

CAPÍTULO QUINTO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN¹

La argumentación, entendida en uno u otro de los sentidos “fuerte” y “débil” que se analizaron en el primer capítulo de esta investigación, ha estado siempre unida, de una u otra forma, a la tarea del jurista. Esto no resulta extraño o novedoso, pues, como afirma Atienza (2007, p. 1), “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”.

El ejercicio de la argumentación es, pues, primordial para la tarea del jurista, pero también, a su vez, el ejercicio del derecho, a lo largo de la historia, ha resultado muchas veces decisivo para el desarrollo del arte de la argumentación; como ejemplo de esto último se ofrece enseguida un breve recorrido histórico por la Antigüedad clásica, donde se muestra cómo las características y exigencias propias de las tareas del abogado propiciaron, en aquella época (al igual que en muchas otras), el desarrollo y expansión del estudio y ejercicio del arte de la argumentación. De ahí que no sea casual el hecho de que muchos de los más grandes oradores (representantes prototípicos de la argumentación retórica) hayan sido también personajes destacados en el mundo del derecho.

¹ Al iniciar el tratamiento de este punto, vale la pena insistir en que, a lo largo de todo este estudio, se ha manejado el término “argumentación” en su sentido más amplio, es decir, el que incluye tanto al razonamiento demostrativo, como al razonamiento retórico o “persuasivo”. Cabe recordar esta observación, ya que, como se ha señalado anteriormente, hay autores que utilizan el término “argumentación” para referirse únicamente al segundo de estos tipos de razonamiento.

1. *Derecho y argumentación: recorrido histórico a través de la Antigüedad clásica*

A. *La antigua Grecia*

a. Una creciente demanda

En el mundo de la antigua Grecia,² la relación entre derecho y argumentación fue muy estrecha. Las circunstancias políticas, económicas y sociales de aquel entonces propiciaron una gran demanda de expertos en litigios y en el tratamiento de los asuntos públicos, y esta demanda, a su vez, dio lugar a uno de los periodos de mayor desarrollo y propagación de la argumentación llamada “persuasiva” o “retórica”.

En efecto, en la antigua Grecia, el auge de la retórica coincide, al menos en lo que respecta a Sicilia, con el fin de la tiranía,³ cuando, una vez reestablecida la democracia, comenzaron a sucederse numerosos litigios. Muchos de éstos giraban en torno a la propiedad de las tierras, pues todos aquellos terratenientes que durante el reinado de los tiranos habían sido despojados de sus territorios, comenzaron a reclamar sus pertenencias. Es de imaginar que en una situación así, la habilidad argumentativa de los litigantes, su capacidad persuasiva, resultaba decisiva para lograr el triunfo en el litigio. Fue así como el arte retórico fue convirtiéndose en un instrumento cada vez más poderoso en el mundo del derecho y, por ende, comenzó a cultivarse cada vez más.

Por otro lado, dado que en aquel entonces no existía el oficio de abogado como tal y cada quién tenía que defender su causa, muchas de las personas que se veían en la necesidad de enfrentar un litigio y no se sentían capacitadas para hablar con la elocuencia necesaria, contrataban los servicios de especialistas, los llamados “logógrafos” —que podrían considerarse como los precursores de los actuales abogados—, para que les elaboraran un discurso que ellos pudieran aprender de memoria y presentar ante el tribunal. Algunos de los mejores rétores que ha tenido la humanidad se iniciaron como logógrafos⁴ o ejercieron este oficio en algún momento de su vida.

² Para una detallada explicación de los fenómenos ocurridos alrededor de esta época se puede consultar la obra de Werner, Jaeger, *Paideia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, particularmente el capítulo III del libro II.

³ El tirano Hierón muere en 468 a. C., y en 466 es expulsado de Siracusa el tirano Trasíbulo.

⁴ Tal es el caso, por ejemplo, de Demóstenes, Iseo y Lisias, entre otros.

En el caso de Atenas, hubo circunstancias económicas que influyeron directamente en su forma de gobierno y, paralelamente, acrecentaron la importancia de la retórica. Gracias al desarrollo y expansión del comercio, la democracia fue ganando terreno. Nuevos grupos sociales, fuera de la aristocracia, empezaron a tener mayor poder económico, y eso, a su vez, les abrió la posibilidad de entrar con mayor peso que antes a la vida política, al gobierno. Sin embargo, esta oportunidad que se le brindaba al ciudadano común no se realizaba de manera inmediata, pues existía un gran obstáculo: la educación. Durante mucho tiempo en Grecia se había pensado que el perfil del hombre ideal, modelo máximo al que aspiraba la pedagogía, no era realizable por cualquiera, sino sólo por los nobles: todos los nacidos fuera de la aristocracia estaban imposibilitados para alcanzarlo y, por tanto, era inútil intentarlo; de ahí que la educación del pueblo no fuera tan esmerada como la que recibía la nobleza. En esta situación, por más que las nuevas circunstancias económicas le abrían al pueblo la posibilidad de una mayor participación en la vida política, si no estaba tan preparado como la nobleza para esta actividad, no podría hacer un buen papel al enfrentarse cara a cara con la aristocracia en las asambleas del pueblo. Surgió, entonces, una enorme demanda de educación, una demanda de maestros que enseñaran la “virtud política”, es decir, todo un conjunto de conocimientos sobre cómo manejar los asuntos de la ciudad y cómo manejarse uno mismo en ese medio.

Ahora bien, el centro de la política de esos tiempos lo constituían las asambleas públicas, y en ellas el instrumento más necesario y poderoso era el arte de la persuasión; la virtud fundamental de un hombre de Estado era la virtud de la palabra, el dominio del arte retórico.

Pero no era sólo el pueblo quien tenía que aprender el arte de la persuasión: también los nobles se enfrentaban ahora a situaciones nuevas que les exigían ampliar su habilidad retórica. En efecto, los jurados ante los cuales tenían que hablar no eran ya los mismos, pues día con día aumentaba el número de jueces pertenecientes a las clases bajas de la burguesía. Los miembros de tales clases —como se ha dicho anteriormente— no tenían una educación muy esmerada y, por lo tanto, carecían de la capacidad necesaria para seguir una demostración jurídica complicada. Siendo esto así, los nobles también se vieron obligados a estudiar más a fondo los mecanismos de la persuasión para poder hablar de manera convincente no sólo ante auditorios selectos —como estaban acostumbrados— sino ante cualquier tipo de oyente.⁵

⁵ Es interesante ver cómo ahora los juristas y, en especial, para el tema que nos ocupa, los jueces se ven en una situación análoga a la de los nobles de aquella época, en el sentido

b. La demanda de educación y el surgimiento de la sofística

En este contexto histórico de una creciente demanda de educación surge la figura de los sofistas, un conjunto de pensadores más o menos independientes entre sí, cuyas ideas principales muchas veces difieren notablemente de uno a otro, pero que reciben el mismo apelativo porque, aunque no sostuvieran la misma doctrina, tenían ciertas características comunes. Entre estas características se encuentra, por ejemplo, la de compartir su principal tema de interés: el hombre y la cultura (a diferencia de los filósofos anteriores, llamados “físicos”, que se habían dedicado al estudio de la naturaleza en su sentido más amplio); coincidían también los sofistas en el cobro por sus enseñanzas (cosa mal vista en aquella época), así como en la orientación práctica de las mismas (a diferencia de la orientación teórica de los primeros filósofos), la cual llevaron hasta tal extremo que, si bien su pragmatismo les trajo un rápido éxito, también los condujo a su fin, como dice Grimberg (1983,222) de los sofistas: “la utilidad fue siempre el fundamento de su actividad. En ello radicaba, por una parte, la fuerza de este movimiento, pero por otra, la causa principal de su decadencia”.

Sin embargo, entre todas las características comunes a los sofistas, la que más interesa para el desarrollo del presente estudio es su habilidad y destreza en el manejo de la argumentación y, más específicamente, de la retórica. Éste fue, sin lugar a dudas, su instrumento principal, al grado de que muchos de ellos limitaban sus lecciones simplemente a la enseñanza de este arte. No obstante, sería erróneo pensar que la intención directa de los sofistas era la de ser maestros de retórica; su finalidad primordial era la enseñanza de la virtud política, es decir, el desarrollo de aquellos conocimientos y habilidades necesarios para el manejo de los asuntos de la ciudad. Sin embargo, debido a que el dominio de la retórica era una habilidad indispensable para el hombre de Estado (y —también hay que decirlo— la que traía éxitos más fáciles y rápidos), los sofistas centraron sus enseñanzas en el arte de la persuasión. Entre los numerosos sofistas que hubo por aquella época destacan por su importancia Protágoras de Abdera y Gorgias de Leontini, de quienes se hará una breve referencia a continuación.

de que, al motivar y justificar su decisión, saben que ya no sólo tienen como auditorio a otros con la misma preparación que ellos, es decir, a otros juristas, sino a las partes litigantes y a la población general que, gracias a los actuales medios de comunicación, está pendiente de sus decisiones. Así, dice Perelman (1988, p. 228): “No hay que olvidar que las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes en litigio, después, los profesionales del derecho, y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales”.

Protágoras de Abdera vivió, aproximadamente, del año 480 al 410 a. C. Además de sus actividades como sofista, se distinguió como hombre de Estado. Gozaba de la amistad y confianza del hombre más importante de su tiempo: Pericles, quien le encargó la elaboración de una Constitución para la colonia griega de Turios.

La tesis principal de Protágoras es: “El hombre es la medida de todas las cosas; de las que son en cuanto que son, y de las que no son en cuanto que no son”.⁶ No es difícil ver que la afirmación de Protágoras podría conducir a un relativismo:⁷ la medida de la verdad de cada cosa ya no es cada cosa, sino el sujeto que la percibe.⁸ Por otro lado, el método usado por Protágoras era el de la antilogía, que consiste, fundamentalmente, en la capacidad para defender con igual destreza cualquier proposición dada, lo mismo que su contraria. Protágoras se preciaba de poder presentar con igual fuerza persuasiva lo mismo la proposición “buena” que la “mala”, la verdadera que la falsa; decía contar con la posibilidad de defender con el mismo éxito la postura más convincente y la menos convincente, logrando así “transformar la peor razón en la mejor”, como diría él mismo en su obra *Las antilogías*. Ahora bien, la habilidad para defender los contrarios es algo muy propio de la retórica,⁹ pero el poder persuadir primero sobre cualquier proposición y defender luego, con igual éxito, la proposición exactamente contraria no implica, evidentemente, que sean igualmente válidos o verdaderos ambos contrarios. Idealmente, esta habilidad, lejos de emplearse para persuadir indistintamente sobre lo bueno y sobre lo malo, sobre lo justo y sobre lo injusto, etcétera, debería servir, simplemente, para saber cómo defender nuestra postura y cómo se podría defender la postura de nuestro contrincante o adversario para que así los recursos que éste utilice no nos tomen por sorpresa. Sin embargo, si se contempla el método de la antilogía junto con la afirmación relativista de Protágoras, parece que para él la habilidad para persuadir ambos contrarios era mucho más que un simple instrumento retórico. La imposibilidad de que dos proposiciones contrarias sean simultáneamente verdaderas queda olvidada para Protágoras, pues, a fin de cuentas, para este pensador, “el hombre es la medida de todas las cosas”.

⁶ Fragmento 1.

⁷ Aunque sería exagerado adjudicar a Protágoras un desarrollo filosófico completo de tal postura.

⁸ En el *Teeteto* de Platón se da un ejemplo de este relativismo. Suponiendo el caso de que haya hecho viento, para quien hubiese sentido el viento como tibio, el viento es tibio, y para el que lo hubiese sentido frío, el viento es frío. Cabe destacar que aquí Protágoras no está hablando de cómo le *parece* el viento a cada uno, sino de cómo *es* el viento.

⁹ De hecho, según Aristóteles, en ella radica una de las principales razones de la utilidad de este arte.

Gorgias nació en Leontini, Sicilia, alrededor del año 485 a. C. Fue famoso no sólo por su habilidad retórica, sino también por haber desempeñado importantes funciones diplomáticas. Aunque el contenido filosófico de su pensamiento es mucho más pobre que el de Protágoras, sin embargo, la maestría que alcanzó en el arte de la elocuencia es notable, no en vano lleva su nombre el diálogo platónico dedicado a la retórica. Lo más característico de este autor fue haber introducido en la retórica elementos de los que tradicionalmente se servía la poética; por ejemplo: el uso de palabras no comunes en el lenguaje cotidiano,¹⁰ adorno excesivo y lenguaje figurado,¹¹ etcétera. Con la aportación de recursos poéticos al servicio de la retórica, inicia Gorgias una nueva etapa en la oratoria ateniense.

Gorgias expuso sus teorías retóricas en un *Arte* donde se contenían preceptos y enseñanzas como, por ejemplo, el manejo del ridículo dentro del discurso. De esto último nos da noticia Aristóteles: “Acerca de las cosas risibles, puesto que parece tienen alguna utilidad en los debates, decía Gorgias que es preciso estropear la seriedad de los adversarios con la risa, y la risa con la seriedad, en lo cual tenía razón”.¹²

Un ejemplo de aplicación de esta estrategia lo tenemos, precisamente, en el Gorgias platónico, donde Polo de Agrigento —discípulo de Gorgias— la usa en contra de Sócrates:

Sócrates: Entonces, nunca será más feliz ninguno de los dos, ni quien de manera injusta se apodera de la tiranía, ni quien sufre castigo —pues de dos desdichados ninguno podría ser más feliz— pero ciertamente es más desdichado quien reina como tirano sin haber sido descubierto. ¿Qué es esto, Polo? ¿Te ries? ¿Es ésta a su vez otra forma de refutación, retr cuando alguien dice algo, mas no refutar?

Polo: ¿No crees estar refutado ya, Sócrates, si dices cosas tales que ningún hombre afirmaría?¹³

c. Los filósofos: Platón y Aristóteles

En aquella misma época, como contraparte del surgimiento de la sofística, tenemos a la filosofía, con el reclamo por los espacios que le trataban

¹⁰ Aristóteles recuerda las palabras de Gorgias, cuya traducción sería “aduladores musimendicantes perjuros y benejuros” (cfr. *Retórica*, III, 3, 1405 b, 37).

¹¹ Por ejemplo, Aristóteles critica algunas metáforas de Gorgias por parecerle de excesiva solemnidad y tono de tragedia: “asuntos pálidos y sangrientos”, o “tú sembraste para tu vergüenza y has cosechado para tu desgracia” (*Retórica*, III, 3, 1406 b, 9).

¹² Aristóteles, *Retórica*, III, 18, 1419 b, 3-5.

¹³ Platón, *Gorgias*, 473 e. En relación con este argumento, cfr., *supra*, capítulo cuarto, especialmente lo relativo a las falacias *ad hominem*, *ad verecundiam* y *ex populo*.

de arrebatar algunos sofistas, así como con el esfuerzo por entender el ser y deber-ser del arte de la argumentación manejado por aquellos personajes.

