sistema.

Cuando se analiza un dispositivo jurídico, dentro de cualquier texto, se pueden realizar tantas interpretaciones como la misma redacción y la relación con el sujeto-objeto lo permita. Remitirse únicamente a lo que el texto dice, independientemente de la intención del autor puede llevar a soluciones incorrectas, injustas, incoherentes y disfuncionales, si bien no desde el punto de vista positivista, si desde una postura de corrección y verdad de las proposiciones, en el entendido que el Derecho tiene

⁹⁴⁰ Véase a Ferrajoli cuando utiliza como ejemplo el lenguaje normativo para la descripción del tipo penal del hurto en la legislación italiana: Ferrajoli; Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 4ª edición, Fontamara, México, 2011, p. 80.

⁹⁴¹ Spinoza, *Ética/Tratado teleológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015, p. 48.

⁹⁴² Searle John R., *Creando el mundo social, la estructura de la civilización humana*, Traducción de Juan Bostelmann, PAIDÓS, México, 2010, p. 90.

no sólo el objetivo de la certeza y la seguridad jurídica, sino que éstas se originen a partir de proposiciones correctas y verdaderas.⁹⁴³

Si tomamos como válido lo anterior, tampoco es suficiente buscar en el texto lo que el autor quería decir, sino también lo que el texto dice, amparado con lo que el autor quería decir y lo significa dentro de un sistema, es decir, que sea coherente y funcional dentro del contexto que analiza.

Dentro de esas interpretaciones Umberto Eco identifica dos oposiciones que derivan del programa de buscar en el texto lo que dice el autor. La primera es la que nos interesa: "(b1) es necesario buscar en el texto lo que dice con referencia a su misma coherencia contextual y a la situación de los sistemas de significación a los que se remite."⁹⁴³

La capacidad para realizar lo anterior, consistente en extremar los límites positivistas de las normas, se califica por muchos autores como interpretaciones manipulativas, monitorias, aditivas,⁹⁴⁴ etc.; sin embargo, su análisis e identificación parte de un estudio del resultado y no de su origen, lo que puede llevar a crear teorías sobre un objeto de estudio inexistente (seudoproblema). Es decir, que justificamos o intentamos justificar el objeto analizado por el producto final, lo que produce simples respuestas prácticas a problemas incomprensibles o inexistentes.

Más que interpretaciones aditivas o manipulativas, en las que se le adjudica el adjetivo de legislador al juez, lo que realmente sucede es una proyección de la estructura mental del sujeto en relación con el objeto analizado: son proyecciones subyacentes, que se originan ante una aparente incompatibilidad, incoherencia o disfunción estructural de un sistema complejo, como lo es un sistema jurídico.

La norma visible, como su interpretación, se proyectan y representan en el enunciado expresado y en una estructura subyacente, respectivamente. Un ejemplo

⁹⁴³ Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, Traducción de Helena Lozano Miralles, DEBOLSILLO, España, 2013, p. 37.

⁹⁴⁴ Díaz Reudrio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2011, y Figueroa Alejo, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa-IMDPC, México, 2011.

de esto, de la estructura que subyace como pensamiento y que después se proyecta o representa dentro de la misma norma, es la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al artículo 133 constitucional, en la que no se buscó realmente la intención del legislador, ni lo que el texto dice, independientemente de la intención de su autor, porque ninguna de las dos se acoplaba adecuadamente a los engranajes del sistema jurídico mexicano, ya que relación con control difuso y concentrado de la constitución, y su vínculo y función con el amparo mexicano, resultaba incompatible.⁹⁴⁵ En otras palabras, la Corte identificó y asignó una función al control difuso, relacionándolo con el amparo y su función, así como una previamente aceptada de la integralidad del sistema jurídico.

Bajo esa idea, las personas identifican o asignan una función a un objeto;⁹⁴⁶ por ejemplo, la piedra. Utilicemos los asertos de Umberto Eco, respecto de la producción de instrumento de uso:

Si un ser vivo usa una piedra para romper una nuez, todavía no se puede hablar de cultura. Podemos decir que se ha producido un fenómeno cultural, cuando: (i) un ser pensante ha establecido la nueva función de la piedra (independientemente de que la haya usado tal como estaba o que la haya transformado en un porra puntiaguda); (ii) dicho ser ha denominado la piedra como 'piedra que sirve para algo' (independientemente de que lo haya hecho en voz alta, con sonidos articulados y en presencia de otros seres humanos); (iii) el ser humano está en condiciones de reconocer la misma piedra o una piedra 'igual' a la piedra que corresponde la función F y que lleva el nombre de Y (aunque no use la piedra por segunda vez: basta con que sepa reconocerla, en caso necesario.)⁹⁴⁷

Como se puede advertir, la persona asignó una función a la piedra, que consiste en romper una nuez, igual que lo hizo la Corte respecto del control difuso, e identificó una incompatibilidad funcional. Esta función la pueden realizar otros objetos, pero

⁹⁴⁵ Para una mejor comprensión, véase las "Estructuras subyacentes", en este capítulo.

⁹⁴⁶ Se utiliza término "objeto" como materia de estudio.

⁹⁴⁷ Eco, Umberto, *Tratado de semiología general*, traducción de Carlos Manzano, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2013, p. 45.

la persona no le llamará piedra al martillo, porque tiene distintos atributos, como lo veremos en el apartado siguiente.

Un ejemplo de no identificar las funciones adecuadamente puede llevar a errores determinantes dentro de un proceso. Un ejemplo de esto son los tribunales administrativos, que cuentan con varias funciones, dentro de estas se pueden identificar las de anular un acto administrativo o resolver una contienda respecto del cumplimiento de las obligaciones o entre partes, o las de decidir la responsabilidad objetiva del Estado.

Si el órgano resolutor no las identifica claramente puede cometer diversos errores procesales, como tratar un juicio de nulidad igual que un proceso entre partes, en la que el particular demanda el cumplimiento de obligaciones contractuales. Estas funciones se las puede identificar como discursos distintos, donde la carga de la prueba, el fin y el objetivo perseguido deben de atender a reglas distintas para que se cumpla debidamente la finalidad de cada una de las funciones.

En otras palabras, la distinción entre la acción de nulidad, una acción para el cumplimiento de obligaciones contractuales y la acción para reclamar la indemnización por responsabilidad objetiva del Estado, se origina por la función que tienen estas figuras dentro del sistema jurídico. No es la simple distinción de acciones, como lo son en materia civil, aquí la distinción se sustenta en la función propia de cada una de las figuras.

Un ejemplo de una identificación clara de estas funciones se advierte en los juzgados de distrito del Estado de Nayarit, competentes para conocer de amparo en materia civil, administrativa y de trabajo, así como para conocer de juicios ordinarios federales.

La distinción de funciones es clara normativamente, y la confusión se evita luego que cada una de las funciones están debidamente delimitadas; sin embargo esto no sucede en las sedes jurisdiccionales a nivel local, en tanto que la norma reguladora concentra las tres funciones en un mismo cuerpo legislativo, y en un mismo órgano, y el problema reside en que la norma no distingue expresamente las funciones

jurisdiccionales del órgano, lo que provoca serias confusiones, no sólo entre los integrantes del órgano, sino en la totalidad de los operadores jurídicos del sistema y subsistemas administrativos.

Luego pues, el órgano, antes de decidir sobre la causa, debe, para el caso que la norma no defina la función, acordar cual es la función de la figura que se analiza, para entonces estar en posibilidad de resolver lo conducente. El riesgo de no hacerlo, conlleva implicaciones de fondo, porque para resolver adecuadamente se debe establecer adecuadamente el objeto del discurso. En otras palabras, dos personas pueden discutir una solución tomando como base un término, una figura, una palabra etc., pero usando como base una función distinta del objeto que se analiza.