Destaca aquí la gran figura de Platón, cuya aversión hacia la retórica es bien conocida. Sin embargo, a pesar de los ataques que le hace, Platón reconoce la importancia de este arte.¹⁴ De lo contrario, quizá no le habría dedicado el *Gorgias*, uno de sus diálogos más extensos, ni la habría tratado tan ampliamente en el *Fedro*. Su actitud, si bien hostil, no es destructiva. Plantea crudamente las dificultades, pero también propone soluciones.

La mayor preocupación de Platón en lo referente al tema de la retórica es señalar el enorme peligro que representa. La retórica, empleada con injusticia, puede llevar a una ciudad entera a quitar sus ojos del verdadero bien para fijarlos sólo en las apariencias. De hecho, muchos de los oradores existentes hasta entonces no se preocupaban por conocer y dar a conocer lo bueno y lo malo, sino sólo por agradar a los hombres, proporcionándoles placer, y mantener, así, el poder.

Sin embargo, en el *Gorgias*, Platón parece admitir que el uso injusto que puede hacerse de la retórica no debe reprochársele a la retórica en cuanto tal, pues aunque es cierto que hay una “retórica mala”, también lo es que puede haber una “retórica buena”, una “retórica conforme al arte”. ¿Qué características tendría, según Platón, esta “retórica buena”? El verdadero orador, el que realmente actúa conforme al arte, es aquel que al hablar lo hace teniendo en cuenta la justicia, el orden y la belleza del alma; aquel que se preocupa siempre por generar la virtud en sus conciudadanos. Para esto, tal orador debe tener un verdadero conocimiento (y no sólo apariencia de conocimiento) acerca de lo que es el hombre y cuál es su verdadero bien. Y este bien verdadero no siempre se identifica con lo placentero;¹⁵ por lo tanto, contrario al uso de muchos oradores populares, que buscaban agradar a su auditorio y decirle aquello que quería oír, el buen orador, el artista de la “retórica buena”, debe “procurar que las almas de los ciudadanos lleguen a ser lo mejor posible y luchar para decir lo mejor, sea ya más placentero o

¹⁴ Éste es un tema sobre el que se ha escrito mucho. Para profundizar en él podría consultarse, entre muchas otras, la obra de Gómez Robledo, Antonio, *Platón. Los seis grandes temas de su filosofía*, pp. 467-511.

¹⁵ Para Platón, que el bien del hombre no es el placer en sí mismo se comprende al constatar que, entre los placeres, algunos proporcionan salud al cuerpo, pero otros, todo lo contrario. Platón, por boca de Sócrates, quiere atacar a quienes identifican la felicidad y bien del hombre con los placeres, y así los ridiculiza diciendo que “ya que los que tienen sarna y sienten comezón experimentan un gran placer rascándose, habrá que decir si “al tener sarna y sentir comezón, poder rascarse ampliamente y pasarse la vida rascándose significa vivir felizmente”.

más molesto para los oyentes”.¹⁶ Una retórica así sí valdría la pena estudiarse; una retórica así sí podría ser considerada un verdadero arte; una retórica así no sería atacada por Platón, “pero —continúa inmediatamente— tú no has visto jamás esta clase de retórica”.¹⁷

La conclusión del *Gorgias* no es optimista. Habiendo tantos hombres que se dedican a la “retórica adulatoria” sería difícil que el pueblo escuchara al “verdadero orador”, al “orador justo”, porque lo que éste tiene que decir no siempre resulta placentero. Sócrates, que en este diálogo platónico representaría al “orador justo”, parece saber que su falta de “retórica adulatoria” lo llevaría a la muerte, si alguna vez fuera acusado injustamente...¹⁸ Llegado el caso, “puesto que no digo las palabras que cada vez digo para complacer, sino para lo mejor... seré juzgado como sería juzgado un médico entre niños, acusado por un cocinero”. Tal cocinero hablaría de los placeres que él mismo les proporcionó, y de los dolores y sinsabores que les dieron las curaciones del médico. Y aunque el médico dijera a los niños que todo eso lo había hecho por su bien, sería difícil que ellos lo entendieran así. Lo declararían culpable. “Yo sé —continúa Sócrates— que ciertamente a mí me pasaría algo parecido si fuera al tribunal... Pero si yo finalmente muriera por falta de retórica adulatoria, sé bien que verías con cuánta facilidad soporto la muerte”.¹⁹

Estas páginas, que se encuentran ya hacia el final del *Gorgias*, llevan una conmovedora alusión a la muerte de Sócrates, el maestro de Platón, su modelo de “buen orador”, de “orador justo”. Platón no pudo evitar ver en la condena a muerte de su amigo y maestro un ejemplo más de la injusticia con que se hacía uso de la retórica. No es de extrañar, pues, su hostilidad hacia este arte. Sin embargo, sería difícil no percatarse, al leer sus obras, de que Platón mismo, además de su grandeza como filósofo, tenía un dominio extraordinario del arte retórico. Como ejemplo de esto —y para concluir este apartado no sin antes hacer por lo menos una breve alusión a la labor de Platón como artista (y no sólo como crítico del arte retórico)— recordemos el hermoso párrafo final de la *Apología*, en el cual Platón rememora las palabras de Sócrates después de haber sido condenado a beber la cicuta:

¹⁶ Platón, *Gorgias*, 503 a.

¹⁷ Platón, *Gorgias*, 503 a.

¹⁸ Hay que tener presente que Platón redactó el *Gorgias* aproximadamente 12 o 14 años después de la muerte de Sócrates.

¹⁹ Platón, *Gorgias*, 522 e.

No tengo ningún resentimiento contra mis acusadores ni contra los que me han condenado, aun cuando no haya sido su intención hacerme un bien, sino, por el contrario, un mal, lo que sería un motivo para quejarme de ellos. Pero sólo una gracia tengo que pedirles. Cuando mis hijos sean mayores, os suplico los hostiguéis, los atormentéis como yo os he atormentado a vosotros, si veis que prefieren las riquezas a la virtud y que se creen algo cuando no son nada; no dejéis de sacarlos a la vergüenza si no se aplican a lo que deben aplicarse y si creen ser lo que no son; porque así es como yo he obrado con vosotros. Si me concedéis esta gracia, lo mismo yo que mis hijos no podremos menos de alabar vuestra justicia. Pero ya es tiempo de que nos retiremos de aquí, yo para morir, vosotros para vivir. ¿Entre vosotros y yo, quién lleva la mejor parte? Esto es lo que nadie sabe, excepto Dios.

Aristóteles de Estagira, el más brillante discípulo de Platón y cumbre de la filosofía griega, nació en el año 384 a. C. Su aportación al estudio de la argumentación es invaluable; no sólo es reconocido como “padre de la lógica”, sino también, en lo que se refiere a la retórica, fue el primero en realizar una verdadera sistematización de la misma, elevándola así al nivel de arte.

Aunque en una primera época se unió a la actitud hostil de Platón hacia la retórica, como hace constar lo que a nosotros ha llegado de obras como el *Grilo*, sin embargo, con el paso del tiempo y el desarrollo de otras partes de su lógica, Aristóteles se percata de la importancia de la retórica y del irremplazable papel que desempeña dentro del arte de la argumentación, considerado en su conjunto. Así, Aristóteles se dedica a hacer un estudio profundo del arte retórico, analizando cuáles son sus características principales, sus semejanzas con otras partes de la lógica, su utilidad, mecanismos empleados en su argumentación, tópicos más usados, etcétera.

En distintas partes del presente estudio se hace referencia al pensamiento aristotélico, sin embargo, presentar aquí una semblanza, aunque fuera de manera muy resumida, de cada uno de los aspectos de su doctrina mencionados en el párrafo anterior rebasa nuestros actuales objetivos. Lo que no podría faltar en esta consideración de las relaciones entre argumentación y jurisprudencia es la división de la retórica que propone el estagirita. Ésta nos dará una idea de la íntima compenetración que tenían en aquella época el ejercicio de la argumentación (al menos en su vertiente retórica) y lo que ahora podría llamarse “el mundo del derecho”.

Según Aristóteles, existen tres géneros de retórica:²⁰ el deliberativo, el judicial y el demostrativo. Para establecer su distinción, el estagirita utiliza

²⁰ Juan Luis Vives, el filósofo del Renacimiento, no está de acuerdo con la clásica división de la retórica. No hay por qué reducir el dominio del arte de la palabra a los géneros judicial,

como criterio el papel que juega el oyente en cada caso, esto es, cuando se pronuncia un discurso (o se da a conocer de cualquier otro modo) el oyente puede actuar de dos maneras: como árbitro de lo que se dice o como simple espectador. Cuando el oyente actúa como árbitro puede hacerse aun otra distinción, que será la decisiva para indicar de cuál género de retórica se trata: si aquello de lo que juzga el oyente son cosas pasadas, entonces ése es un caso de retórica judicial o forense, pero si aquello sobre lo que tiene que juzgar se refiere a cosas futuras, entonces se habla de retórica deliberativa. En cambio, cuando el papel del oyente es el de simple espectador, el género del discurso es el demostrativo.

El tipo de retórica que Aristóteles llama “forense” o “judicial” trata de asuntos “del pasado”, es decir, que ya ocurrieron, por ejemplo, un crimen que se cometió o cualquier otra acción que se llevó a cabo. En estos casos, como se decía, la función del oyente es la de árbitro o juez, y su arbitraje consistirá en juzgar la bondad o maldad de dicha acción, o si tal persona cometió o no cometió el crimen, etcétera. El auditorio u oyente prototípico en este género de retórica sería el juez o los jueces de un tribunal, y la tarea del orador, por su parte, consistirá en defender o acusar (según sea el caso), intentado inclinar la opinión de los jueces hacia uno u otro lado. Para esta tarea es importante que el orador conozca ciertos tópicos que le ayuden a defender su causa. Aristóteles proporciona (*Retórica*, I, 10, 1368 b, 13 y ss.) una amplia lista de tópicos aplicables en la retórica judicial, que se refieren a las causas por las que se comete injusticia, cuál es la disposición de quienes la cometen y contra quiénes se comete, etcétera. Conociendo estos tópicos, el orador podrá más fácilmente argumentar que el acusado no tiene ninguna de tales características (si es que intenta defenderlo), o bien, si pretende acusarlo, tratará de ver cuántas y cuáles de ellas le son aplicables.

En la retórica deliberativa, en cambio, el orador trata de persuadir sobre alguna cosa futura, presentándola ya sea como algo útil —y, por tanto, animando a realizarla o conseguirla—, o bien, como algo dañino —y, por tanto, disuadiendo de ello—. Y así como en el género judicial Aristóteles es-

deliberativo y demostrativo. Tal clasificación, dice Vives, la propuso Aristóteles considerando no la naturaleza de la retórica como tal, sino los usos y costumbres de su época. En realidad —según Vives— la retórica es un instrumento universal, aplicable a una infinidad de ámbitos, además de aquéllos en los que la emplearon los antiguos. Comparto plenamente esta idea, sin embargo, creo que el mismo Vives aceptaría que la división aristotélica nos permite apreciar la estrecha relación que en la práctica —al menos en la práctica de aquel entonces— existe entre retórica y derecho, tan estrecha que se usa como criterio de división de los géneros de la retórica los usos que se le daban en el que podríamos llamar, en sentido amplio, “mundo del derecho”.

tudió los tópicos sobre las acciones justas e injustas, en el género deliberativo considera detenidamente²¹ los tópicos a partir de los cuales puede construir la retórica deliberativa sus argumentos, los cuales giran en torno a cuáles sean las cosas buenas y convenientes, los bienes según su magnitud, su necesidad, su utilidad, su duración, etcétera. Hablando de temas concretos, en su *Retórica*, Aristóteles considera que, usualmente, este género de retórica trata temas como los ingresos fiscales, la guerra y la paz, la custodia del país, la legislación, etcétera. Por supuesto que ellos están muy lejos de agotar los posibles temas de la retórica deliberativa,²² pero son ejemplos muy representativos de este género de retórica, y eran precisamente esos asuntos los que usualmente se discutían en su época durante las asambleas públicas, las cuales serían un ejemplo típico de la clase de auditorio propia de la oratoria deliberativa. Un ejemplo de nuestros días lo tenemos en las cámaras de senadores y diputados.

Como se vio, el auditorio u oyente puede jugar el papel de árbitro o el de espectador. En los géneros judicial y deliberativo funge como árbitro, debido a que el orador habla sobre asuntos pendientes, esto es, que aún no han sido decididos y, por lo tanto, requieren la intervención directa del oyente, ya sea para juzgar sobre cosas pasadas o para decidir sobre cosas futuras. En cambio, en la retórica demostrativa el oyente actúa como espectador. En este género de retórica su actuación no influye en la decisión del caso, pues se trata de asuntos resueltos, acabados, acerca de los cuales ya no hace falta decidir nada, por ejemplo, la alabanza de algún personaje histórico o la exaltación de una determinada virtud, o un elogio fúnebre, etcétera.

La finalidad de la oratoria demostrativa es la alabanza y el vituperio, por tanto, en ella el orador habrá de tener presentes las cualidades por las que se ensalza y se reprocha, que pueden ser, por ejemplo, la virtud y el vicio, lo noble y lo bajo, etcétera. También en relación con ello, Aristóteles menciona algunos tópicos para la alabanza en general, o para la alabanza ante ciertos auditorios, etcétera.²³

En lo que respecta a la valoración aristotélica de los tres géneros retóricos, Aristóteles considera que el género más valioso de todos es el deliberativo, por ser en donde los asuntos son tratados de manera más directa y con base en los argumentos (esto, al menos, en la época del filósofo). En cambio, la oratoria forense (judicial) se presta más, según el estagirita, a tratar sobre

²¹ Cfr. Aristóteles, *Retórica*, I, 6, 1362 a, 15 y ss.

²² Tan sólo piénsese en la enorme cantidad de usos que puede tener, ya no en los asuntos públicos, sino entre los particulares.

²³ Cfr. Aristóteles, *Retórica*, I, 9, 1366 b, 35 y ss.

cosas ajenas al asunto, intentando desviar la atención del juez por medio de halagos u otras triquiñuelas. Así, la decisión del juez muchas veces no se basa en los argumentos que realmente conciernen al asunto tratado, sino en el propio agrado y el favoritismo que un orador astuto logró despertar en él.

Según Aristóteles, esta diferencia entre géneros retóricos se debe a que en la oratoria deliberativa se tratan asuntos cuya solución afecta a todos, incluyendo a los que deciden, por eso mismo, tratan de decidir lo mejor. En cambio, en la oratoria forense el juez no trata sobre algo propio, sino ajeno, y por eso no se esfuerza por analizar con detenimiento el asunto ni tomar la decisión más acertada.

Por lo que toca al género demostrativo o epidíctico, en la Antigüedad muchos lo consideraban más emparentado con el arte teatral o con la literatura, debido a que, a diferencia del género deliberativo y judicial, que trataban sobre temas controvertidos donde la opinión despertada en los oyentes resultaba decisiva para cada caso, en la oratoria demostrativa se hablaba de asuntos no controvertidos. No se intentaba hacer cambiar al oyente de opinión, sino sólo reforzar la que ya tenía sobre un punto determinado.²⁴ Así, pues, en opinión de Aristóteles,²⁵ los discursos de este género de retórica no tenían gran consecuencia práctica o, al menos, ésta no era tan visible como en los géneros judicial y deliberativo.

d. El canon de los diez mejores oradores griegos

En este breve recorrido histórico que hacemos para apreciar la mutua influencia entre derecho y argumentación, vale la pena detenernos en las figuras que conforman el *Canon de los diez mejores oradores griegos*, pues, como se verá, la mayoría de ellos destacaron no sólo en el arte retórico, sino también en el ejercicio del derecho y de la política de su tiempo.

Recordemos que, aproximadamente doscientos años antes de Cristo, los gramáticos alejandrinos elaboraron una lista de los escritores a los que con-

²⁴ Cfr. Aristóteles, *Retórica*, I, 9, 1368 a, 28 y 29.

²⁵ Es importante señalar que no todos los estudiosos coinciden con Aristóteles. Perelman (cfr. *Tratado de la argumentación*, pp. 95-98) opina que este género de retórica tiene mucho mayor importancia que la que le concedían los antiguos, pues ella puede ser decisiva para reforzar las decisiones tomadas por medio de discursos anteriores, lo cual ayudará a una pronta ejecución de lo decidido. Muchas veces, las decisiones que se toman en las asambleas, a pesar de conseguir la adhesión de todo el auditorio, nunca se llevan a cabo. La retórica demostrativa, por tener el poder de reforzar las opiniones que se poseen, podría ayudar a exaltarlas de tal modo que se realicen en la práctica.

sideraban como modelo en sus respectivos géneros. Este catálogo se conoce con el nombre de *Canon de Alejandría* y, en lo que se refiere al género oratorio, menciona los siguientes nombres: Lisias, Isócrates, Antifón, Andocides, Iseo, Esquines, Licurgo, Demóstenes, Hipérides y Dinarco.

Antifón²⁶ fue el más antiguo de los oradores que conforman este canon, y el primero que publicó y editó un discurso en Atenas. Son famosas sus *Tetralogías*, consistentes en tres series de cuatro discursos (cada una), o más que discursos, “esqueletos” de discurso, que, con las modificaciones necesarias, utilizaba al defender distintos casos.

También Iseo²⁷ solía escribir discursos para sus clientes y, a veces, hablaba en persona por ellos. A Iseo se le reconoce la gran precisión y lógica con que discutía los asuntos, y —dicho sea de paso— sus discursos, casi todos sobre cuestiones de herencia, han sido de mucha utilidad como fuentes para conocer el derecho privado ático.

De Lisias sabemos que tenía como profesión la de abogado, y se cuenta que su elocuencia era tal que sólo perdió dos litigios en toda su vida. Licurgo,²⁸ por su parte, tuvo el honor de que en repetidas ocasiones los atenienses le confiaran la administración de la Hacienda, cosa que hizo muy acertadamente. Junto con Hipérides,²⁹ y Demóstenes, Licurgo fue uno de los mayores opositores a Filipo de Macedonia, todo lo contrario de Dinarco,³⁰ quien era partidario de los macedonios. Este último, aunque vivió en Atenas desde pequeño, en realidad nació en Corinto, con lo cual, su condición de extranjero le impedía participar en las asambleas públicas, pero se dedicó al oficio de logógrafo, escribiendo discursos para otros.

Dentro de este canon, una figura especialmente destacada es la de Isócrates.³¹ En una primera etapa, al igual que muchos otros rétores, se dedicó al oficio de logógrafo, es decir, a escribir discursos para que otros los pronunciaran en sus propios litigios. Más tarde abrió una escuela de elocuencia que llegó a ser de las más célebres de Atenas. Fue uno de los principales defensores de la retórica frente a los ataques de Platón, pero además criticaba las enseñanzas platónicas diciendo que pretendían lograr un conocimiento tan elevado y tan puro que, a fin de cuentas, no se podía utilizar. En cambio, él (Isócrates) ofrecía algo práctico, una educación para el mundo de la

²⁶ Vivió de 480 a 411 a. C.

²⁷ Vivió hacia 390-340 a. C.

²⁸ Vivió aproximadamente de 396 al 323 a. C.

²⁹ Vivió aproximadamente de 395 a 322 a. C.

³⁰ Vivió alrededor de 361-280 a. C.

³¹ Vivió de 436 a 338 a. C.

acción política. A las críticas de que su sistema de enseñanza no proporcionaba conocimientos científicamente fundamentados, sino simples opiniones, Isócrates respondía que “es mucho más importante tener una opinión razonable sobre cosas útiles que saber con exactitud cosas inútiles”.³²

Esquines³³ ha sido tradicionalmente considerado como el rival de Demóstenes. En 347 a. C. formó parte, junto con otros oradores (incluido Demóstenes), de la embajada enviada a Macedonia para negociar la paz. Poco después formó parte, también junto con Demóstenes y otros, de una embajada para ratificar lo acordado anteriormente, dando como resultado la llamada “Paz de Filócrates” (346 a. C.). Pero al regreso de esta segunda embajada, Demóstenes acusó a sus acompañantes, y particularmente a Esquines, de haberse vendido a Filipo. Comenzó entonces un litigio en el que Esquines acusaba, a su vez, a Timarco (en su discurso *Contra Timarco*) logrando que lo condenaran. Tres años después, Demóstenes renovó su acusación contra Esquines, pero éste salió bien librado gracias a sus protectores, Eubulo, Foción y Aristofón. Se conservan el discurso de acusación de Demóstenes y la respuesta de Esquines; ambos discursos forman lo que se ha llamado “Proceso de la Embajada”.

En 338 a. C. Esquines escribió otro de sus grandes discursos: *Contra Ctesifonte*, el cual tuvo lugar en ocasión de que un ciudadano, Ctesifonte, había propuesto que se diera a Demóstenes una corona de oro como reconocimiento a los servicios que había prestado a la patria. Esquines, entonces, quiso probar con su discurso que tal propuesta era ilegal y que Demóstenes no era merecedor de un premio así. A esto contestó el mismo Demóstenes con su celeberrimo *Discurso de la Corona*, logrando una victoria aplastante sobre Esquines, quien se vio obligado a pagar una multa de mil dracmas y, avergonzado, abandonó la ciudad. Primero se trasladó a Éfeso, luego a Rodas y, finalmente, a Samos, donde murió en 314 a. C.

Tenemos, por último, la figura de Demóstenes, a quien los antiguos llamaron “el orador”, por antonomasia. Nació en el año 384 a. C. en Peania. Era hijo de un fabricante de armas y muebles, que murió cuando Demóstenes apenas tenía siete años. Quedó entonces al cuidado de dos sobrinos de su padre, quienes muy pronto disiparon casi toda su fortuna.

A los 16 años de edad comenzó a dedicarse al estudio de la oratoria, y como no podía pagar las lecciones de Isócrates, recibió las de Iseo. Al llegar a los 18 años comenzó un litigio contra Afobo, su tutor (uno de los sobrinos

³² Isócrates, *Elogio a Elena*, 5.

³³ Nació en 393 o 389 a. C. Murió en 314 a. C.

de su padre), el cual fue condenado a restituirle gran parte de su fortuna.³⁴ Para ganarse la vida se dedicó al oficio de logógrafo, sin embargo, no era este oficio la meta última de Demóstenes, él aspiraba a entrar, de lleno, en la vida política.

Entre sus primeros discursos esencialmente políticos están *A favor de los Megalopolitanos* y *Por los Rodios*, en los cuales defendía su política de luchar para que se respetaran los derechos de todas las ciudades. No obstante la importancia de estas y otras muchas actuaciones de Demóstenes, lo más característico de su política exterior es su lucha decidida contra Filipo de Macedonia, la cual se expresa, principalmente, en sus famosas *Filípicas*.

Aunque, en general, la postura de Demóstenes frente a los afanes imperialistas de Filipo de Macedonia —y, posteriormente, de su hijo Alejandro Magno— era de una decidida lucha y repulsa, viendo el enorme poder que iba ganando Filipo, la prudencia aconsejó firmar la paz con él. Para ello, se envió una embajada compuesta, entre otros, por Filócrates, Esquines y Demóstenes. El remedio no duró mucho; por ello, en su tercera *Filípica* y en su discurso *Sobre los asuntos del Quersoneso*, Demóstenes procuró convencer a los atenienses de la necesidad de la guerra contra Filipo, pues —como explica Demóstenes en la siguiente cita— la guerra, en realidad, estaba ya en curso, debido a que Filipo, con la palabra “paz” en la boca, estaba arrasando, una tras otra, las ciudades griegas y preparando el armamento con el cual algún día los aplastaría:

Pero, ¡por Zeus! ¿Hay alguien sensato que estime quién observa los tratados de paz y quién hace la guerra por solas las palabras y no más bien por las obras? ¡Ninguno por cierto! Y Filipo, desde los comienzos, apenas ajustadas las paces, [...] se apoderó de Serrio y de dorisco y expulsó de la Acrópolis de Serrio y de hieron Teijos a la guarnición que había establecido ahí el estrate-

³⁴ Sin embargo, los comienzos no fueron fáciles para Demóstenes; por esta misma época pronunció su primer discurso en público, lo cual resultó una dura experiencia. Se cuenta que cuando subió a la tribuna fue atacado por un tic nervioso que destacaba aún más su enclenque constitución física. Además, su manera de construir las frases resultaba demasiado rebuscada y difícil de entender. Todo esto, unido a la debilidad de su voz y al hecho de que tartamudeaba un poco, provocó las carcajadas y burlas de los asistentes. A pesar de todo ello, Demóstenes no se dio por vencido, lejos de desanimarse, decidió dedicarse tenazmente a vencer todos esos defectos de su naturaleza. Cuentan que para corregir su tartamudez se llenaba la boca de piedrecillas, a fin de desarrollar mayor elasticidad en los músculos de la lengua y boca, y lograr así una pronunciación clara; para dar mayor fuerza y sonoridad a su voz declamaba frente al mar tempestuoso, procurando que su voz destacara al estruendo de las olas; en lo intelectual, se cultivó con el estudio de la filosofía platónica y de las obras de Tucídides.

ga nuestro.... Él se sostiene en que no hace la guerra. Pero yo estoy tan lejos de convenir en que quien así procede guarda la paz, que por el contrario afirmo que quebranta la paz y os hace la guerra ese que se apodera de Megara y pone tiranos en Eubea y ahora se presenta en Tracia y mete la mano fraudulentamente en el Peloponeso: a no ser que vosotros sostengáis que guardan la paz los que instalan las maquinarias de asalto hasta el momento mismo en que las aplican a los muros. ¡Sin duda que no lo afirmaréis! Quien fabrica y prepara los medios con que un día yo seré capturado, ese me hace ya la guerra aunque aún no dispare sus saetas.³⁵

Aquí se puede ver el estilo sincero y apasionado de Demóstenes, tan característico de él, que con razón se le conoce ahora como estilo “demostino” o “demosténico”.

B. *La antigua Roma*

a. Periodo preciceroniano

Los romanos constituían un pueblo con una inclinación fuertemente pragmática. No acostumbraban detenerse mucho en especulaciones. Para ellos, la vida práctica era lo primero y el centro de la vida práctica eran la política y la ley, de ahí que no sea de extrañar la enorme cantidad de oradores que vio Roma, si se toma en consideración que el arte retórico es instrumento indispensable para el ejercicio de ambas. Sin embargo, muy de acuerdo con su espíritu pragmático, los romanos fueron grandes en la práctica de la oratoria, pero no fueron muchas las novedades que aportaron a la teoría retórica.

Los primeros maestros de retórica que hubo en Roma no fueron realmente romanos, sino libertos; pero entre los autores propiamente romanos que escribieron sobre retórica, el primero, según Quintiliano, fue Catón “el Censor”, también llamado “Catón el Antiguo” o “Catón el Sabio”. Sus discursos se distinguen por la sutileza de sus razonamientos; precisamente de ahí viene el nombre de “Catón”: de *catus*, sagaz. Entre las acciones políticas más importantes de Catón está el haber contribuido poderosamente a la declaración de guerra contra Cartago, en 150. A él se debe aquella famosa frase *Delenda Carthago* (“Cartago debe ser destruida”), con la cual finalizó muchos de sus discursos.

³⁵ Demóstenes, *III Filípica*, pp. 15-17.

Otro gran orador de esta época fue Tiberio Sempronio Graco (210-158 a. C.), padre de los célebres tribunos Tiberio y Cayo Graco. Estos últimos heredaron la elocuencia de su padre y tuvieron una esmerada educación que les hizo desarrollar una gran compasión hacia el débil y el oprimido. Esta educación humanitaria les llevaría —entre otras acciones— a la creación y lucha por la famosa “Ley agraria”, contra el latifundismo y a favor de los desposeídos.

Lucio Licinio Craso vivió del año 140 al 91 a. C. Desde muy joven entró a la vida política y destacó en ella. Cuando estuvo en Asia, elevó a gran perfección los estudios retóricos y filosóficos. En el año 95 fue nombrado cónsul. Llegó a ser la cabeza del partido de la aristocracia moderada, gracias a su enorme elocuencia. Fue uno de los mejores oradores de su tiempo, y Cicerón lo presenta como uno de sus personajes en el diálogo *De Oratore*.

b. Cicerón

El más insigne orador que tuvo Roma, Marco Tulio Cicerón, nació en Arpinio en el año 106 a. C. El orador L. Craso dirigió sus estudios y, posteriormente, realizó también estudios de filosofía y derecho.

A los 26 años hizo su primera defensa en el foro, teniendo como adversario al célebre orador Hortensio, uno de los más importantes de su tiempo. Al año siguiente Cicerón tuvo el valor de defender una causa sumamente difícil, que consistía en una acusación de parricidio, en la que aquellos que sostenían la acusación eran precisamente los que habían cometido el crimen, pero se sentían muy seguros por ser los favoritos del dictador Sila. Era una causa que desde el principio se veía prácticamente perdida.³⁶ No bastaba con demostrar la inocencia del acusado y la culpabilidad de los acusadores (que Sila ya conocía), sino también actuar de tal manera que Sila no se sintiera comprometido. Finalmente Cicerón triunfó sobre las dificultades y ganó el pleito, pero, temeroso de algún resentimiento por parte de Sila, marchó a Atenas, pretextando mala salud.