Para ejemplificar lo anterior, sería como si dos personas están analizando la posibilidad de tener a un felino en casa. No obstante que las dos partes hablan de un felino, una de ellas habla de un gato y la otra de un león.

Los órganos jurisdiccionales que desconocen la función de los conceptos provocarán errores de manera irreparable, porque conocen primero la denominación del concepto y no su función, y en esa línea trasgreden todas las reglas del discurso jurídico.

El error de la norma local, es que no distingue las funciones, lo que deja la eficacia de las funciones administrativas a los operadores jurídicos, principalmente a los del órgano jurisdiccional, en tanto que la notación genérica de juicio contencioso administrativo connota⁹⁴⁶ una sola función, y para los poco ilustrado en la materia les resultará complicado entenderlo, debido al proceso mental que origina el significado y la connotación de la funciones del objeto analizado, aunque esto es más problema del sistema educativo y de la profesionalización verdadera de los operadores jurídicos.

Umberto Eco lo explica así

⁹⁴⁶ Para un mejor entendimiento de connotación y denotación véase: Guiraud, Pierre, *La semiología*, traducción de María Teresa Poyrazian, 1ª edición, Siglo XXI editores, México, 1972, p. 40 y 41.

El nombre denota la piedra-tipo como su significado, pero de forma inmediata connota la función cuyo significante son tanto la piedra-espécimen como la piedra-tipo. En principio, todo esto no establece otra cosa que un SISTEMA DE SIGNIFICACIÓN y no supone todavía un PROCESO DE COMUNICACIÓN efectivo, aparte de que es antieconómico concebir una relación de significación que no esté motivada por propósitos de comunicación.⁹⁴⁹

Regresemos ahora a ese proceso de atribución de funciones o identificación de funciones al mundo del Derecho. Tomemos como ejemplo, al mismo Derecho. Antes de identificar sus atributos, incluso de asignarle un nombre, es necesario identificar su función.

Recasens Siches⁹⁵⁰ explica que dentro de la vida natural: la vida salvaje, etc., el hombre se encuentra desprotegido; y en la vida social el hombre le teme a lo desconocido, como en cualquier entorno natural. El hombre siempre está buscando la luz, la claridad, algo que le provoque vivir alejado de la incertidumbre de lo desconocido, incluso de lo bien conocido. En la sociedad, el hombre le teme al propio hombre, por lo que necesita crear una esfera de seguridad. Cuando se encuentra con el Derecho, la función que identifica lo satisface, le crea seguridad y certidumbre. La "certeza y la seguridad constituyen el sentido formal de la función del Derecho."⁹⁵¹

Identificar la función dentro del Derecho es un paso previo para extraer los elementos de una definición, ya sea iusnaturalista o iuspositivistas o ninguna de las dos. Saber cuál es la función del Derecho permite formular los discursos correctos y plantear de una mejor manera los problemas.

El positivismo encuentra aquí su justificación, ante la posibilidad de descubrir mundos facticos de justicia prefiere inclinarse por lo posible, la seguridad y la certidumbre jurídica.

⁹⁴⁹ Eco, Umberto, *Tratado de semiología general*, op. cit., p. 46.

⁹⁵⁰ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2008, pp. 220-226

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 221.

Sin embargo, como el mismo Recasens los afirma, la seguridad no se produce de manera automática por la existencias de normas, requiere además de que lo que está contemplado en las normas se cumpla, lo que produce como consecuencia lógica un mundo factico individual, la norma es pues, el mundo factico universal: como el descubrimiento de la ley natural, el hombre ha descubierto una ley que produce o intenta producir los mismos efectos psicológicos, o bien los mismos estados emocionales. Saber y tener la posibilidad de eliminar riesgos de la naturaleza dota al hombre de la seguridad necesaria para vivir alejado de la oscuridad, lo mismo provoca el Derecho en el hombre, principalmente es que tiene algo que proteger. Luego, una dimensión de la función del Derecho, no es permanecer como una ley universal, sino que requiere que esta sea efectiva antes sucesos reales,⁹⁵² por lo que esto primero, provoca una consecuencia lógica secundaria, que es resolver conflictos que se susciten entre los seres humanos⁹⁵³ a los que les aplica esa ley universal, aceptada, y dotada de los tributos para sea obedecida.

En el derecho pues, como se vio en otras ramas, se origina un proceso de identificación o atribución de funciones que precede a la de la concepción. Vemos que se origina un proceso y dentro de este se encuentra la atribución o identificación de funciones del objeto analizado.

Por último, cabe regresar a los puntos analizados de Searle en este trabajo, y si concluimos que la percepción de cómo nos configuramos el mundo real al que nos sujetamos sigue patrones deterministas, una adecuada argumentación debe contener, antes de la solución de cualquier cosa, la identificación plena, o el mayor grado de identificación de las funciones del a figura sustantiva o proceso, término,

⁹⁵² Alan Watson sostiene que la función del Derecho, a través de los jueces y tribunales "consiste en resolver disputas entre los miembros de la comunidad". En: *The nature of law*, (Edimburgo, Edinburgh University Press, 1977, pp. [Ab initio]; citado por Tamayo y Salmorán, Rolanda, *Introducción analítica al estudio del Derecho*, 2ª edición, Themis, México, 2011, p. 76.

⁹⁵³ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 226-230.

derecho etc., que se somete a discusión; luego que no podemos resolver (hablar en el sentido del discurso práctico racional) si no lo conocemos.⁸⁵⁴

2.6. Identificación de atributos.

Los textos de lógica tratan estos temas de manera amplia, por lo que no es el objetivo de este trabajo entrar a detalle. Lo que sí es objeto de este trabajo, es que la identificación de los atributos viene precedida de dos hechos: uno consiste en identificar o asignar las funciones al objeto, como se vio en los apartados precedentes; y Otro que requiere de un proceso de comparación con otros u otros ejemplos. Cada objeto tiene sus propias cualidades, y se distingue de los demás objetos por cada uno de esos atributos.

En muchas ocasiones la función del objeto no determina al objeto, pues como se advirtió en este trabajo, varios objetos pueden realizar la misma función, aunque varios de esos objetos no estén determinados a realizarla, máxime que muchos objetos realizan la función que se les asigna, es decir, que es una invención y no un descubrimiento.

A diferencia de la función, los atributos sólo se identifican o se descubren, pero no se inventan, aunque el objeto sea una creación artificial, una vez creado, los atributos se contienen en él, de manera visible, o subyacentes al propio objeto, o a sus estructuras.

3. REGLA DE INFERENCIA.

Podemos concluir que la hipótesis ha sido comprobada. Luego entonces, si es factible identificar y explicar el origen de las inferencias de las sentencias constitucionales, con la teoría de la argumentación jurídica, porque la sentencia se

⁸⁵⁴ Searle refiere que uno de los errores al hablar de racionalidad, es que no conocemos cómo funciona la mente, puede nos hemos limitado a estudiar la decisión bajo premisas, en muchas ocasiones, alejadas de las materias correspondientes. Searle, John R., Razones para actuar, Una teoría del libre albedrío, Traducción de Luis M. Valdés Villanueva, Ediciones Nobel, España, 2000, p. 51.

construye con elementos estáticos y dinámicos que crean un complejo estructural en donde residen los fundamentos de la decisión judicial, es decir, porque toda solución contiene una regla de inferencia, y está expresada mediante el lenguaje escrito, y este a su vez es la representación del mundo de las cosas; la argumentación racional, es a su vez, la representación del mundo del Derecho constitucional.

La regla de inferencia tiene bases en el proceso cognitivo del sujeto, y se forma en la construcción del concepto. Se construye pues, por la estructuras mentales y la formación del concepto, el cual tiene contenido la identificación o asignación de funciones, así como de sus atributos.