Después de la muerte de Sila, Cicerón volvió a Roma y entró más de lleno a la vida política, otorgándosele un cargo en Sicilia. Ahí supo ganarse

³⁶ Plutarco cuenta que en esa ocasión, al joven acusado “como nadie quisiese defenderle, huyendo todos de ellos por temor de la venganza de Sila, en este abandono acudió aquel joven a Cicerón. Estimulaban a éste sus amigos, diciéndole que con dificultad se le presentaría nunca otra ocasión más bella ni más propia para ganar fama; movido de lo cual admitió la defensa, y habiendo salido con su intento, fue admirado de todos” (Plutarco: s. II [1964], p. 309).

la estimación y confianza de los sicilianos, quienes, a su regreso a Roma, le encomendaron fuera el acusador en el proceso contra Cayo Verres, hombre de gran poder político a quien, sin embargo, Cicerón logró vencer. A raíz del proceso contra Verres, que fue uno de los mayores triunfos de Cicerón, su poder político se incrementó notablemente. Pompeyo lo llamó a formar parte de su partido y Cicerón lo hizo gustoso, desde ese momento trabajó para que el Senado le diera a Pompeyo un poder casi supremo.

En el año 63 a. C., después de una competencia electoral contra Catilina, Cicerón obtuvo el cargo de cónsul. En ese entonces, Catilina conspiraba ya contra la República, pero Cicerón, al saber sus intenciones, lo denunció. Éste es el objeto de sus famosísimas *Catilinarias*. Una vez muerto Catilina, y ejecutados en prisión sus cómplices, los romanos nombraron a Cicerón “Padre de la Patria”, pues, si bien —dijeron— otros habían extendido los territorios de la República, él la había salvado de aquella conjuración.

Al poco tiempo, un enemigo de Cicerón, Clodio, comenzó a agitar al pueblo contra él y consiguió la aprobación de una ley para declarar culpable a todo aquel que hubiera condenado a un ciudadano sin la confirmación de la sentencia por el pueblo. Esto era precisamente lo que había hecho Cicerón con los cómplices de Catilina, y bien comprendió él que con tal ley se iba en contra suya. Buscó ayuda, pero, a fin de cuentas, Cicerón quedó solo y prefirió desterrarse voluntariamente. No obstante, antes de transcurrir dos años, fue llamado nuevamente a Roma y se le recibió con grandes honores.

Algunos años después, cuando comenzó la guerra civil entre César y Pompeyo, Cicerón, tras un tiempo de dudas y titubeos, terminó tomando partido por Pompeyo. Al triunfo de César, Cicerón dejó a Pompeyo y regresó a Roma donde, a pesar de todo, fue bien acogido por César. De los años siguientes son tres discursos que pronunció ante César: *Por el retorno de Marcelo*, *En defensa de Q. Ligario* y *En defensa del rey Deyótaro*. En todos ellos consiguió de César lo que le pedía, a pesar de que Marcelo y Ligario eran conocidos enemigos de César y Deyótaro estaba acusado de haber atentado contra su vida. Hay que destacar, en particular, la perfección en el arte que alcanza el discurso *En defensa de Q. Ligario*, que ha sido considerado como una de las obras maestras de Cicerón. La defensa de Ligario podía considerarse una causa perdida, pues el acusado estaba ya condenado de antemano, y César sólo iba a escuchar el discurso por mero formalismo. Pero ni él mismo se imaginaba el dominio que era capaz de ejercer la elocuencia del príncipe de los oradores romanos:

Refiérese que siendo acusado Quinto Ligario por haber sido uno de los enemigos de César, y defendiéndole Cicerón, dijo César a sus amigos: “¿Qué in-

conveniente hay en oír al cabo de tanto tiempo a Cicerón, cuando su cliente está ya juzgado tan de antemano por malo y por enemigo?”, Mas, sin embargo Cicerón desde que comenzó a hablar movió extraordinariamente su ánimo, y habiendo sido aquella oración maravillosa en la parte de excitar las pasiones y en la gracia de la elocución, observaron todos que César mudó muchas veces de color y que se hallaba combatido de diferentes afectos. Finalmente, cuando el orador llegó a tratar de la batalla de Farsalia, su agitación fue violenta hasta temblarle todo el cuerpo, y caérsele algunos documentos de la mano. De modo que vencido de la elocuencia absolvió a Ligario de la causa. (Plutarco, p. 327).

En el año 44 a. C. César fue asesinado. Cicerón, al principio, se alegró de ver vengada a la República, pero poco duró su contento, pues muy pronto pudo comprobar que lo único que buscaban los tiranícidas era ocupar el lugar de César. Al ver cómo crecía el poder de Antonio, Cicerón comenzó una fuerte lucha contra él, la cual quedó plasmada en sus famosas *Filípicas*, que reciben su nombre en memoria y semejanza de las *Filípicas* de Demóstenes, pronunciadas en contra de Filipo de Macedonia.

Poco más tarde, su enemistad con Antonio le costó la vida. Al formarse el triunvirato con Octavio, Antonio y Lépido, Antonio pidió la cabeza de Cicerón, quien trató de huir, pero, al ser alcanzado por los esbirros de Antonio, decidió entregarse a la muerte sin oponer resistencia y fue degollado el 7 de diciembre del 43 a. C.

Entre los escritos que Cicerón dedicó al estudio de la teoría retórica se encuentran *De la invención retórica*, *Las particiones oratorias* y los *Tópicos*, obras que, en gran medida, recogen reglas, divisiones y clasificaciones previamente establecidas por otros tratadistas. La exposición más importante de la teoría retórica de Cicerón se encuentra en sus obras *De oratore* y *Orator*. El *De oratore* está escrito en forma de diálogo y trata, entre otros temas, sobre cuáles son los estudios propios del orador, si deberá tener un saber enciclopédico, o bastará con ciertos estudios generales, o acaso ni eso. Antonio, uno de los interlocutores, se inclina por esta última postura, poniendo todo el peso de la persuasión del lado de la habilidad retórica, sin conceder mucho al conocimiento científico. Pero Cicerón pone en boca de Craso su opinión personal acerca de que el orador debe procurar un amplio saber y nunca separar la filosofía de la elocuencia. Lo más valioso del *De Oratore* consiste no tanto en la originalidad de las ideas, como en la magnífica elocuencia con que Cicerón las expone. Algunos han llegado a considerar este diálogo como una obra maestra de la prosa latina. Por último, en su obra *Orator*, Cicerón intenta describir al modelo perfecto de orador, sin embargo, se le

ha criticado³⁷ porque este grandioso propósito que formula al comenzar su *Orator* no guarda proporción con el desarrollo posterior de la obra.

En suma, se puede decir que la teoría retórica de Cicerón no tiene gran originalidad. Muchos la consideran sólo como un resumen de las enseñanzas ampliamente difundidas de otros retóricos, aunque, claro está, aquéllos no alcanzaron, en la práctica, la altura de Cicerón. Esto mismo es una prueba fehaciente de que no basta conocer la teoría retórica para desarrollar realmente el arte de la persuasión.

c. Quintiliano

El gran sintetizador de la enseñanza retórica, Marco Fabio Quintiliano, nació en Calahorra, España, aproximadamente en el año 42 de nuestra era, y murió hacia el año 120. Desde muy joven alcanzó fama como orador y como abogado. Siendo un muchacho todavía, fue el defensor de la reina Berenice. Cuando apenas tenía 19 años se le dio el cargo de abogado en el tribunal superior. Tiempo después, cuando Vespasiano estableció cátedras públicas pagadas por el Erario, fue el primero en recibir este tipo de retribución por su labor docente. A la enseñanza pública de la retórica dedicó veinte años de su vida, al cabo de los cuales decidió retirarse y comenzó a escribir su obra más importante, las *Instituciones Oratorias*, en la que se recoge la experiencia acumulada en todos esos años de magisterio.

En la introducción de su obra, Quintiliano cuenta las razones que lo llevaron a realizarla. La principal de ellas, la que lo animó a escribir sobre estos temas a pesar de que —como él mismo dice— ya habían sido ampliamente tratados por grandes autores anteriores, fue que vio la importancia de recordar un aspecto muy descuidado hasta ese entonces: la educación del orador desde la infancia. ¿Y cuál es el modelo de educación que propone Quintiliano? Él no considera orador a aquel hombre que tiene la magia de la palabra, pero que es capaz de usarla aun para los fines más mezquinos; para Quintiliano, no puede haber verdadera elocuencia donde falta la virtud. El verdadero orador, el orador perfecto es, para Quintiliano, el *vir bonus, dicendi peritus*: el varón virtuoso, experto en el decir; aquel que a la grandeza de sus palabras une la grandeza de su espíritu.

Con este modelo de educación en mente, Quintiliano traza el plan de su obra, comenzando por hablar de la edad pre-escolar, para la cual recomienda procurar las mejores nodrizas, maestros y, en general, la mejor compañía para los niños, sobre todo en lo que se refiere a las buenas costumbres y al

³⁷ Véase Menéndez Pelayo, 1883 [1985], pp. 81 y ss.

modo de hablar, ya que lo que se aprende en los primeros años es lo que más se recuerda y se conserva, “como las vasijas nuevas, el primer olor del licor que recibieron, y a la manera que no se puede desteñir el primer color de las lanas” (Quintiliano: *Instituciones oratorias*, I, p. 1).

Luego llega la edad en que el niño puede ir a la escuela. Y aunque Quintiliano comprende las razones de quienes prefieren una educación privada —la mayor de la cuales es el temor al contagio de malas costumbres y de falta de atención por parte del maestro, al tener que cuidar tantos niños— ve muchos más beneficios en la educación pública. En efecto, si el niño ha de dedicarse, en un futuro, a la oratoria, si tendrá que asistir a los pleitos y a las asambleas, es importante que se acostumbre desde pequeño a no asustarse de la gente.

Antes de iniciar propiamente el estudio de la retórica, según el plan de Quintiliano, es conveniente que el niño adquiera habilidad y conocimiento en otras disciplinas (como geometría, música, etcétera.) A esto se podría objetar que ha habido muchos que, sin esa preparación previa, han llegado a ser buenos oradores. Quintiliano no lo niega, pero hace hincapié en que lo que él pretende no es formar cualquier clase de orador u oradores como los que hasta entonces había habido, sino el orador perfecto. Un orador así tendrá conocimiento de muchas disciplinas, un saber prácticamente enciclopédico, pues no puede ser perfecto aquello a lo que le falta alguna parte.

En la segunda parte del libro II, Quintiliano presenta su célebre definición de retórica: “arte de bien decir”, y critica otras definiciones que de ella se habían dado. Aquí el orden de ideas es muy similar al que se sigue en el *Gorgias* de Platón: contra los que definen a la retórica como “arte de persuadir” hay que decir que también muchas otras cosas persuaden, como el dinero, la belleza, etcétera, y, por lo tanto, no habría que considerar a la persuasión propiedad exclusiva de la retórica; contra los que la definen como “fuerza del persuadir por medio de palabras” habría que decir que también otros, sin ser rétores, persuaden por medio de palabras, y contra la definición de Aristóteles, “facultad de considerar los medios para persuadir”, Quintiliano dice que caen en el mismo error anterior y, además, sólo se refiere a la invención y no a las otras partes de la retórica.

Por último, después de refutar a todos aquellos que opinan que la retórica no es arte, y a aquellos que dudan de su utilidad, Quintiliano inicia la parte técnica de su obra, la cual se extiende del libro III al libro XI. Las ideas que en esta parte se manejan son, fundamentalmente, las mismas de otros tratadistas: cuáles son los distintos géneros de retórica, las partes de este arte (*inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*), etcétera.

Como se ve, la importancia de las *Institutiones Oratorias* no radica en la originalidad de su doctrina, pues, en realidad, los principios que en ella se exponen habían sido enseñados ya por autores anteriores. La gran aportación de Quintiliano consistió, más bien, en la labor sintetizadora y sistematizadora que les da a las *Institutiones Oratorias* un carácter enciclopédico. Por ello, dice Menéndez Pelayo (1883 [1985], p. 149), refiriéndose a Quintiliano y a su obra:

...vence a los antiguos, no ciertamente por la originalidad ni el vigor de pensamiento que descubre nuevos rumbos, sino por el método, por la trabazón y el enlace; en suma, por haber formado un cuerpo de doctrina mucho más completo que cuantos se habían conocido hasta entonces; por haber congregado en uno los elementos dispersos, examinándolos y concertándolos en vasta síntesis, y levantando así un verdadero monumento, que no sólo es por el estilo la obra más pura, elegante y sencilla de su tiempo, dechado de modestia no afectada y de elevación moral; y no sólo ha de estimarse como última protesta del buen gusto, sino que merece a toda luz el nombre de código literario.

d. La decadencia de la oratoria en el mundo romano

Con la caída de la República en Roma, la retórica se quedó sin su principal ámbito de ejercicio: el verdadero foro público, la vida política, los litigios. Al verse despojada de este terreno —aquél donde con más naturalidad puede florecer— la retórica se trasladó por completo a las escuelas, donde, a falta de casos reales, se trataban, a modo de ejercicio, asuntos imaginarios. Las palabras de Barrow (1949 [1986], p. 121) son una síntesis de lo que le ocurrió a la retórica en aquel entonces: “cayó en lo artificial porque se la privó de la sinceridad y el vigor que comunica una vida política auténticamente libre. Se había vuelto académica en el peor sentido de la palabra”.

Por supuesto, en estas circunstancias, el arte de la argumentación fue debilitándose poco a poco, pues, como cabría imaginar, los ejercicios declamatorios de las escuelas distaban mucho de los casos reales, y por eso diría Casio Severo³⁸ de la práctica de tales ejercicios: “es como si quisiéramos juzgar de las condiciones de un piloto haciéndole navegar en un estanque”. Y es verdad, pues en esos discursos de casos fingidos no eran imaginarios nada más los temas, sino también el público, los adversarios y sus respuestas, todo lo cual el “orador” en la escuela imaginaba ser del modo más cómodo y conveniente para él, sin pensar que en un discurso real ni los temas son escogidos, ni el público tan atento, ni los adversarios responden exactamente

³⁸ Citado por Menéndez Pelayo, 1985: p. 137.

lo que él está esperando ni en el momento que lo quiere. Se puede apreciar mejor con cuánta razón fueron criticados aquellos ejercicios, con sólo ver los temas tan ridículos que consideraban, de lo cual dan una idea algunos de sus títulos: “La sacerdotisa prostituida”, “El tiranicida puesto en libertad por los piratas”, “La incestuosa precipitada desde una alta peña”, “El sepulcro encantado”, “El varón fuerte sin manos”... Todo ello es reflejo del decaimiento general en que se encontraba la retórica de aquella época.³⁹

Para ese entonces ya algunos autores intentaron descubrir cuáles habían sido las causas que llevaron a la retórica romana a su ocaso. Tal es el caso de Séneca el filósofo, quien encuentra la razón de esa decadencia en la depravación de las costumbres romanas: “la elocuencia en los hombres es tal como su vida”; no se puede pedir altura a la palabra cuando el alma que la emite se arrastra en los peores vicios.

También en el *Diálogo sobre los oradores*, escrito entre los años 102 y 107 d. C., Tácito⁴⁰ trata, entre otros, el tema de la decadencia de la oratoria. Al analizar las causas de este fenómeno, salen a relucir las siguientes: antes, las madres educaban a sus hijos, ahora —dice Tácito por boca de Mesala, uno de los interlocutores del diálogo— su educación es confiada a cualquier esclava. De ahí que antes, cuando estaban en edad, se entregaban de lleno a las artes honestas; en cambio, ahora están enajenados con el teatro y el circo. Por otro lado, en otro tiempo, los grandes oradores se dedicaban con empeño al estudio de todas las artes y por eso “de su conocimiento de todas las cosas fluye abundante y desborda aquella admirable elocuencia” (Tácito 102-107 [1987]: XXX, 5); mas ahora los jóvenes no se interesan por las bases culturales, sino sólo por las técnicas retóricas, y de este modo “degradan la elocuencia... de suerte que la que, señora en otro tiempo de todas las artes, con hermosísimo cortejo llenaba los corazones, ahora mutilada y cerce-

³⁹ Esto no quiere decir que tales ejercicios no fueran de ningún provecho, todo lo contrario. Cicerón y Quintiliano los realizaron ellos mismos y los recomendaron para la formación de los oradores. En realidad, la reprobación que han merecido se debe —como comenta Roberto Heredia en su versión del *Diálogo sobre los oradores*, de Tácito— a que los temas eran completamente inverosímiles y siempre los mismos, y a que, al correr el tiempo, ya no parecía que estos ejercicios declamatorios persiguieran adiestrar a los jóvenes para una real actividad oratoria futura, sino que los jóvenes estudiaban y se preparaban para tales declamaciones. Más que medio de aprendizaje, se habían convertido en un fin. Fue esto lo que llevó a exclamar a Séneca el padre: “Del mismo modo que en todas las cosas, así también en las letras nos afecta la intemperancia; no para la vida, sino para la escuela aprendemos”.

⁴⁰ Esta obra ha sido atribuida a diversos autores, como Quintiliano, Plinio el Joven, Suetonio, etcétera, sin embargo, actualmente existe el acuerdo casi unánime de que el verdadero autor es Tácito, el gran orador e historiador latino que vivió, aproximadamente, del año 54 al 120 de nuestra era.

nada, sin pompa, sin honor, casi diría sin libertad, se aprende como uno de los más sórdidos oficios” (*ibidem*, XXXII, 4).

Tales son las razones que Tácito pone en labios de Mesala, pero otro de los interlocutores del diálogo, Materno, añade algo nuevo: razones de tipo político. Una causa importante de la decadencia de la oratoria es el cambio en la forma de gobierno de República a Imperio. Esta idea ya se había mencionado anteriormente, al haber menos posibilidades de participar en la vida pública, es lógico que decrezca el arte de la elocuencia, por haber menos oportunidad de ejercerlo:

La gran elocuencia, como la llama, con materia se alimenta y con los movimientos se excita y quemando alumbra. La misma razón también en nuestra ciudad impulsó la elocuencia de los antiguos. Porque, aun cuando también los oradores de estos tiempos han alcanzado aquellas cosas que en una república ordenada, tranquila y feliz era lícito concedérseles, sin embargo, en aquella perturbación y licencia mayores beneficios parecía que alcanzaban para sí, cuando, mientras todo estaba revuelto y se carecía de un único moderador; tanto sabía cada orador, cuanto podía persuadirse al pueblo errante. De aquí las continuas leyes y el renombre popular; de aquí las arengas de los magistrados que casi pernoctaban en la tribuna rostral; de aquí las acusaciones a reos poderosos y las enemistades legadas aun a las familias; de aquí las facciones de los próceres y las continuas luchas del senado contra la plebe. Cada una de estas cosas, si bien desgarraban la república, sin embargo estimulaban la elocuencia de aquellos tiempos y parecían colmarla de grandes premios (*ibidem*, XXXVI, pp. 1-4).

Sin embargo, llama la atención el enfoque que Materno da a esta idea. En la República las cosas andaban revueltas, y eran muchos los vicios que la asfixiaban, sin que hubiera un mando único que pusiera las cosas en su lugar (función que luego vendría a desempeñar el César). Como eran grandes los males, eran también grandes las oportunidades de hablar de ellos con lucimiento. De ahí que surgieran grandes oradores. En una ciudad con muchos problemas internos es fácil que crezca la fama del orador, que en una ciudad feliz. Así, Materno hace la siguiente comparación: “¿Quién ignora que es más provechoso y mejor, disfrutar de la paz que ser vejado por la guerra? Empero, más combatientes buenos producen las guerras que la paz. Semejante, la condición de la elocuencia” (Tácito, *Diálogo de los oradores*, 102-107 [1987] XXXVII, 7).

Poco después, siguiendo la misma idea anterior, Materno compara a la retórica con la medicina. Así como esta última es algo bueno pero no tiene razón de ser cuando no existe también el mal o enfermedad, de la misma

manera, cuando todos los hombres tienen buenas costumbres y todos acatan el gobierno del que rige, no hay ni a quién acusar, ni a quién defender, ni sobre qué deliberar y, por tanto, la retórica tiene muy poca tarea que realizar. No sabemos si las cosas realmente eran tan felices como aquí se describen, o si el autor se sentía observado por ese mando único que tenía todo bajo su control; pero ya sea por una razón o por otra, el caso es que las discusiones en el foro público ya no tenían la misma intensidad ni dinámica que antes, y eso repercutió directamente en el arte de la persuasión.

El debilitamiento de la retórica que se dio en Roma a la caída de la República no fue un fenómeno único en la historia, lo mismo había ocurrido ya con la conquista de Atenas, y ocurriría también en otras épocas y lugares. No podemos detenernos mucho para analizar todo esto en detalle, pero sirva el recuerdo de esta etapa de la historia como una muestra de lo que ocurre cuando no hay lugar para la libre expresión: la capacidad argumentativa del hombre se mantiene latente pero, como toda potencialidad no ejercitada, se va debilitando poco a poco.

Sirva también esta reflexión para descubrir la estrecha relación entre la actividad del abogado y el arte de la argumentación, al quedar bien claro, por un lado, que una de las actividades centrales del jurista es la argumentación, pero también uno de los ámbitos más importantes para el ejercicio, desarrollo y perfeccionamiento de la argumentación se encuentra en la realización de las tareas propias del jurista.⁴¹

II. ¿QUÉ ES LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA? PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los apartados anteriores se buscó mostrar, por medio de un recorrido histórico a través de la Antigüedad greco-romana, la estrecha relación entre

⁴¹ Por supuesto, esto no debe llevarnos al extremo de pensar que el ejercicio de la argumentación se reduce al ámbito del derecho (ni viceversa); claro ejemplo de ello es lo que ocurrió en la Edad Media, que siguió inmediatamente a la etapa donde se detuvo nuestro recorrido histórico. En efecto, sería injusto dejar de mencionar que, aunque la argumentación durante el Medioevo no se desarrolló en la misma vertiente en que lo había hecho durante los siglos anteriores, sí lo hizo a través de un nuevo tipo de retórica: el *ars praedicandi*, la elocuencia sacra —que retoma las técnicas del antiguo arte retórico, pero adaptándolas a las necesidades y circunstancias de los predicadores cristianos— y mediante el ejercicio de la dialéctica (que ya no de la retórica) en la llamada *disputatio* o polémica medieval, hermoso modelo de diálogo racional, de argumentación dialógica, en donde, a pesar de haber una “lucha”, una polémica de fondo, hay una atenta escucha del otro y un auténtico deseo de alcanzar la verdad por medio del esfuerzo común (para profundizar en el tema de la *disputatio* medieval, se recomienda la obra de Pieper, Josef, *Filosofía medieval y mundo moderno*, 1979).

argumentación y derecho. Sin embargo, hay que destacar que los términos de esta relación no siempre se han dado de la misma manera: el papel de la argumentación dentro del derecho se modifica, evidentemente, según la concepción que de él se tenga; por ejemplo, si predomina una visión positivista del derecho, es natural que se considere como la manera ideal de argumentar la propia del silogismo deductivo; en cambio, para los partidarios del sociologismo jurídico, la lógica deductiva o formal no puede satisfacer las necesidades argumentativas del derecho, sino sólo una lógica “informal”, lo que muchos llaman una “teoría de la argumentación”. Surge entonces la pregunta de cuál es el modo de argumentar que deba considerarse como propio de la jurisprudencia, en qué consiste la “lógica jurídica”. Este punto se tratará en lo que sigue.

Si los argumentos son la expresión de los razonamientos, y éstos son el objeto de estudio de la lógica, entonces, en ese sentido, podría, quizá, inferirse que el razonamiento jurídico será estudiado por la lógica jurídica. Pero, ¿qué es la lógica jurídica? En un primer acercamiento, responderíamos que solemos utilizar tal expresión, “lógica jurídica”, para designar el conjunto de operaciones intelectuales propias de los juristas. Sin embargo, con eso no hemos avanzado mucho, pues aún no hay consenso respecto a cuáles sean tales operaciones, es más, aun en los casos en que se detectan esquemas argumentativos de un tipo específico, como, por ejemplo, los llamados argumentos *a fortiori*, *a simili* y *a contrario*, no hay acuerdo sobre si ellos deban considerarse como razonamientos propios de la lógica deductiva o propios de la retórica o teoría de la argumentación.⁴²

La sola expresión “lógica jurídica” genera ya, por sí misma, numerosos cuestionamientos en la mente de los autores que han estudiado este tema, el primero de los cuales podría ser: “¿existe realmente una lógica jurídica? Bobbio se plantea este problema en los siguientes términos:

Cuando se habla de lógica jurídica, ¿se pretende hablar de una lógica autónoma, de una lógica especial, o de una lógica aplicada? Si nos limitamos a los hechos, la respuesta correcta debería ser la tercera: por “lógica jurídica” se entiende comúnmente una lógica aplicada, o bien la aplicación al discurso jurídico de las reglas estudiadas y admitidas por la lógica general. Si se examinan los autores citados en este párrafo, se verá que explícita o implícitamente pretenden estudiar el discurso jurídico desde el punto de vista de los resultados a los que han llegado los estudios de lógica en general: son apli-

⁴² Véase, por ejemplo, la divergencia de opinión entre Kalinowski y Perelman, citada por Bobbio, *Derecho y lógica*, México, UNAM, 2006, p. 29.

cadore... En este mismo orden de ideas se encuentra un artículo reciente de Kalinowski,⁴³ quien, poniéndose abiertamente en polémica con Perelman y su escuela, pregunta: “¿Existe una lógica jurídica?”; y responde negativamente, expresando la opinión de que no hay más que una única lógica con aplicaciones múltiples, que, por tanto, no puede hablarse, sino impropriamente, de lógicas especiales, habiendo sólo diversas aplicaciones de las leyes lógicas a la matemática, a la filosofía, al derecho, etcétera).

Así, pues, según estos autores, al hablar de “lógica jurídica” no nos referimos a un tipo especial de lógica, sino a una aplicación de la lógica (esto es, de las reglas estudiadas y admitidas por la lógica general) al ámbito del derecho. Sin embargo, aun concediendo esto último —que la lógica jurídica es sólo una aplicación de la lógica formal—, puesto que el modo en que cotidianamente razonan los juristas no es el modo cotidiano de razonamiento de un matemático o de un filósofo (por citar los mismos ejemplos de Bobbio) o cualquier otro profesional de las diversas áreas del saber, a pesar de que estos últimos también aplican la misma lógica formal, cabe todavía cuestionar: ¿Qué papel juega esa lógica dentro de su disciplina? ¿Esa aplicación de la lógica formal deductiva agota el conjunto de los razonamientos propios de los juristas, o hay algunos de sus razonamientos que quedan fuera de tal lógica?

Sabemos que hay autores para quienes la lógica, entendida como lógica deductiva, juega un papel protagónico en el derecho.⁴⁴ Para ellos, el razonamiento jurídico no debería distinguirse del razonamiento formal. Si a tales autores les hiciéramos las preguntas del párrafo anterior, seguramente contestarían que el conjunto entero de los razonamientos jurídicos deben caber perfectamente dentro del conjunto de razonamientos propios de la lógica formal. Esta postura tendría una representación extrema en las palabras de Leibniz:

De cualquier definición puede extraerse consecuencias seguras, empleando las incontestables reglas de la lógica. Esto es precisamente lo que se hace al construir las ciencias necesarias y demostrativas, que no dependen de los hechos, sino únicamente de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento, *así como también la del derecho*; las cuales en manera alguna se basan en la experiencia y en los hechos, sino que más

⁴³ Bobbio se refiere al artículo de Kalinowski, J., *Y a-t-il une logique juridique?*, de 1959.

⁴⁴ Bobbio (2006, pp. 6-18) destaca tres momentos de la historia del derecho en que la lógica formal ha sido considerada de importancia primordial: el iusnaturalismo, el positivismo y el neokantismo.

bien sirven para dar razón de los hechos y para regularlos con anticipación; lo cual valdría para el derecho aun cuando no existiese en el mundo una sola ley (citado por Bobbio: 2006, pp. 8 y 9).

Sin embargo, junto a estas concepciones jurídicas, que podríamos llamar “formalistas”, podemos encontrar también la postura exactamente contraria, es decir, la de quienes sostienen que todos los razonamientos jurídicos, en el fondo, escapan a los esquemas de la lógica formal deductiva, y son, en realidad, razonamientos de otro tipo, no analizables por la lógica formal, sino por la “teoría de la argumentación” (entendiendo ahora “argumentación” como la argumentación “retórica” o “persuasiva”). Estos autores afirman la insuficiencia de un razonamiento formal puramente deductivo en el ámbito del derecho; tal sería, por ejemplo, el caso de Chaim Perelman:

La técnica de razonamiento utilizada en Derecho no puede desinteresarse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia de Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión. Esta preocupación basta para subrayar la insuficiencia, en Derecho, de un razonamiento puramente formal, que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión (Perelman: *Lógica jurídica y nueva retórica*, p. 20).

Existen otros autores que, sin llegar a negar un papel a la lógica deductiva dentro del razonamiento jurídico, sí sostienen la insuficiencia de aquella en este terreno; recordemos, por ejemplo, las palabras de Alexy (2007, pp. 23 y 24) anteriormente citadas: “La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, *no se sigue lógicamente, en muchos casos*, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”.

A lo largo de la historia ha llegado a prevalecer, en una u otra etapa, alguna de estas posturas. Perelman (1988) distingue, en una apretada síntesis, tres fases en la ideología judicial:

En la primera fase, antes de la Revolución francesa, el razonamiento judicial pone el acento sobre el carácter justo de la solución y apenas concede importancia a la motivación, aunque estaba ligado por la regla de justicia que exige el trato igual de casos esencialmente similares...

Después de la Revolución francesa, y durante más de un siglo, al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial. Ganó extensión además la idea de que este último no se diferencia del razonamiento puramente formal. La aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Esta manera de ver las cosas subordinaba, con más nitidez que cualquier otra, el poder judicial al legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho.

Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción... que confía al juez la misión de buscar, para cada litigio particular, una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites de lo que su sistema de derecho le autoriza a hacer. (Perelman: 1988, pp. 178 y 179).