Respecto a esto Tomasini, parafraseando a Wittgenstein nos dice que:

...lo que denominamos "inferencia" en realidad está más bien asociado con reacciones primitivas, animales o espontaneas, del tipo "El fuego quema, eso es fuego y por lo tanto lo evito". Wittgenstein hace un esfuerzo por mostrar la esencial vinculación del concepto de inferir con otros conceptos cognitivos, como "pensar". Su idea es que es el aprender a pensar que se aprende a inferir. No se trata de procesos separados.⁹⁵⁵

La inferencia es producto de algo, no vive independiente de sí misma. Es el resultado de una interpretación⁹⁵⁶ en cualquiera de las materias. Pero la inferencia puede ser intrascendente si no es concluyente, si no tiene fundamento, si no es la consecuencia válida de algo, es decir, sino se deduce válida y lógicamente de un enunciado o pensamiento que pueda ser verdadero o falso.⁹⁵⁷ Una inferencia pues, puede ser válida⁹⁵⁸ o verdadera y viceversa.

⁹⁵⁵ Tomasini Basols, Alejandro, *Filosofía y matemáticas, ensayos entorno a Wittgenstein*, 1ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2006, p. 90.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 77.

⁹⁵⁷ Kelsen, Hans, *Derecho y lógica*, traducción de Ulisis Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle, Ediciones Coyoacán, 1ª edición, México, 2012, p. 9.

⁹⁵⁸ Véase la explicación de la inferencia válida que se produce respecto de las normas, luego que estas no pueden ser verdaderas o falsas, y por tanto se dice que no pueden ser inferencias de la lógica: Kelsen, Hans, *Derecho y Lógica*, op. cit., pp. 10 y 11. Más adelante el autor señala que el Derecho natural parece contradecir lo anterior: pp. 16-21.

Tron Petit utilizando a la Real Academia Española nos dice que "inferir significa sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa, obtener de los antecedentes un consecuente". Continúa diciendo: "Es una operación intelectual mediante la cual, de uno juicios dados –que nos resultan conocidos- los correlacionamos y es así que inferimos otro juicio que no contemplábamos. La ilación o conexión constituyen la forma lógica del discurso."⁹⁹

Las aportaciones anteriores nos aportan un todo, que ante un caso concreto puede representar la nada, porque los enunciados tienen un significado tan amplio que bien podría decirse lo mismo de los argumentos analógicos.

La regla de inferencia es la determinante para resolver cualquier cuestión, luego que está construida por una cadena de nexos causales que le darán contenido, en otras palabras, tomando como referencia la frase bíblica, lo jueces crearán la solución a su imagen y semejanza. Con esto me refiero a que la cadena de nexos causales determinará el ideal o el modelo a seguir del juez, y ello es lo que habrá de plasmar en la solución, es decir, eso es lo que tiene que justificar a través del razonamiento en su argumentación.

El problema se presenta en los casos difíciles, luego que a primera vista no tengan una solución clara y satisfactoria, ya sea porque sea un caso nuevo, porque simplemente no se haya estudiado o porque aún no se ha formado una regla de inferencia, luego que para hacerlo se tenga que proporcionar contenido a un principio, o a un derecho humano.

Las inferencias se basan en distintas reglas, y todo este trabajo se ha dedicado a verificar la construcción de la regla de inferencia en las decisiones jurídicas constitucionales.

La materia constitucional resulta mucho más compleja que cualquier otra materia, por una simple razón, está construida y enlazada en su mayoría por proposiciones y enunciados normativos. Sus elementos son dinámicos, lo que permite su propia

⁹⁹ Tron Petit, Jean Claude, *Argumentación en el amparo, Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2010, p. 15.

evolución, excluyendo elementos estáticos de interpretación, sujetos a diferentes circunstancias y tiempos.⁹⁶⁰ Son el todo ante un caso concreto, y también representan, en muchos casos la nada en un mundo abstracto. Es decir, sólo tiene sentido en la historia, en casos reales.

Existen muchas fórmulas argumentativas que se pueden utilizar para inferir algo, cuando no se puede abstraer del propio enunciado: argumento a contrario, por analogía, etc., por citar algunos ejemplos. La razón puede ser utilizada para inferir lo verdadero o falso de un enunciado, pero el problema radica principalmente en esto, en que la razón "es incapaz de determinar lo bueno y lo malo."⁹⁶¹

Veamos el teorema de Pitágoras: "En todo triángulo el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos." En este enunciado podemos ver claramente que la conclusión representa una inferencia; pero para los matemáticos, por ejemplo, esta inferencia no tiene ningún sentido si no está fundamentada, es decir, si no existe una debida demostración.

En efecto las reglas de inferencia utilizadas por Pitágoras fueron aceptadas y concluyentes, por lo que ahora podemos hablar de un teorema. Sin embargo, en las sentencias finales en materia constitucional pareciera que lo que valida la regla de inferencia no es un proceso de demostración, en el que se tenga que formular una regla de inferencia o el proceso para llegar un resultado, sino la simple fatalidad de la instancia, es decir, no importa si la sentencia es correcta o no, se califica como válida porque es la etapa final como discurso jurídico jurisdiccional.

En matemáticas no habría duda en sostener que cuando se aprende a usar y formular las deducciones lógicas y el uso de las reglas de la razón "el resultado ya

⁹⁶⁰ Son dinámicos y evolutivos per se, en su mayoría, incluso provocar un sentido <<nuevo>>, "porque sus expresiones cobran sentido en el contexto de un juego de lenguaje," es decir, que lo finito de sus signos pueden producir un número casi infinito de oraciones. Como se advirtió en este trabajo, en la formación del concepto interviene una suerte de determinismo que se sujeta al elemento espacio-tiempo, lo que significa que el concepto de libertad, de Derecho, justicia etc., al aplicarse a un caso concreto, tuvieron, tienen y tendrán un sentido atendiendo a dicho elemento. Véase Beuchot, Mauricio, *La semiótica, teorías del signo y el lenguaje en la historia*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión 2012, p. 149; así como el *Tractatus* y las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein.

⁹⁶¹ Bartra, Roger, *Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª edición, FCE, México, 2014, p. 207.

está predeterminado”.⁹⁶² Sin embargo, parece que no acontece lo mismo en materia jurídica, aceptando de otra forma un margen de error, o bien que el resultado debe de ser aceptado no por la validez o corrección de las reglas del razonamiento utilizadas y de sus deducciones lógicas, sino del sujeto que las emite, transitando de un legislador todo poderoso, a un juez todo poderoso.

Tomasini Basols, respecto de la inferencia matemática la sintetiza que “inferir es precisamente el proceso mental de descubrimiento o de reconocimiento de conexiones abstractas objetivas.”⁹⁶³ Este proceso lo pudimos advertir en el ejemplo de la silla utilizado en este trabajo.

Describamos pues, qué es lo que hacemos cuando inferimos algo –continúa Tomasini.

Consideremos una prueba. En una prueba, lo que hacemos es “extraer” una conclusión a partir de ciertas premisas. Una inferencia es más bien una transición, pero una transición no es un fenómeno inexplicable o esotérico. Lo que llamamos “transición” no es más que una secuencia de proposiciones o de oraciones que tienen como característica el que digamos que la última es la conclusión de las anteriores.⁹⁶⁴

Cuando Tomasini utiliza el término extraer, ya de sí, encuentra un problema de origen, y a pie de página nos dice: “Obviamente, el verbo “extraer” ya prejuzga el asunto: nos induce a pensar que algo ya estaba allí de alguna manera metido y que nuestra tarea es sacarlo a la luz. Esto ya es una interpretación de lo que hacemos, una interpretación que neutralizamos sin entendemos lo que sucede.”⁹⁶⁵

Como se vio en el capítulo “Elementos de análisis de la argumentación”, y a modo de recapitulación, Tomasini, en las consideraciones finales, sintetizando el pensamiento de Wittgenstein, nos dice:

⁹⁶² Tomasini Basols, Alejandro, *Filosofía y matemáticas, ensayos entorno a Wittgenstein*, 1ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2006, p. 78.