Evidentemente, el papel de la argumentación en cada una de estas fases de la ideología judicial que distingue Perelman no podría ser el mismo, como tampoco lo podría ser el tipo de argumentación más aceptable en cada una de ellas. Antes de la Revolución francesa, cuando todavía no era obligatoria la motivación de las decisiones judiciales, la argumentación jurídica jugaba un papel muy secundario al que le tocó desempeñar tiempo después, cuando el juez ya tenía que dar razón de sus actos. Por otro lado, la obligación de motivar los juicios no se ha entendido siempre de la misma manera. En la misma obra aquí referida, Perelman (1988, pp. 28 y ss.) explica cómo la Revolución francesa llega a identificar el derecho con el conjunto de las leyes, que serían expresión de la soberanía nacional, y en esa etapa de la historia el papel que jugaban los jueces se reduce al mínimo, en virtud del principio de la separación de poderes. El poder de juzgar se reducía, en esa época, simplemente a aplicar el texto de la ley a las situaciones particulares, para llegar, por medio de un silogismo deductivo, a la decisión correcta, es decir, que, una vez establecidos los hechos, el juez debía formular el silogismo cuya premisa mayor sería la norma, la premisa menor, la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas por la norma, es decir, los hechos, y así, la decisión venía dada por la conclusión del silogismo. De este modo no se recurría a interpretaciones que pusieran en peligro de deformación la voluntad del legislador. El problema era, por supuesto, que había muchísimos casos en que el texto de la ley no era claro ni explícito; la Ley de 16-24 de agosto de 1790 estableció que en esos casos en que era necesario interpretar la ley o hacer otra nueva, los jueces no podrían hacerlo ellos mismos, sino que tendrían que acudir al legislativo, sin embargo, la apelación al legislativo también violaba la separación de

poderes, pues al interpretar la ley de un modo y no de otro, el legislativo, a fin de cuentas, decidía el litigio en favor de una de las partes y no de la otra. Finalmente, fueron tantos los casos en que se apeló al legislativo que resultó peor el remedio que la enfermedad, con lo cual terminó por rechazarse este recurso: “El Juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia” Código de Napoleón, artículo 4.o (citado por Perelman: 1988, p. 29).

Se había podido comprobar, en la práctica, que la pretensión de motivar las decisiones judiciales valiéndose sólo del silogismo deductivo no era factible. Al analizar las causas de esto último (aunque sin referirlo a aquella época, sino hablando en general) Alexy (2007, pp. 23 y 24) explica:

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

Quizá la constatación de esta imposibilidad práctica ha dado paso a la tercera de las etapas señaladas por Perelman, en la que el juez no se preocuparía sólo de buscar la norma aplicable al caso y formular el silogismo correspondiente, sino que buscaría una decisión “justa”, “equitativa” y “razonable”, mostrando con su motivación y fundamentación que la decisión en cuestión tiene esas deseadas características. Esto, evidentemente, abre las puertas a la aplicación de modos de argumentar que van más allá del silogismo deductivo, lo cual, a su vez, crea nuevos retos para la metodología jurídica:

Cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

De esta elección de quien decide depende qué enunciado normativo singular es afirmado (por ejemplo, en una investigación de la ciencia jurídica) o es dictado como sentencia. Tal enunciado normativo singular contiene una afirmación sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido a determinadas personas. La decisión tomada en cualquier nivel de fundamentación es, así, una decisión sobre lo que debe o puede ser hecho u omitido. Con ella, una acción o comportamiento de una o varias personas es preferido a otras acciones o comportamientos de estas personas, o bien, un estado de cosas es preferido a otro. *En la base de tal acción de preferir está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración...* La cuestión es dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y *cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones* (*ibidem*, pp. 27 y 28).

En la tercera etapa de la ideología judicial se reconocería la frecuente insuficiencia del silogismo jurídico para la motivación judicial, y la consecuente necesidad de otros tipos de argumentación. Tal sería actualmente el problema de la metodología jurídica, como explica Alexy: “Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de [las normas] conjuntamente con [los enunciados empíricos] entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentadas tales decisiones. Éste es el problema de la metodología jurídica” (Alexy: 2007, p. 24).

Si planteamos este problema desde la perspectiva de los diversos tipos de argumentos estudiados en el *Organon* aristotélico, y posteriormente recopilados en el maravilloso esquema que presenta Santo Tomás de Aquino en su *Proemio a los Analíticos de Aristóteles* (*cf.*, *supra*, capítulo primero), diríamos que, en resumidas cuentas, para algunos autores la lógica jurídica es asimilable a la lógica de los *Analíticos*, esto es, a una lógica deductiva. En cambio, para otros autores, la lógica jurídica sería una “teoría de la argumentación”, algo así como la lógica de los *Tópicos* y de la *Retórica* de Aristóteles.

La hipótesis del presente trabajo es que la lógica jurídica —al menos en lo que respecta a las sentencias judiciales— en realidad va más allá de lo que una y otra postura le atribuyen; sería una lógica que recorre de arriba a abajo todo el “edificio” de la lógica aristotélica, desde el silogismo más perfectamente formado hasta la argumentación menos plausible de la retórica, pues de todos ellos podemos encontrar muestras al analizar el discurso jurídico.⁴⁵

⁴⁵ No está de más aclarar que de ninguna manera se pretende que tal fuera la postura del mismo Aristóteles, pues, entre otras razones, cabe recordar que para el estagirita no es posible la demostración en las disciplinas prácticas (por tanto, no cabría hablar de silogismo analítico dentro del derecho).

En efecto, a lo largo del presente estudio, y sobre todo en el último capítulo, donde se analizan uno a uno los argumentos presentados en una sentencia judicial, se muestran ejemplos de diversos tipos de razonamientos judiciales, algunos de los cuales pueden perfectamente ser clasificados dentro de los razonamientos de la lógica deductiva y otros, en cambio, sólo caben dentro de una lógica informal, lo que se ha llamado “teoría de la argumentación”, y aun dentro de estos últimos podemos encontrar distintos grados de “rigor inferencial”.

Por otro lado, un rasgo presente en el “edificio” de la lógica aristotélica, que podría ser de gran utilidad en el estudio de la argumentación jurídica, es la característica dialógica de la argumentación. Ya se vio anteriormente que tanto en la *Retórica* como en los *Tópicos* aristotélicos, esto es, en lo que sería la “argumentación tópica”, hay una constante referencia al oyente, al interlocutor. Las premisas útiles en este tipo de argumentación son las “probables”, entendiendo probable como lo “plausible”, lo “comúnmente aceptado”. De manera muy importante, Aristóteles considera que las conclusiones alcanzadas en la argumentación dialéctica (*Tópicos*) pueden llegar a servir de premisas en la ciencia. Guardando toda debida distancia, podría decirse que algo equiparable ocurre en la práctica del derecho, donde varias decisiones alcanzadas consecutivamente en un mismo sentido sobre un mismo asunto pueden llegar a sentar jurisprudencia. Así como en la dialéctica una proposición generalmente aceptada podía, gracias a su paso por el “crisol” del continuo diálogo argumentativo, “elevarse” al terreno de la ciencia, en la práctica del derecho, la decisión dictada en cierto sentido en una determinada materia puede, si es seguida por una serie ininterrumpida de otras decisiones en el mismo sentido (nótese este aspecto social o “dialógico”), llegar a elevarse de la obligatoriedad en el plano individual al plano general.

Dos rasgos distintivos de la argumentación jurídica

Más allá de si la argumentación propia del derecho es deductiva o es una teoría de la argumentación, o ambas, lo cierto es que la argumentación jurídica, al menos la relativa a las decisiones judiciales, tiene, al menos, dos rasgos distintivos: su carácter práctico y su vinculatoriedad al derecho vigente.

Decimos que la argumentación propia del derecho tiene un carácter práctico porque versa sobre lo que puede o debe hacerse o no hacerse, no trata sobre el modo como son las cosas, sino sobre como deben ser; está

formada por enunciados normativos que, como tales, no son susceptibles de ser calificados como “verdaderos” o “falsos”.⁴⁶ Para no entrar en la cuestión de cuál sería el mejor criterio para valorarlos (¿justos? ¿buenos?), o si sería preciso hacer uso de una lógica deóntica para su tratamiento, simplemente les llamaremos “correctos” o “incorrectos”.

Por otro lado, es evidente que no toda argumentación práctica es jurídica. Por un lado, no toda la argumentación práctica está regulada del mismo modo que la jurídica y, sobre todo, la conclusión de una argumentación jurídica —al menos su forma prototípica, que suele considerarse la de las decisiones judiciales— es vinculatoria.

Las dos características aquí destacadas son cuidadosamente tratadas por Robert Alexy (2007) dentro de una de las tesis fundamentales que él propone, a saber: que la argumentación jurídica es una forma especial de la argumentación práctica general. En razón de esta tesis, Alexy dedica gran parte de su libro *Teoría de la argumentación jurídica* a la presentación de lo que él mismo llama “una teoría general del discurso práctico racional”. Para la elaboración de tal teoría, Alexy analiza diversas posturas acerca de la argumentación y la fundamentación racional, tomando en consideración autores como Hare, Toulmin, Habermas y Perelman, entre otros. Como resultado y resumen de tal análisis, Alexy propone su teoría del discurso práctico racional, la cual tiene como núcleo un conjunto de reglas y formas de argumentos que podrían emplearse, según Alexy, como “un código de la razón práctica”, sin embargo, el mismo autor precisa que:

La utilidad de estas reglas y formas no debe ser ni sobrevalorada ni infravalorada. No se trata de axiomas de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino de un grupo de reglas y formas, con *status* lógico completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección (Alexy: 2007, p. 36).

⁴⁶ Precisamente por eso surge la discusión sobre si es necesaria, o no, una lógica especial, una lógica deóntica, para su tratamiento. Alchourrón y Bulygin (1991: p. 322) hacen referencia a esta cuestión de la siguiente manera: “De acuerdo a un punto de vista muy difundido entre los juristas y los filósofos del derecho no se necesita ninguna lógica de normas específica, es decir, ninguna lógica deóntica para dar cuenta del razonamiento judicial. Muchos autores creen que la lógica de predicados de primer orden es perfectamente suficiente para esta tarea (*cfr.* Miró Quesada). Más generoso, MacCormick aboga por una forma extendida de la lógica de predicados en la que están admitidos cuatro tipos de predicados: (i) predicados puramente descriptivos, (ii) predicados descriptivo-interpretativos, (iii) predicados valorativos y (iv) predicados normativos”.

Cabe mencionar que el hecho de que para Alexy la argumentación jurídica sea un caso especial de la argumentación práctica general no debe llevarnos a juzgar ocioso el estudio en particular de la argumentación jurídica, pues así como existen innumerables semejanzas entre uno y otro tipo de argumentación, también existen importantes diferencias que hacen que la argumentación práctica general no sea suficiente para solucionar el tipo de cuestiones a cargo de la argumentación jurídica; el núcleo de tales diferencias está constituido por lo que viene a ser, al mismo tiempo, como se dijo anteriormente, un rasgo esencial de la argumentación jurídica: su vinculatoriedad al derecho vigente. Tal sería una de las principales diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general, pero Alexy menciona también las siguientes:

En las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión. Dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones... Aquí los roles están desigualmente distribuidos, la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria, y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de las reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa... (Alexy: 2007, p. 206).

Sin embargo, a pesar de estas diferencias, Alexy sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general, porque ambos tipos de argumentación se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer o dejar de hacer y, además, ambas formas de argumentación tratan estas cuestiones desde el punto de vista de la pretensión de corrección.

III. LA ARGUMENTACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES. LA OBLIGACIÓN DE JUSTIFICAR LAS SENTENCIAS

Puesto que es el derecho una disciplina tan amplia y rica en matices, difícilmente podría tener exactamente el mismo modo de argumentar en todos los temas que le son propios. De acuerdo con Atienza (2007, p. 3) existen al menos tres contextos jurídicos en los que se llevan a cabo argumentaciones. El primero es el de la “producción o establecimiento de normas jurídicas” (tanto en su fase prelegislativa, como en la legislativa, que es donde propiamente se manejan argumentos jurídicos, mientras que en la primera los argumentos —según Atienza— son más de tipo político y moral); un segundo contexto

en que se realizan argumentos jurídicos es el de la “aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea ésta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos, en el más amplio sentido de la expresión, o simples particulares”. El tercer ámbito en que se realizan argumentos jurídicos es el de la “dogmática jurídica”, en la cual Atienza distingue tres funciones: “1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico”.

El presente estudio se ocupa del segundo ámbito o contexto jurídico del que habla Atienza: el de la aplicación del derecho, y analiza, específicamente, algunos textos de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para algunos autores, “el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial” (Perelman, 1988: p. 201), y esto se debe, en gran medida, a la obligación de motivar la decisión. Por medio de la motivación judicial, se dificulta el paso al voluntarismo y se abren las puertas a la razón: “motiviar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio”.⁴⁷

No siempre existió la obligación de motivar las decisiones judiciales. Perelman explica que en el derecho francés, aunque en el siglo XIII apareció la motivación, ésta se limitaba a una indicación de la prueba de los hechos y, a veces, de la regla de derecho aplicable. De cualquier forma, en el siglo XIV ya no se da ni siquiera tal motivación y, de hecho, se aconseja tener gran cuidado, al concluir la sentencia, de no mencionar ninguna de las causas que hubieran llevado a la toma de la decisión. Lo mismo ocurre siglos después, en 1771, cuando un magistrado en la Audiencia de Orleans aconsejaba que, aunque el juez tenía derecho a motivar sus juicios, era mejor no hacerlo para no dar lugar a abusos por parte del que hubiera perdido su causa.⁴⁸ Sin embargo, un par de décadas más tarde la motivación de las decisiones judiciales era ya obligatoria:

Hizo falta esperar, como sabemos, a la Ley de 16-24 de agosto de 1790, para que se planteara nítidamente el problema de la motivación tanto en lo civil como en lo penal. El art. 15 del Título V de esta Ley indicaba que en todo juicio “se expresarán el resultado de los hechos reconocidos y comprobados por la instrucción y los motivos que hayan determinado el juicio”. Mas para

⁴⁷ Sauvel, *Historia del juicio motivado*, citado por Perelman 1988, p. 202.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 203.

algunos la exigencia de motivos se identificaba simplemente con la indicación del texto de la ley que hubiera determinado a los jueces.

Cuando en virtud del Decreto de 1 de diciembre de 1790 se creó un tribunal de casación, el art. 17 sólo exigía que la parte dispositiva contuviera el texto de *la ley o leyes en las que la decisión se apoya*, pero no decía nada de la obligación de motivar las sentencias. Esta obligación se instauró en virtud de un Decreto de 4 de germinal del año II, para las sentencias desestimatorias. Pronto, sin embargo, todas las sentencias debieron ser motivadas (Perelman: 1988, pp. 203 y 204).