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁹⁶⁵ En *ibid.*, p. 82; pie de página 6.

...lo que denominamos "inferencia" en realidad está más bien asociado con reacciones primitivas, animales o espontáneas, del tipo "El fuego quema, eso es fuego y por lo tanto lo evito". Wittgenstein hace un esfuerzo por mostrar la esencial vinculación del concepto de inferir con otros conceptos cognitivos, como "pensar". Su idea es que es el aprender a pensar que se aprende a inferir. No se trata de procesos separados.⁹⁶⁶

La inferencia no es un proceso paralelo ni lineal, sino en una suerte de mecanismo en espiral.

Según Putnam, "el internalismo niega que haya *inputs* que no sean en cierta medida influenciados por nuestros propios conceptos, por el vocabulario que utilizamos para aproximarnos a su conocimiento y describirlos, o incluso que haya *inputs* que admiten una descripción única, independiente de cualquier elección conceptual."⁹⁶⁷

La problemática para construir reglas de inferencia respecto de normas constitucionales no es exclusiva de ésta, luego que bien podría aplicar el análisis que Taruffo realiza en relación con la identificación del hecho relevante que debe servir como base para la decisión.

La primera dificultad consiste en la <<vaguedad>> del lenguaje de las normas, que está siempre notoriamente presente, pero que se da especialmente en la parte de la norma referida a la individualización del hecho.... El grado de vaguedad no es obviamente constante, ya que depende del grado de precisión y claridad del lenguaje usado, además del grado de concreción/genericidad de las determinaciones fácticas: resulta intuitivo que una norma hable de <<automóviles>> es más específica y menos vaga que una norma que hable de <<vehículos>>, pero –más allá del hecho de que obviamente tienen distintos campos de aplicación- ambas normas siguen siendo (en distintos grados) vagas (quedando, por ejemplo, por determinar s, en qué casos, una

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 90.

⁹⁶⁷ Putnam, H., *Raison, vérité et histoire*, trad. fr. Gerschenfeld A., París, Les éditions de Minuit, col. <<Propositions>>, 1994, p. 66; en Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los Modelos de Jurisdicción constitucional*, 1ª edición, Porrúa-IMDPC, México, 2011, p. 137.

ambulancia es un automóvil y si, y en qué casos, un cochecito para niños es una vehículo.⁹⁶⁸

Si partimos de la premisa de que el grado de genericidad de la norma, o como sostiene Taruffo, de las determinaciones fácticas, e incluso de lo abstracto de la norma, deberíamos de suponer que una norma constitucional y en particular, su contenido, es el que tiene un mayor grado de vaguedad, luego que no tienen estructuras hipotéticas, fácticas o de hechos.

Irving Copi:

La inferencia en el proceso que puede ligar a un conjunto de proposiciones. Algunas inferencias son justificadas o correctas, otras no. Para determinar si una inferencia es correcta o no, el lógico examina las proposiciones en las que inicia y termina el proceso y las relaciones entre estas proposiciones.⁹⁶⁹

Martínez Zorrilla nos dice que las "...reglas de inferencia son esquemas de razonamiento lógicamente válidos que nos garantizan, si nos ajustamos a sus estructuras, que las conclusiones que obtengamos se deducen correctamente de las premisas."⁹⁷⁰

Nelson Leonardo por su parte nos dice que los componentes de la argumentación son: una actividad lingüística, una afirmación y una o varias premisas. Describe a la estructura de la argumentación en premisas: mayor y menor; la inferencia, y la conclusión.⁹⁷¹

Nelson Leonardo citando a Castillo Alva, explica de manera muy sintetizada lo que es una inferencia, y en cuanto a esto escribe:

⁹⁶⁸ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op.cit., p. 108.

⁹⁶⁹ Copi, Irving M., y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, 2ª edición, Limusa, México, 2013, p. 7

⁹⁷⁰ Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 226.

⁹⁷¹ Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *Argumentación Jurídica*, 2ª edición, Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2013, p. 37 y 38.

La inferencia: las premisas puede ser dos o más, se relacionan en un proceso de antecedencia y consecuencia, que podemos agrupar en los siguientes tipos:

- En cascada: se produce cuando la conclusión que se obtiene de las premisas permite, a su vez, la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera.
- En paralelo: este tipo de inferencia se produce cuando las premisas, pueden causar la existencia de dos o más consecuencias; todas ellas del mismo nivel, las que a su vez pueden ser empleadas etapas posteriores a la inferencia.
- Dual: existen situaciones en las que se proponen varias consecuencias en una misma resolución, entonces aparecen unas derivadas y, por tanto, en secuencia, y otras complementarias, es decir en paralelo. Por eso decimos que nos encontramos en un caso de dualidad de tipo conclusivo.⁹⁷²

A efecto de explicar esto nos remitimos al pasaje oscuro de la Torah. "Si tengo razón, que el río que corre junto a esta casa, cambie su destino curso arriba. El río, obediente, comenzó a transcurrir rumbo a la montaña..."; véase como Shimai establece como su premisa mayor, erróneamente una inferencia, en lugar de introducir un enunciado de tipo deductivo.

Si tengo razón que el río cambie su destino, en el argumento referido, es la premisa mayor. El hecho de que el río cambia su destino, es la premisa menor. Sin embargo, su estructura no es correcta, en tanto que una deducción no puede configurar una premisa mayor. Ese es un argumento engañoso, que funda su razón en una estructura ilógica.

Distinto sería, por ejemplo, lo siguiente. Shimai afirma que el río cambiará su destino curso arriba; el río cambió su destino río arriba; luego entonces, la inferencia directa es que independientemente del valor y validez de las premisas, una de ellas es verdadera ya que en efecto el río modificó su destino curso arriba, luego entonces Shimai tiene razón.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 39.

No obstante lo anterior, la estructura utilizada por Shimai en nada le es útil para persuadir a auditorio alguno, ya que si bien contiene un elemento contundente, como lo es el hecho irrefutable del cambio de destino del río, es decir, sobre la predictibilidad de su afirmación, lo cierto también, es que ello no guarda lógica alguna con la verdad o aceptación que trata de adquirir para convencer que él tiene la razón.

Una posición de la ineficacia del silogismo judicial para representar la decisión la presenta Taruffo al analizarla en relación con el hecho, y respecto a esto nos dice:

Son numerosas las razones que hacen que la forma silogística de representar la determinación de la relevancia jurídica del hecho sea muy discutible.... Se trata esencialmente de constatar que la concepción silogística da por descontado aquello que sería necesario explicar, es decir, la identificación del significado de la norma concreta respecto de la definición del supuesto de hecho abstracto y la calificación jurídica del hecho concreto que permita establecer si éste entra o no en el campo de aplicación de aquella norma. En otros términos, si el razonamiento silogístico funciona, lo hace en la medida en que se establezcan premisas adecuadas, de hecho y de derecho, entre las que se dé la correlación lógica que funda la deducción silogística. Pero el verdadero problema, respecto del cual el esquema silogístico no ofrece respuesta alguna, es el de la fijación de las premisas, es decir, la interpretación de la norma, por un lado, y la determinación del hecho, por el otro. Es necesario, además, tomar en cuenta el hecho de que, como ya se he dicho, ninguna determinación adecuada del hecho está dada *a priori*, del mismo modo que *a priori* no hay un significado que sea <<propio>> de la norma.

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la <<preparación de las premisas>> de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la <<construcción del caso>>, es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar

una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender *constituir* una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio.

La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico, que no está bien fundado pero sigue inspirando el <<sentido común>> de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que –como sucede a menudo– olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplica, y cuándo se aplica, una norma.

La regla de inferencia no es una deducción lógica o bien una deducción racional únicamente, la regla de inferencia se construye y toma la forma de un espiral, por lo que cada vez que se utilizan los conceptos, primarios, complejos, los orígenes remotos, las estructuras mentales, las intuitivas, las lógicas y las racionales, se forma el espiral cognitivo, por lo que la decisión jurídica será un complejo de estructuras conectadas entre sí que se representará a modo de argumentación, lo que significa que entre las circunstancias sociales, culturales, científicas académicas etc., del juez no permanezcan estáticas, tampoco lo será la decisión, en otras palabras, entre más piense y reflexione sobre la cuestión, la dinámica del espiral continuará formándose y adquiriendo más cargas de las entidades estructurales que lo conforman.

Al analizar la subsunción del hecho, y la interrelación entre hecho y norma que estudia Taruffo da cuenta respecto de algunos autores y teorías alemanas, y nos dice que:

Esta concepción dinámica de la relación norma/hecho que se instaura en materia de decisión se convierte en la base de la tendencia más difundida en

la doctrina alemana, como confirma, por ejemplo la *Methodenlehre* de Larenz, y encuentra posteriores desarrollos en el ámbito de la doctrina hermenéutica. En realidad, conceptos como el <<circulo>> o la <espiral hermenéutica>> tienen una especial utilidad para hacer entender cómo los <<hechos brutos>> (Tatsache) adquieren significado jurídico y son jurídicamente calificados (convirtiéndose así en Sachverhalt) haciendo únicamente referencia a la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma; esta a su vez, puede ser seleccionada para regular el caso e interpretada a los efectos de la concreta aplicación judicial únicamente sobre la base de, y en la línea representada por, los hechos que identifican al caso a decidir. La <<construcción del caso>>, para usar la expresión de Hruschka, es pues, una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y control del análisis de los hechos, de las normas y de sus posibles conexiones. El problema fundamental resulta, entonces, el de las elecciones que el juez debe formular para fundar las premisas de la decisión: elecciones complejas, cambiantes e interrelacionadas que afectan a la individualización de la norma aplicable y de su significado, que opera como regla de solución de la controversia, pero también a la determinación de los hechos jurídicamente relevantes que individualizan la controversia.

Cabe pues analizar si la concepción originaria de las cosas, y la atribución de funciones crea una estructura subyacente como la puede ser un juicio de valor, que a su vez, constituya la regla de inferencia.

En este sentido, aplicando el análisis de Taruffo respecto de las pruebas a la inferencia en general, se puede advertir que el juicio de valor como criterio de selección es determinante para decidir la solución, luego que ésta se encuentre realmente en un proceso estructural que se forma en la concepción, la atribución de funciones y la creación de estructuras subyacentes.

Respecto a la determinación valorativa Taruffo nos dice que:

Un primer tipo de cuestiones está referido al juicio de valor implicado por la norma en el momento en que ésta se define como propia prótasis y a las consecuencias que éste tiene sobre la identificación del hecho.

Por un lado, es útil recordar que todo juicio de valor, entendido en sentido racional, es relativo a un sistema de valores que es asumido como base y contexto de valoración y que constituye la premisa para una posible justificación del juicio de valor. Los sistemas de valores (o incluso, si se quiere decir, los parámetros valorativos no sistematizados) son, obviamente, diversos, de forma que parece evidente que la valorización implicada por la norma puede tener resultados distintos, aun siendo idéntico el hecho determinado, en función del parámetro (o del sistema) de valoración que se aplique.

En este sentido, una variable de crucial importancia está constituida por la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, es decir, el juez. Más allá de la teórica pluralidad de los parámetros o sistemas de valor que, en abstracto, podrían referirse al hecho específico, su valoración concreta depende del parámetro que el juez adopte a los efectos de establecer si, dado el hecho H, éste tiene o no el valor V que la norma pone como condición para su relevancia jurídica. En el contexto de esta <<elección del criterio de valoración>> destaca, por ejemplo, el hecho de que el juez decida aplicar los parámetros difundidos en un determinado ambiente social o bien decida aplicar los criterios de valoración que él mismo considere justos o, por último, considere oportuno receptor las valoraciones de otros sujetos específicos (por ejemplo las partes). Esta elección es decisiva porque a menudo las normas que identifican valorativamente los hechos no establecen a qué sistema o parámetro de valor debe remitirse el juez para valorar el hecho. Obviamente, esto no significa que siempre, en todo caso concreto, el juez sea completamente libre de escoger el sistema de valores con el que orientar sus propias valoraciones, ya que también entran en juego otros criterios y factores determinantes en el plano de las elecciones de los valores

a emplear como parámetros de juicio. Lo anterior no quita que a menudo la norma que identifica valorativamente un hecho sea <<abierta>> y deje >>en blanco>> precisamente la individualización del parámetro valorativo que el juez debe aplicar para valorar el hecho en el caso concreto.⁹⁷³

La regla de inferencia pues, es producto de un determinismo estructural, que se relaciona con la formación del concepto del objeto que se analiza, y ahí, mediante un mecanismo de espiral, se extraen los datos que formarán la regla no evidente que subsume el razonamiento de un problema.

4. Justificación.

Entendemos a la justificación como la última parte de la argumentación, donde se plasma el pensamiento y la estructura de la decisión. En ella están contenidos los hechos, las normas los enunciados y todo aquello que sirve para sustentar la decisión tomada, consecuentemente, la justificación contiene la forma en la que intenta convencer y persuadir que la solución adoptada es la más justa, correcta y conveniente para el problema.

Una argumentación, contiene dos tipos de justificaciones una interna y una externa.

Comanducci, nos dice que:

...por justificación entiendo el procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones (o aducir buenas razones o aducir razones persuasivas) en favor de uno de estos tipos de conclusiones: que es verdadero, o probable, o verosímil, o atendible un enunciado cognoscitivo; o que es justo, o bueno, o correcto, o válido u enunciado prescriptivo.⁹⁷⁴

No obstante que pudiera aceptarse estas proposiciones para definir a la justificación, cabe advertir, como se vio anteriormente, que se ajusta más a algunas

⁹⁷³ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., p.130 y 131.

⁹⁷⁴ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2009, p. 71.

concepciones de argumentación, y en base a ello, se pueden advertir las mismas deficiencias conceptuales que contienen las proposiciones de diversos autores.⁹⁷⁵

En el apartado de la obra de Robert Alexy, se trata con mayor detalle la justificación interna y externa, por lo que se este apartado, nos limitaremos a la cuestión de una justificación en un tiempo y un espacio determinado, partiendo de los demás elementos de análisis descritos en este capítulo.

Como se vio en capítulos precedentes, la deducción lógica debe partir de una regla de inferencia. Robert Alexy, al sostener los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica nos dice que: "En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas."⁹⁷⁶

Atienza sostiene que los términos: justificación interna y justificación externa, provienen de un trabajo de Jerzy Wróblewski, de 1971.⁹⁷⁷ Posteriormente –señala Atienza– Wróblewski introduce también los términos: justificación formal y justificación no formal.⁹⁷⁸

De conformidad con el postulado de la racionalidad, cada decisión jurídica ha de ser justificable y justificada si resulta cuestionada o si existe algún deber de justificarla.

Se dan cuatro clases de justificaciones relevantes para nuestro análisis. Las dos primeras son corolarios de la oposición entre racionalidad interna y externa, y las otras dos relacionadas con la oposición entre lógica formal y no-formal.

La justificación interna [...] se relacionada con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está justificada internamente si se infiere de sus

⁹⁷⁵ Véase "Concepto de argumentación" en este trabajo.

⁹⁷⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 214.

⁹⁷⁷ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, España, 2013, p. 103.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 104.

premisas según las reglas de inferencia apropiadas. La condición de justificación interna es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta.

La justificación externa [...] se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar justificada internamente, pero no tener la justificación externa, si, por ejemplo, los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión.