En México, la obligación de motivar y fundamentar las decisiones judiciales se establece en el artículo 14 constitucional, y también existe tal obligación, en general, para todo acto de autoridad, según el artículo 16 de la misma ley fundamental. Por “motivación” se entiende “la exigencia de que el juez examine y valore los hechos expresados por las partes de acuerdo con los elementos de convicción presentados en el proceso” (Fix-Zamudio: 2002, p. 393).

Así, pues, la “motivación” de la que hablan los textos de Perelman recién citados no coincide con esta definición de “motivación”, sino más bien con lo que llamaríamos “fundamentación” (la otra exigencia para las decisiones judiciales, según el artículo 14 de nuestra Constitución), la cual se ha definido de la siguiente manera: “La fundamentación es la expresión de los argumentos jurídicos en los cuales se apoya la aplicación de los preceptos normativos que se invocan por el juzgador para resolver el conflicto”.⁴⁹

La fundamentación, a la cual también es frecuente referirse como “justificación”, suele dividirse en “interna” y “externa”, según el aspecto que tome en consideración: “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” (Alexy: 2007, p. 214).

Anteriormente (*cfr.*, *supra*, capítulo primero, apartado 1) se había hablado sobre la distinción entre materia y forma de los razonamientos, misma que daba lugar a la distinción entre lógica material y lógica formal. Ahora

⁴⁹ *Idem.* Enseguida, profundizando un poco más, el doctor Fix-Zamudio hace notar que “El citado artículo 14 constitucional señala el fundamento de las sentencias civiles (en sentido amplio, es decir, comprende también las administrativas y las laborales) conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, en los principios generales del derecho. En materia penal queda prohibido imponer, por simple analogía o aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

podemos relacionar aquella distinción con la existente entre la justificación externa y la justificación interna de la argumentación jurídica. En efecto, así como la lógica material estudia las condiciones para lograr la verdad de las proposiciones que integran un razonamiento, y la Lógica formal, las condiciones para la correcta deducción de la conclusión a partir de las premisas, la justificación interna se ocupa de este último aspecto en la argumentación jurídica, mientras que la justificación externa estudia la validez o corrección de las premisas usadas en la justificación interna.

IV. JUSTIFICACIÓN (O FUNDAMENTACIÓN) INTERNA. EL SILOGISMO JURÍDICO

Los asuntos relativos a la justificación interna normalmente suelen agruparse con el nombre de “silogismo jurídico”, sin embargo, no debe pensarse que en la justificación interna se tratan sólo razonamientos que siguen el esquema del silogismo categórico (que es el que primero viene a nuestra mente al hablar, en la actualidad, de “silogismo”), sino, en general, razonamientos propios de la lógica formal, aplicados al campo del derecho.⁵⁰

Algunos de los principales esquemas y leyes de razonamiento propios de la lógica deductiva han sido presentados anteriormente (*cfr.*, *supra*, capítulo segundo, apartados III y IV), junto con ejemplos de su aplicación en textos jurídicos, sin embargo, vale la pena reproducir aquí lo que sería el esquema más sencillo del silogismo jurídico:

⁵⁰ Esto, hablando en sentido muy amplio. Evidentemente, podría considerarse que lo que opera en los razonamientos jurídicos no es una simple aplicación de la lógica deductiva, sino una lógica deóntica, es decir, una lógica que incluye las modalidades de obligación, prohibición y permisión.

Es el problema de si la lógica se aplica, o no, a las normas, es decir, el problema de si la definición de argumento válido deductivamente, la cual se basa en las características de verdad y falsedad de las proposiciones, es funcional cuando se trata de enunciados deónticos, para los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad. No abordaremos aquí este tema, sólo dejamos anotada la reflexión de Atienza (2007): “En realidad, el problema con el que nos tropezamos aquí consiste en que en la definición de argumento deductiva antes aceptada, se contemplaban únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica —según opinión generalizada aunque no unánime— no la poseen las normas. Pero ello, lo que comporta es la necesidad de corregir aquella definición que podría ahora formularse así: Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etcétera) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etcétera)” (p. 16).

- (1) $(x) Px \rightarrow OQx$
- (2) Pa .
- (3) OQa

En éste se considera a “ x ” como una variable de individuo (cualquier individuo) y a “ a ” como una constante de individuo (un individuo concreto). “ P ” y “ Q ” designan predicados (que pueden ser tan complejos como se desee), mientras que el símbolo “ O ” indica que el predicado *debe* decirse de ese sujeto. De este modo, la primera premisa establece una norma según la cual para cualquier individuo en quien se cumpla P debe cumplirse también Q . La segunda premisa presenta un caso específico en que se cumple P de a , y en la conclusión se infiere, para ese caso específico, la obligación de cumplir Q de a .

Para dar un ejemplo concreto de aplicación de este esquema de razonamiento, podría sustituirse P por “ser un órgano legislativo”, Q por “actuar dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le confiere”, y a por “la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura”. De esta manera, el razonamiento completo podría expresarse de la siguiente manera:

- (1) Todo órgano legislativo debe actuar dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le confiere.
- (2) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura es un órgano legislativo.
- (3) Por tanto, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura debe actuar dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le confiere.

Este esquema de razonamiento puede servir para resolver muchos casos, pero sólo de los llamados “casos sencillos”. En cambio, será insuficiente en los casos complicados. Alexy (2007, p. 216) menciona algunas de las circunstancias que suelen hacer que un caso sea complicado:

- (1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

En esos casos sería necesario añadir una o varias premisas más, por medio de las cuales se pudiera ver claramente cómo se deduce la conclusión a

partir de las premisas. Alexy (2007) hace notar que éste es, quizá, el aspecto más valioso de la justificación interna: ayuda a descubrir todas las premisas cuya existencia es necesaria para arribar a una determinada conclusión, sin permitir que tales premisas se “cuelen” subrepticamente:

Engisch indica con razón que “extraer una conclusión como tal... (supone) un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas”. Sin embargo, la exigencia de justificación interna no carece de sentido. En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente (Alexy: 2007, p. 221).

V. LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA. DESCRIPCIÓN DE FORMAS DE ARGUMENTOS FRECUENTEMENTE ENCONTRADAS EN TEXTOS JURÍDICOS

Para el análisis argumentativo de los textos jurídicos y, particularmente, para el de los textos propios de las sentencias judiciales, como el que se analiza en la segunda parte de este estudio, puede ser de gran utilidad tener identificados cuáles son los principales tipos de argumentación usados en los textos jurídicos. En lo que sigue se ofrece una descripción de estos tipos de argumentación o “formas de argumento” —sin pretender hacer una clasificación de los mismos—, y se ilustran por medio de ejemplos tomados de sentencias reales dictadas en México.

1. *El argumento a simili o por analogía*

Los argumentos *a simili*, *a fortiori* y *a contrario* son estimados como unos de los principales en la argumentación jurídica, pues si se considera, con Perelman (1979 [1988]), que en la médula de la argumentación jurídica está el arte de distinguir, se comprende la importancia que para ésta tienen argumentos cuya esencia es asimilar y distinguir casos diversos para así aplicar, o no, a unos casos las normas que han sido aplicadas a otros. “Gracias a los argumentos *a simili* y *a fortiori* el alcance de una decisión se extiende a otras, pero gracias al argumento *a contrario* ese mismo alcance se delimita de manera que excluya la aplicación de las reglas de justicia a los casos distinguidos o diferenciados” (Perelman: 1979 [1988], p. 19).

Por el argumento *a simili* se considera, conforme con la regla de justicia, que se debe dar un trato igual a los casos esencialmente parecidos. Por

supuesto, como explica Perelman [1979 (1988)], el problema que se suscita en la mayoría de las controversias es cuándo considerar que las diferencias advertidas entre casos son lo suficientemente desdeñables como para seguir considerándolos “esencialmente parecidos”, y cuándo las diferencias entre ellos atañen ya a la esencia misma de los casos. A grandes rasgos, un razonamiento *a simili* o *por analogía* establece que:

dada una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) sea válida respecto del segundo sujeto (o clase de sujetos) (Perelman: 1979 [1988], p. 79).

Encontramos un ejemplo de argumento *a simili* en las líneas finales del fragmento que a continuación se reproduce:

La garantía de libertad que establece el artículo 5o. de la Carta Magna concebida como una facultad con que cuenta el gobernado para elegir la ocupación que más le convenga, si se ve conculcada por el precepto legal impugnado, sobre la base de que, sin ninguna justificación válida, dispone que sólo aquellas películas clasificadas para el público infantil y los documentales educativos podrán ser dobladas al español, lo que, indudablemente, entraña una limitación implícita, en el sentido de que las películas que no estén comprendidas en la clasificación mencionada no pueden ser dobladas al español, ya que para ellas el propio texto del precepto impugnado establece su exhibición a través de “subtítulos”, extremos que enseguida se demostrarán...

En relación a las películas clasificadas para el público infantil, es comprensible que gocen de la posibilidad jurídica de ser dobladas al español, ya que existen razones válidas y obvias para estimar que el público cinematográfico al que va dirigido ese tipo de películas, de acuerdo con su edad y capacidad cognoscitiva, generalmente carecen de la madurez y conocimientos necesarios para entender la traducción⁵¹ de las películas de versión distinta a la lengua hispana, pues es evidente que su facultad de lectura todavía no existe, o aún no alcanza a desarrollarse plenamente; de ahí que resultaría absurdo pretender que pudieran leer los subtítulos en español.

Por otro lado, tal como se encuentra redactado el artículo 8o. de la Ley Federal de Cinematografía, al aludir a “los documentales educativos”, implícitamente está reconociendo la existencia de un determinado sector de la

⁵¹ Evidentemente, se refiere a la traducción expresada en subtítulos.

población que, no siendo infantil, solamente tiene acceso a la información de las películas por medio del doblaje.

Ahora bien, como lo sostiene la sociedad quejosa “en nuestro país existen millones de personas que no tienen acceso completo y adecuado a la información que se desprende de las películas extranjeras, traducidas al español, mediante subtítulos, ya que es de todos sabido que una gran parte de la población del país, sin que necesariamente sean menores, carece de la práctica o facilidad de la rápida o correcta lectura”; y por efecto de la norma impugnada, se restringe la libertad de comercio de la quejosa frente a ese sector de clientes potenciales, pues se le impide la posibilidad jurídica de que aquellas películas de diferente género a las clasificadas como “infantiles” o “documentales educativos”, puedan ser dobladas al español.

Cabe considerar, adicionalmente, que, además de la afectación personal y directa que denuncia la quejosa, la norma incide indirectamente sobre el numeroso conglomerado de personas que no saben leer, pues les impide el acceso completo y adecuado a la exhibición de películas extranjeras que no sean infantiles o documentales educativos.

Los mismos argumentos que sirven para permitir el doblaje de las películas clasificadas para el público infantil y los documentales educativos, valen para las películas extranjeras de distinta clasificación, pues sólo así pueden llegar al referido auditorio que no cuenta con la instrucción necesaria para leer los subtítulos (5o. considerando del amparo en revisión 02352/1997-00).

2. *Argumento a fortiori*

Este esquema argumentativo se conocía, en la antigua retórica, como “tópico del más y el menos”, y Aristóteles lo describe de la siguiente manera: “Si al que más conviene el predicado, no lo posee, es evidente que no lo poseerá aquel al que conviene menos”.⁵²

Evidentemente, este esquema de razonamiento puede aplicarse a muy diversas materias; el ejemplo que da Aristóteles es: “Si ni los dioses lo saben todo, desde luego que menos los hombres”.⁵³ Tal sería una de las formas del argumento *a fortiori*, la cual es llamada *a minori ad maius*, y se aplica en el caso de predicados negativos, como el que acabamos de ver. La otra forma de este argumento es llamada *a maiore ad minus*, aplicable en el caso de un predicado positivo, y que se expresa en el tópico “quien puede lo más, puede lo menos”. En general, puede describirse el argumento *a fortiori* como sigue:

⁵² Aristóteles, *Retórica*, II, 23, 1397 b, p. 15.

⁵³ *Idem*.

Es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos), hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación de un sujeto que está en estado de merecer, con mayor razón que los primeros la calificación normativa que la primera disposición concedía a éstos” (Perelman: 1979 (1988), p. 79 «citando a Tarello»).

Un ejemplo de argumento *a fortiori* podemos verlo en el siguiente texto:

El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión es constitucional, al señalar que los concesionarios podrán solicitar la prestación de servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión porque:

La actora parte de la premisa falsa de que el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión implica que si los concesionarios solicitan permisos adicionales, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se los debe otorgar *ipso facto*, sin embargo, lo que señala la Ley es que los concesionarios que deseen prestar servicios adicionales deben presentar una solicitud a la Secretaría, sin que de ningún párrafo de dicho precepto se pueda desprender obligación alguna por parte de la dependencia de autorizar la solicitud.

Si bien la Secretaría no se encuentra facultada en forma expresa para negar la autorización en cuestión, lo cierto es que, conforme al principio de que quien puede lo más puede lo menos, es claro que tácitamente puede hacerlo (6o. resultando de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 26/2006].

3. *Argumento a contrario*

También llamado “argumento *a contrario sensu*”, este tipo de razonamiento consiste en que, dada una determinada proposición jurídica, en la cual se predica una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto, se debe evitar extender esa calificación normativa a otros sujetos no mencionados expresa y literalmente en la proposición jurídica considerada. Es un argumento basado en la interpretación más estricta de la letra de la ley. Si el legislador no lo ha dicho explícitamente es porque así lo ha querido, por lo tanto, para interpretar su voluntad, no se debe ir más allá de lo que dicen sus palabras.

Podría decirse que el argumento *a contrario* tiene un esquema de razonamiento contrapuesto al del argumento *a simili*, mientras que este último extiende el alcance de una proposición jurídica para que alcance a sujetos no incluidos literalmente en dicha proposición, el argumento *a contrario*,

en cambio, restringe el alcance de la proposición jurídica en consideración para que sólo se aplique a los sujetos explícitamente mencionados en ella.

Ejemplo de argumento *a contrario*:

Se aduce en diverso apartado, que [con la Ley de Cultura Cívica del DF] se quebrante el numeral 123, apartado A, fracción III, constitucional que prohíbe utilizar el trabajo de los menores de catorce años, pues los artículos cuestionados hacen extensiva la sanción de realizar trabajos de apoyo a la comunidad a los menores de dieciocho años, violentado con ello el orden jurídico mexicano. El artículo constitucional de mérito prevé:

Artículo 123 [...] III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.

Como primer aspecto debe resaltarse que el artículo 123 constitucional se refiere a la creación de empleos, a la organización social para el trabajo, y en específico, a los contratos laborales; empero, no tiene relación alguna con los trabajos de apoyo a la comunidad; de ahí que deba desestimarse el alegato de los accionantes (cuarto considerando de la sentencia de acción de inconstitucionalidad 00021/2004-00).