La justificación formal [...] es una justificación verificada por la lógica formal adecuada para tal tarea verificadora. <<Adecuación>> significa aquí que hay un cálculo lógico formal, cuyos teoremas pueden ser <<interpretados>> (en el significado lógico de este término) por las expresiones lingüísticas usadas por el que toma la decisión. La justificación no formal [...] es una justificación que no cumple las condiciones expresadas antes a propósito de la justificación formal. El área de la justificación no-formal está, por tanto, negativamente determinada por la finalidad de los cálculos lógico-formales adecuados para relacionarse con decisiones jurídicas. Si se niega toda aplicabilidad de cálculos lógico-formales a las decisiones jurídicas, entonces estas decisiones sólo podrían estar justificadas de manera no-formal. Si la aceptabilidad en cuestión se restringe a algunas decisiones jurídicas, entonces algunas de ellas podrían estar justificadas formalmente y otras sólo de manera no-formal. (...) Una decisión está justificada internamente si se ha inferido de las premisas aceptadas por quien toma la decisión, según las reglas de inferencia que él considera válidas. (...)

La justificación externa tiene que ver con las premisas de la decisión jurídica. Estas premisas están construidas por proposiciones, directivas y valoraciones.

La cuestión de la justificación externa estriba en saber si las premisas han sido aceptadas correctamente o equivocadamente.⁹⁷⁹

Sostiene Alexy "que la forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

- (J.1.1) . (1) (x) (x → ORx)
- . (2) Ta
- . (3) ORa (1), (2)

<<x>> es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, <<a>> una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, <<T>> un predicado tan complejo como se quiera que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y <<R>> un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que se expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Hay cuestiones jurídicas en la que es suficiente una justificación de la forma, (J.1.1). Un ejemplo de ellos sería:

- . (1) El soldado debe decir la verdad en asunto del servicio (13 ap. 1 de la Ley del soldado).
- (2) El señor M es un soldado.
- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio (1) (2).⁹⁸⁰

"Por su parte, el objeto de la justificación externa –sostiene Robert Alexy– es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastantes distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo."⁹⁸¹

⁹⁷⁹ Wróblewski, Jerzy, *Legal Decision and its Justification*, pp. 46. 52-53. 60-62 y 63-64; en: Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 104- y 105.

⁹⁸⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., 2012, p. 214 y 215.

⁹⁸¹ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 222.

Esto fue analizado con mayor detalle en este trabajo en capítulos anteriores, por lo que para su comprensión se recomienda acudir a ellos.

Me limitaré a decir, que la justificación se vincula con dos elementos, espacio y tiempo, y no como formas de medida, sino sometidos a sus circunstancias. La justificación pues, no es más que la capacidad del juez de explicar su decisión, tal y como sucede con los teóricos del Derecho.⁵⁸²

Una decisión es en un espacio y tiempo lo que es o no puede ser en un espacio y tiempo, porque el objeto es el mismo, lo que cambia es el espacio y el tiempo.

Una norma es lo que es ahorita, por el espacio y tiempo, y es lo que fue aunque sea diametralmente opuesta, por el espacio y tiempo de aquellas circunstancias, luego pues, el objeto, o en este caso la proposición normativa no cambia, quien realmente cambie es el sujeto, a su vez sometido a un espacio y tiempo.

Convendremos pues, que una norma no muta, lo que sucede, es que el pensamiento con la que se proyecta es representado mediante diversas y distinta estructuras de pensamiento.

El principio de igualdad, como enunciado, sigue siendo el mismo ahora y hace mil años. El sujeto que en la actualidad procesa ese enunciado es uno distante y muchas veces distinto al sujeto de aquel espacio y tiempo.

⁵⁸² Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 4ª edición, Trotta, España, 2009, p. 143.

FUENTES DE CONSULTA

- Aristóteles, *Tratados de lógica (El organón)*, 14ª edición, Porrúa, México, 2013.
- Arte Poética/Arte Retórica*, 4ª edición, Porrúa, México, 2008.
- Ética Nicomaquea Política*, 23ª edición, Porrúa, México.
- La Política*, Editorial Alba, Estados Unidos de América, 1999.
- Metafísica*, 1ª edición Pocket, Editorial Sudamericana, España, 1978.
- Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación*, 4ª edición, Fontamara, México, 2012.
- Las Razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2013.
- Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid España, 2013
- Interpretación Constitucional*, 2ª edición, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2012.
- La Razón del Derecho*, 1ª edición, 3ª reimpresión, UNAM, México, 2007, p. 2007.
- Atienza Manuel, Lozada Prado, Ali, *Cómo Analizar una Argumentación Jurídica*, Cevallos Editora Jurídica, Quito Ecuador, 2009.
- Aczel, Amir D., *God's Equation, Einstein Relativity, and the expanding universe*, Delta, United States of America, 2000.
- Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Armaz, José Antonio, *Iniciación a la Lógica Simbólica*, 3ª edición, Trillas, México, 1989.
- Azua Reyes, Sergio T., *Los principios Generales del Derecho*, 5ª edición, Porrúa, México, 2007.
- Bartra, Roger, *Antropología del cerebro, conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª edición, FCE, México, 2014.
- Bergson, Henry, *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, 2ª edición, Porrúa, México, 1997.
- Beuchot, Mauricio, *La semiótica, teorías del signo y el lenguaje en la historia*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión 2012.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo*, versión de Ernesto Garzón Valdés, 13ª edición, Fontamara México, 2014.
- Braco Peraitam Martín Virgilio, *Método del caso jurisprudencial*, Porrúa-Anahuac, México, 2014.
- Bulygin, Eugenio, 1ª edición, *Ciencia Jurídica y Constitución, Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán, La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*, Porrúa-Facultad de Derecho, México, 2008.
- Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 1ª edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, p. 83-94.
- Cáceres Nieto, Enrique, *Introducción práctica al cálculo lógico aplicado al derecho*, 1ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2014, p. 8.

- Callejas César, Ciencia Jurídica y Constitución, Coordinadores: Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo, 1ª edición, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM.
- Capella, Juan Ramón, Elementos de análisis jurídico, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2006.
- Carroll, Lewis, *El juego de la lógica*, Traducción de Roberto Mares, 4ª edición, Grupo Editorial Tomo, México, 2013.
- Cassirer, Ernst, Filosofía de las formas simbólicas, Fenomenología del reconocimiento, Traducción de Armando Morones 2ª edición, FCE, , México, 1998.
- Castillo Alva, José Luis, Luján Túpez, Manuel, Zavaleta Rodríguez, Roger, Razonamiento judicial, Interpretación Argumentación y motivación de las resoluciones judiciales., ARA, editores, Lima-Perú, 2007
- Cesar Rodríguez, El debate H. L. A. Hart - Ronald Dworkin, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997.
- Castañeda y G., Daniel H., Filosofía de la Jurisprudencia, La recuperación del caso en la vida del Derecho, Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007.
- Chomsky, Noam, Estructuras sintácticas, traducción de Carlos-Peregrín Otero, 1ª edición aumentada, Siglo XXI editores, México, 1974.
- Comanducci, Paolo, Razonamiento jurídico, elementos para un modelo, 1ª edición, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2009.
- Comte, Augusto, La filosofía positiva, 10ª edición, Porrúa, México, 2011.
- Copi, Irving M., y Cohen, Carl, Introducción a la lógica, 2ª edición, Limusa, México, 2013.
- Cox, Brian, y Forshaw Jeff, El universo Cuántico, y por qué todo lo que puede suceder, sucede, traducción de Marcos Pérez Sánchez, editorial Pinguín Ramdon House, México, 2015.
- Daniel M. Wegner, The Illusion of conscious will: citado por Bartra, Roger, Antropología del Cerebro: Ciencia, Cultura y Libre Albedrío, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 2014.
- Darwin, Charles, El origen de las especies, Traducción de Anibal Froufe, SARPE, España, 1983.
- De Aquino, Santo Tomás, De los principios de la naturaleza, el ente y la esencia sobre la eternidad del mundo, Traducción de José Antonio Miguez, Manuel, SARPE, España, 1983.
- Descartes, René, El discurso del método, Traducción de Juan Carlos García Borrón, Editorial SARPE, Madrid, 1984.
- Díaz Revorio, F. Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Porrúa-IMDPC, México, 2011, y Figueroa Mejía, Giovanni A., Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la Acción de Inconstitucionalidad mexicana, Porrúa-IMDPC, México, 2011.
- Dios Habla Hoy, La Biblia, Versión Popular, 2ª edición, Sociedades Bíblicas Unidas, 1983, pp. 414 y 415; Antiguo Testamento, Salomón el juez sabio: Reyes, 1; 3, 16-27.
- Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, Traducción de Horacio Pons, FCE, México, 2014.
- Los derechos en serio, Traducción de Martha Guastavino, 1ª edición, Ariel, España, 2012.
- Eco, Umberto, La estructura ausente, traducción de Francisco Serra Cantarell, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2011.

- Los límites de la interpretación, Traducción de Helena Lozano Miralles, DEBOLSILLO, España, 2013.
- Tratado de semiología general, traducción de Carlos Manzano, 1ª edición, DEBOLSILLO, México, reimpresión 2013.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, La Argumentación en la justicia constitucional, Editorial GRIJLEY, Perú, 2013.
- ¹ Fernández Ruiz, Graciela, *La Argumentación y Lenguaje Jurídico*, 1ª edición, UNAM, México, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho Y Razón*, Trotta, Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, 1989.
- Epistemología Jurídica y Garantismo, 4ª edición, Fontamara, México, 2011.
- Principia Iuris, Teoría del Derecho y la Democracia, f. Teoría del Derecho, Trotta, Madrid, 2011.
- Principia Juris, Teoría del derecho y la democracia, f. Teoría de la democracia, Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 2011.
- Garantismo, Una discusión sobre Derecho y Democracia, 2ª edición, Traducción de Andrea Creppi, Trotta, España, 2009.
- Los fundamentos de los derechos fundamentales, 4ª edición, Trotta, España, 2009
- Feteris, Evelin T., Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de la teoría sobre la justificación de las decisiones judiciales, Traducción de Alberto Supelano, 1ª edición, Colombia, 2007.
- Freud, Sigmund, Introducción al psicoanálisis, 2ª edición, Porrúa, México, 2002.
- The Ego and the Id. Translated by Joan Riviere, Editorial W.W. Norton & Company, United States of America, 1989.
- Fuster, Joaquín M., Neurociencia, Los conocimientos cerebrales de nuestra libertad, traducción de Joan Soler Chic, Ariel, México, 2014.
- García Amado, Juan Antonio, Teoría de la Tópica Jurídica, Madrid, Civitas, 1988.
- García Máynez Eduardo, Filosofía del Derecho, 17ª edición, Porrúa, México, 2011.
- Introducción al estudio del Derecho, 63ª edición, Porrúa, México, 2011.
- García Morente, M., Lecciones preliminares de filosofía, 8ª edición, Editores Unidos, México, 1985.
- Estudios y Ensayos, Porrúa, México, 1992.
- Gay, Peter, Schnitzler's Century. The making of middle-class culture, 1815-1914, Norton, United States of America, 2002.
- Gornetz, Gianmarco, La certeza jurídica como previsibilidad, Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi, Marcial Pons, España, 2012.
- Gorski, D. P., y Tavante P. V., Lógica, 2ª edición, traducción de Augusto Vidal Roget, Editorial Grijalbo, México, 1968.
- Grisham, John, La apelación, traducción de Laura Martín de Dios, Random House Inc., México, 2008.
- Guastini, Ricardo, Estudios sobre la Interpretación Jurídica, Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 9ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2011.

- Guiraud, Pierre, La semiología, traducción de María Teresa Poyrazian, 1ª edición, Siglo XXI editores, México, 1972.
- Gutiérrez García, Ricardo Eloy R., Lógica aplicada al Derecho, 2ª edición, Porrúa, México, 2013.
- Gutiérrez Sáez, Raúl, Introducción a la lógica, 9ª edición, Editorial Esfinge, México, 2006.
- Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción de Ramón Cotarelo García, Trotta, Madrid, 2008.
- Hart, Herbert L. A., El Concepto de Derecho, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Argentina, Título original The Concept of law, Oxford University Press, 1961.
- Hauser, Marc D., La mente moral, Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal, traducción de Miguel Candel, Paidós, España, 2008.
- Hawking, Stephen, Agujeros Negros y otros pequeños universos, 1 edición, Editorial Crítica, México, 2014.
- Hawking, Stephen, y Mlodinow, Leonard, Brevisima Historia del tiempo, Editorial Planeta, versión booket, México, 2015.
- Hegel, G. W. F., Enciclopedia de la ciencias filosóficas, 4ª edición, Porrúa, México, 1980.
- Introducción a la historia de la filosofía, Traducción de Eloy Terrón, Editorial SARPE, España, 1983.
- Heidegger, Martin, El ser y el tiempo, traducción de José Gaos, 2ª edición, FCE, México, 1971.
- Hernández Marín, Rafael, *Razonamientos en la Sentencia Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Herzada, Javier, Introducción a la crítica al Derecho Natural, 4ª edición, Editorial Minos III Milenio, México, 2010.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán I*, Traducción de Juan Carlos García Borrón, SARPE, España, 1984.
- Hobelsberger, Walter Arellano, Metodología jurídica, 1ª edición, Porrúa, México, 2007.
- Hume, David, Tratado de la Naturaleza Humana, 5ª edición, Porrúa, México, 2005.
- Ibáñez, Gustavo Oralidad, Debate y Argumentación, Ediciones Jurídicas, Chile, 2005.
- Jung, Carl, The Basic writings of C. G. Jung, Modern Library, Estados Unidos de América, 1983.
- Kant, Crítica de la razón pura, 15ª edición, Porrúa, México, 2012.
- Kelsen Hans, Teoría pura del Derecho, Traducción de Roberto J. Vernengo, 16ª edición, Porrúa, México, 2009.
- Derecho y Lógica, Traducción de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, 1ª edición, Ediciones Coyoacán, México, 2012.
- La Bruyère, Los Caracteres, 2ª edición, Porrúa, México, 2003.
- Lara Chagoyán, Roberto, Argumentación Jurídica, 1ª edición, Porrúa, México, 2012.
- Londoño Ayala, Nelson Leonardo, *Argumentación Jurídica*, reimpresión a la 2ª edición, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2013.
- Leibniz, Godofredo G., Discurso de metafísica/Sistema de la naturaleza/Nuevo tratamiento sobre el entendimiento humano/Monadología/Principios sobre la naturaleza y la gracia, 5ª edición, Porrúa, México, 2014.

- Locke, John, *Compendio del Ensayo sobre el entendimiento humano*, Traducción de Juan José García Narro y Rogelio Rovira, Alianza, España, 2002.
- López Hernández, Álvaro, *Conciencia y juicio de Kant*, 1ª edición, Universidad de Puerto Rico, Estados Unidos de América, 1998.
- López Ruiz, Miguel, López Olvera, Miguel Alejandro, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, Editorial Novum, México, 2012.
- López Sánchez, Rogelio, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos*, 1ª edición, Porrúa, México, 2013.
- Marcuse Herbert, *Eros y Civilización*, Traducción de Juan García Ponce, SARPE, España, 1983.
- Margarita Boladera; *El aborto ¿Es bueno todo lo que es justo? En: La justicia entre la moral y el Derecho*, Edición y Coordinación Pedro Luis Blasco, Trotta, España, 2013.
- Martínez Zorrilla, David, *Metodología Jurídica y Argumentación*, Marcial Pons, España, 2010.
- Meyer, Michel, *Principia Rhetorica. Una teoría general de la argumentación*, Traducción de Irene Agoff, Amorrurto editores, Argentina, 2008.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Traducción de Demetrio Castro Alfin, Ediciones Itmo, España, 2002.
- Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, España, 2007.
- Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.
- North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*, Traducción de Agustín Bárcena, FCE, México, 1993.
- Pauwels, Louis y Bergier, Jacques, *El retorno de los brujos*, Traducción de J. Ferrer Aleu, Editorial Plaza & Janés, España, 1972.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación*, 5ª edición, Traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Grados, Madrid, 1989.
- Piaget, Jean, *La equilibración de las estructuras cognitivas*, traducción de Eduardo Bustos, 8ª reimpresión de la 1ª edición, Siglo XXI editores, México.
- Psicología y Pedagogía*, Traducción de Francisco J. Fernández Buey, SARPE, España, 1983.
- Pithod, Abelardo, *Epistemología de las ciencias sociales y humanas*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010.
- Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad*, 2ª edición, Porrúa, México, 2006.
- Platón, *La República*, 1ª edición, tomada de la traducción de José Tomás y García de 1886, Editorial Panamericana, Colombia, 2003.
- Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, 2ª edición, traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, España, 2011.
- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 39ª edición, Porrúa, México, 2005.

- Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, traducción de Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2013.
- Rábade Romeo, Sergio, *Teoría del conocimiento*, 4ª edición, Ediciones Akal, España, 2010.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México, 2008.
- Tratado General de Sociología*, 32ª edición, Porrúa, México 2008.
- Reid Thomas, *Investigación de la mente humana, según los principios del sentido común*, Traducción de Ellen Duthie, Trotta, Madrid, 2004.
- Ribeiro Toral, Gerardo, *Vedad y argumentación Jurídica*, 3ª edición, Porrúa- Tribunal de los Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2012.
- Rodenas, Ángeles, *Razonamiento judicial y reglas*, 1ª edición, Fontamara, México, 2000.
- Robles Cartes, Marta y del Granado, Juan Javier, *Fundamentos de teoría de juegos no cooperativos y Análisis económico del razonamiento jurídico*, en: *Teoría de juegos y Derecho contemporáneo*, Temas Selectos, 1ª edición, Porrúa-ITAM, México, 2009.
- Russell, Bertrand, *Introducción a la filosofía matemática*, Traducción de Mireia Bofill, 1ª edición, Paidós, España, 1988.
- La perspectiva científica*, Traducción de G. Sans Huelin, Editorial Sarpe, España, 1983.
- San Agustín, *Confesiones*, versión de Francisco Montes de Oca, 20ª edición, Porrúa, México, 2015.
- Schiavello, Aldo, H.L.A Hart y los post-positivismos, *Una introducción crítica*, Traducción de Santiago Ortega Gomero, 1ª edición, Universidad Libre, Colombia, 2013.
- Schmitt, Carl, *Posiciones ante del Derecho*, traducción de Monserrat Herrero, Tecnos, España, 2012.
- Schopenhauer, Arturo, *El mundo como voluntad y representación*, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, 9ª edición, Porrúa, México, 2009.
- Searle John R., *Creando el mundo social, la estructura de la civilización humana*, Traducción de Juan Bostelmann, PAIDÓS, México, 2010.
- Searle, John R., *Razones para actuar, Una teoría del libre albedrío*, Traducción de Luis, M. Valdés Villanueva, Ediciones Nobel, España, 2000.
- Searle, John, *Libertad y neurobiología, Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Trad. Miguel Candel, Paidós, España, 2004.
- Sfez, Lucien, *Crítica de la decisión*, traducción de Óscar Barahona y Uxoá Doyhamboure, 1ª edición, FCE, México, 1984.
- Spinoza, *Ética/Tratado teleológico-político*, 9ª edición, Porrúa, México, 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología Jurídica*, 5ª edición, Poder Judicial de la Federación, México, 2008.

- Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, 3ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Tamayo Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del Derecho*, 2ª edición, Themis, México, 2011.
- Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Trotta-TEPJF, Madrid, 2011.
- La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2ª de edición, Trotta, Madrid, 2005
- Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Traducción de Carlos Solís Santos, 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- Tomasini Bassols, Alejandro, *Filosofía y matemáticas, ensayos entorno a Wittgenstein*, 1ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2006.
- Enigmas filosóficos y filosofía wittgensteiniana*, 1ª edición, editorial Edere, México, 2002.
- Filosofía Analítica, un panorama*, 2ª edición, Plaza y Valdez editores, México, 2012, p. 19.
- Lenguaje y anti-metafísica. Cavilaciones wittgenstenianas*, 2ª edición, 1ª edición de Plaza y Valdez Editores, México, 2005.
- Toulmin, Stephen E., *Los Usos de la argumentación*, trad., María Morras y Victoria Pineda, 1ª edición, Ediciones Península, Barcelona, 2007.
- Tron Petit, Jean Claude, *Argumentación en el amparo. Esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2010.
- Tusseau, Guillaume, *Para Acabar con los Modelos de Jurisdicción constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2011.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez Picazo, 2ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España, 2007.
- Van Eemeren, Frans y Grootendorst, Rob, *Una teoría sistemática de la argumentación, La perspectiva pragmatialéctica*, traducción de Celso López y Ana María Vicuña, 1ª edición, Buenos Aires, 2011, p. 125.
- Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 18ª edición, Porrúa, México, 2008.
- Lecciones de Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Porrúa, México, 2006.
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Lógicos-Philosophicus*; Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1922.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, traducción de Alfonso García Suarez y Ulises Moulines, Ediciones Altaya, España, 1999.
- Wittgenstein, Ludwig, *Los cuadernos Azul y Marrón*, traducción de Francisco Gracia Guillén, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2009.
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, 1ª edición, 6ª rempresión, Editorial Alianza, España, 2014.
- Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derecho, y justicia*, Traducción de Marina Gascón, 10ª edición, Trotta, Madrid, 2011.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Civil para el Estado de Nayarit.
Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Ley de Amparo.

DICCIONARIOS

Diccionario de psicología, editor Howard C. Warren, traducción de E. Imaz A. Alatorres y L. Alaminos, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1987.
Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, Espala, 2001.
Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, 22ª edición, Editorial Espasa Calpe, Espala, 2001.
The Philosophical Library, Freud, *Dictionary of Psychoanalysis*, Barnes & Noble Books, United States of America, 2004.

ARTÍCULOS EN INTERNET

¹ Sunstein, Cass. "Gay Marriage Shows Court at its Best". *Bloomberg View*, June 26, 2015. Disponible en: [ww.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best](http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best). Visualizada el 11/07/2015.

¹ Victor Manuel Rojas Amandi, *Jurídica*, anuario del departamento de derecho de la universidad Iberoamericana, número 36, Universidad Iberoamericana, "Cuatro Paradigmas de la epistemología jurídica", México, 2006, 9. 385. en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indice.htm?r=jurid&n=36.

¹ Ricardo Guastini, en la revista: *Jurídica*, anuario del departamento de derecho de la universidad Iberoamericana, editorial Themis, no. 299, México, 1999, pp. 437-450; www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/cont22.pdf. Consultado el 12 de marzo de 2016.

¹ Chen, James Ming, *The Sound of Legal Thunder: The Consequences of Crushing Constitutional Butterflies*. *Constitutional Commentary*, Vol. 16, 1999.

¹ Chen, Jim. (1999). Midnight in the Courtroom or Good and Evil. University of Minnesota Law School Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy.

¹ Reynolds, Glenn Harlan. Chaos en the Court. Columbia Law Review, Vol. 91, p. 110. 1991 Disponible en SSRN. <http://ssrn.com/abstract=975139>. Visualizado el 15 de noviembre de 2016.



UNIVERSITY OF MICHIGAN