Si bien esta argumentación se produce siguiendo el esquema del razonamiento en consideración, algunos autores opinan que, estrictamente hablando, sólo puede hablarse de “argumento *a contrario*” cuando éste se formula explícitamente, y no cuando sólo se da por entendido.⁵⁴ Siguiendo este criterio más estricto, podría entonces presentarse como ejemplo de argumento *a contrario* el siguiente: “Dispone el artículo 14 constitucional, que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Del texto de este mandato se colige *interpretado a contrario sensu*, que la aplicación retroactiva de la ley es permisible cuando no origina perjuicio personal alguno”.⁵⁵

4. *Argumento de la dirección*

Este tipo de argumento, si bien no es tan ampliamente usado en textos jurídicos como lo son los argumentos considerados en los tres apartados anteriores, representa un buen ejemplo de lo que Alexy (2007) llamaría “argumentación práctica general”, tan necesaria para la argumentación jurídica.

⁵⁴ Cfr. Dehesa, 2007 p. 579.

⁵⁵ Citado por Dehesa, 2007, p. 582.

El argumento de la dirección estaría entre los que Perelman y otros (1994 [1989]) catalogan como “argumentos basados en la estructura de lo real”, los cuales se fundamentan en el establecimiento de una asociación entre las opiniones o juicios comúnmente admitidos sobre la estructura de la realidad (por ejemplo, la relación de la sustancia y sus actos o el símbolo y aquello que simboliza, el fin y los medios, etcétera) y otros juicios de los cuales se intenta persuadir. Para comprender realmente el argumento de la dirección es conveniente considerar primero la relación existente entre un fin y los medios. Sucede que en esta última es posible dividir el recorrido hacia el fin en varias etapas. A veces será útil considerar sólo algunas de estas etapas, y no el recorrido en forma global, pues, “si el paso del punto A al C plantea dificultades, puede que no se encuentren inconvenientes en pasar del punto A al B, de donde el punto C aparecerá en otra perspectiva; llamemos a esta técnica *el procedimiento de las etapas*” (*ibidem*, p. 435). Pues bien, “El argumento de dirección consiste, esencialmente, en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas: si cede esta vez, usted deberá ceder un poco más la próxima vez, y sabe Dios dónde irá usted a parar” (*idem*).

Como ejemplo del argumento de la dirección podríamos considerar el siguiente:

...el doblaje de películas es necesario para cumplir con este fin [manifestación de las ideas], pues de no ser así, no existiría la manifestación de las ideas en la forma que establece la Constitución, esto es, de forma directa con el espectador receptor; lo que conllevaría a que sólo vieran, escucharan y tuvieran acceso a esa información las personas que entendieran el idioma en el cual se encuentra realizada la obra dejando a toda aquella sociedad que no tuviere el manejo o conocimiento de la lengua extranjera, por lo que el artículo 8o. de la Ley Federal de Cinematografía es inconstitucional por restringir la libertad de expresión de las ideas, *ya que llegaríamos al caso de la época del oscurantismo en donde sólo las personas que sabían hablar latín, tenían acceso a la literatura de esa época* (2o. considerando de la sentencia dictada en el amparo en revisión expediente 02352/1997-00).

5. *Argumento psicológico o genético*

Según Alexy (2007, pp. 227 y ss.), se tiene un argumento de este tipo cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador. Perelman y otros (1979 [1988], pp. 81 y 82) profundizan un poco más en su descripción:

El argumento *psicológico* consiste en la investigación de la voluntad del legislador concreto por medio del recurso a los trabajos preparatorios... Entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de la ley, reconstruyendo la intención del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etcétera. Este argumento permite más especialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones.

Un ejemplo de argumento psicológico o genético podría tomarse del octavo considerando de la sentencia sobre contradicción de tesis 18/2006-PS, en la cual se discute si la disposición de someter a tratamiento psicológico al culpable de violencia familiar debe aplicarse obligatoriamente o sólo es aplicable si se logra acreditar la afectación en la salud mental del sujeto activo; como argumento en favor de la primera de estas opciones se lee:

Ahora bien, atendiendo a la interpretación teleológica del precepto en estudio, debe decirse que *de la exposición de motivos de catorce de noviembre de dos mil, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que los propósitos del legislador al redactar el artículo en estudio, consistieron en proteger la armonía y normal desarrollo de la familia como parte fundamental de la sociedad*, y en ese sentido, se dio a la tarea de tipificar y regular las conductas que atentan contra la integridad y la violencia familiar, sancionando a todo aquél que ejerza maltrato físico o psicoemocional en contra de cualquier miembro de su familia... En ese orden de ideas y analizando de manera armónica los propósitos del legislador, puede advertirse que al haber redactado el artículo 200, estimó necesario que todo aquél que atenta contra la salud de un familiar, ejerciendo maltrato físico o psicoemocional o ambos, fuera sometido a un tratamiento psicológico especializado, precisamente con el fin de coadyuvar a su rehabilitación... *Así las cosas, por elemental coherencia con los propósitos del legislador que aquí se han evidenciado* debe decirse que el tratamiento psicológico especializado a que se refiere el numeral 200, lejos de constituir una pena, debe entenderse como una medida de seguridad, por la que el Estado procura la rehabilitación del sentenciado *debiendo calificarse dicha medida como obligatoria para al autoridad jurisdiccional de la causa* (8o. considerando de la sentencia dictada en la contradicción de tesis 00018/2006-PS, 8o. considerando).

Obsérvese que, aun cuando en el texto de la sentencia se califica este argumento como “teleológico”, si acudimos a las definiciones de los estudiosos, en particular a la de Perelman (1979 [1988]), debemos decir que se trata, más bien de un “argumento psicológico”, por ser una justificación de cierta interpretación de la ley, basada en la investigación de la voluntad del

legislador “a partir de los datos presentes en los trabajos preparatorios y documentos que rodean al texto mismo de la ley en cuestión”.

6. *Argumento teleológico*

Según Perelman (1979 [1988], p. 82), este tipo de argumento “concierne al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se reconstruye a partir del estudio concreto de los trabajos preparatorios [a diferencia del argumento «psicológico», que acabamos de ver], sino a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley”.

Como se ve, el argumento teleológico es muy similar al psicológico, sólo que mientras este último, para descubrir la voluntad del legislador, recurre no tanto al texto mismo de la ley, como a los trabajos preparatorios, exposición de motivos, preámbulos, etcétera, el argumento teleológico, en cambio, para descubrir “la finalidad de la ley” analiza el texto mismo de ésta. Por supuesto, no siempre es fácil distinguir entre uno y otro tipos de argumento:

Es extremadamente difícil determinar cuándo se está en presencia de una argumentación teleológica o de una argumentación psicológica, puesto que no está nada clara cuál es la diferencia entre la finalidad perseguida por el legislador (es decir, su voluntad, cuyo “descubrimiento” sería el objetivo del argumento psicológico) y la finalidad perseguida por la legislación (que sería lo tenido en cuenta por el argumento teleológico). Principalmente, porque una legislación no sabemos hasta qué punto puede tener una finalidad propia distinta de la de sus autores. Un precepto puede tener una finalidad determinada, pero esta finalidad no será más que la considerada por su autor, por lo que creemos que ambas operaciones se confunden.⁵⁶

Ejemplo de argumento teleológico:

...lo que viene a corroborar que en el artículo 105, fracción I, constitucional, se estableció un sistema limitado de procedencia del juicio de controversia constitucional, conforme al cual no pueden entablarse este tipo de juicios entre poderes u órganos de diversas entidades, ni entre alguna de éstas y uno de los poderes u órganos que la integran o que pertenecen a una entidad diferente.

En abono a lo anterior, destaca que el principio en análisis no constituye una innovación adoptada por el Poder Revisor mediante las reformas que el numeral en comento sufrió el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, sino que el mismo se previó en el texto original del artículo

⁵⁶ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, citado por Gerardo Dehesa Dávila, 2007, p. 612.

105 aprobado por el Constituyente de mil novecientos diecisiete y se conservó en las reformas que sufrió el mismo mediante los decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de octubre de mil novecientos sesenta y siete y el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y tres. El texto respectivo fue el siguiente:

Texto aprobado por el Constituyente de 1917.

Artículo 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en las que la Federación fuese parte.

Texto reformado por Decreto del 25 de octubre de 1967: Artículo 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley.

Texto reformado por Decreto del 25 de octubre de 1993: Artículo 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados; entre uno o más Estados y el Distrito Federal; entre los Poderes de un mismo Estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley.

De la evolución histórica del precepto en comento se advierte que tanto el Constituyente como el Poder Revisor han tenido la intención de limitar las hipótesis de procedencia del juicio de controversia constitucional precisando que puede entablarse entre entidades, es decir, entre la Federación y los Estados o entre los Estados y el Distrito Federal, o bien entre los poderes de un mismo Estado o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal, siendo patente que en todo momento se impidió que el respectivo juicio se entablara entre poderes u órganos de gobierno de diversas entidades, siendo significativo que en la redacción utilizada en el referido numeral, tanto en los textos anteriores, como en el vigente, al referirse a los poderes de un Estado, especial cuidado se ha tenido en precisar que el conflicto relativo únicamente puede darse entre poderes de “un mismo” Estado, impidiendo que la controversia se entable entre poderes de diferentes entidades federativas (2o. considerando del voto minoritario formulado en la controversia constitucional 8/2001).

7. Argumento por reducción al absurdo

Podría decirse que es ésta una forma de “prueba indirecta”, ya que, a fin de cuentas, lo que muestra no es la corrección de la proposición que de-

fiende, sino la incorrección que implica la negación de dicha proposición. En lógica formal, esta forma de argumento debe mostrar que la negación de la proposición defendida lleva a una contradicción en sentido estricto (es decir, a la afirmación “X y no-X”), pero, en su uso extendido, este argumento puede cumplir su cometido sin necesidad de llegar estrictamente a una contradicción, basta con que muestre que la negación de la postura o creencia defendida implicaría incompatibilidades con alguna otra creencia que se tiene como segura o no se quiere abandonar, o, incluso, simplemente, que la negación de la postura defendida traería consecuencias indeseables o inconvenientes.

Perelman y otros (1989 [1994]) presentan este tipo de argumento, al que ellos dan el nombre de “argumentación por el ridículo”, como parte de los llamados “argumentos cuasi-lógicos”, y comentan:

Igual que, en geometría, el razonamiento por reducción al absurdo comienza por suponer como verdadera una proposición A para mostrar que las consecuencias son contradictorias con aquello a lo que se ha consentido y pasar de ahí a la verdad de no-A, así la más característica argumentación cuasi lógica por el ridículo consistirá en admitir momentáneamente una tesis opuesta a la que se quiere defender, en desarrollar sus consecuencias, en mostrar su incompatibilidad con aquello en lo que se cree y en pretender pasar de ahí a la verdad de la tesis que se sostiene (Perelman *et al.*: 1989 [1994], p. 324).

Encuentro un ejemplo de argumento por reducción al absurdo en el siguiente fragmento:

debe precisarse que para determinar sobre la legitimación de los promoventes de la acción de inconstitucionalidad, debe atenderse a la calidad que tienen al momento en que se presenta la demanda, ya que si este medio de control de la constitucionalidad es de carácter abstracto, la legitimación activa se entiende concedida a la minoría de los integrantes del Senado que al momento en que se ejerce en tiempo la acción se encuentren en funciones, con independencia de que con posterioridad, durante el trámite del asunto y al momento de dictarse el fallo correspondiente, dejen de ostentar el cargo por haber iniciado funciones una nueva Legislatura.

Sostener lo contrario implicaría que cuando las leyes se publiquen cerca del plazo en que los senadores cesarán en su cargo, no existiría la posibilidad real de impugnarlas a través de la acción, ya que aunque ésta se promoviera en tiempo por la minoría legislativa en funciones al momento de su presentación, esa minoría perdería la legitimación activa que poseían al presentar la demanda, lo que además de ser contrario a la lógica, desconoce el principio de que el órgano de autoridad es siempre el mismo, con independencia de las

personas físicas que ejerzan su titularidad (4o. considerando de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 00026/2006-00).

8. *Argumento por el uso de los precedentes o ab exemplo*

Este tipo de argumento permite interpretar la ley conforme a los precedentes, esto es, conforme a decisiones anteriores. También se le ha llegado a llamar “argumento de autoridad” debido, precisamente, a que los ejemplos de precedentes que se citan provienen de un órgano cuya autoridad en la materia no se discute, con lo cual se juzgan como correctamente decididos, simplemente por venir de quien vienen.

La base del argumento por el uso de los precedentes lo constituye la misma noción de justicia, que contiene la exigencia de “tratar de igual manera a lo igual”. Por supuesto, como vimos en lo relativo al argumento *a simili* o por analogía, el problema para el cumplimiento de esta exigencia es que nunca hay dos casos exactamente iguales, por lo cual, es necesario determinar qué tan relevantes son las diferencias entre ellos para saber si es aplicable el argumento del precedente, o no lo es.

Alexy (2007, p. 265) propone dos reglas generales para el uso del argumento del precedente: “cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse” y “quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”, es decir, quien quiera decidir de manera distinta de como se ha venido haciendo, tendrá que aducir razones suficientes para ello.

Un ejemplo del uso argumentativo de los precedentes podemos verlo en el 7o. considerando de la siguiente sentencia de 2006 que explícitamente se apoya en una tesis de 2001 del Pleno:

De lo expuesto, puede concluirse que no obstante que el precepto interpretado por los Tribunales Colegiados, fue reformado con posterioridad a la emisión de sus resoluciones, en cuanto a la hipótesis que ambos interpretaron, quedó con la misma redacción, cambiando únicamente las palabras “Asimismo” y “además”, sin que se haya modificado su esencia; por ende, si el contenido sustancial de la norma se mantiene, sigue subsistiendo la divergencia de criterios que requiere ser dilucidada por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO DEBE DECLARARSE INEXISTENTE AUN CUANDO LA NORMA INTERPRETADA POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO HAYA SUFRIDO UNA REFORMA, SI ÉSTA NO MODIFICÓ SU ESENCIA. No es dable concluir que es inexistente una contradicción de tesis, cuando la norma legal que interpretaron los tribunales y que los llevó a conclusiones

discrepantes, sufre una reforma que sólo modificó en parte la terminología empleada, pero no la esencia del precepto, en tanto que se entiende que si el contenido sustancial se mantiene, subsiste la divergencia de criterios que requiere ser superada a través del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tesis VIII/2001, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril de 2001, t. XIII, p. 322) (7o. considerando de la sentencia dictada en la contradicción de tesis 18/2006-PS).

9. *El argumento semántico*

También llamado “argumento de constancia terminológica”,⁵⁷ el argumento semántico consiste en criticar, en justificar o afirmar como posible cierta interpretación de una norma basándose en el control del uso lingüístico de los vocablos que presenta. Alexy explica que este argumento no consiste en “determinar” cómo deba usarse tal o cual término (pues tal decisión o determinación no puede justificarse simplemente por referencia a un uso existente), sino en “especificar” su uso. Así, pues, “los argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente” (Alexy: 2007, p. 226). El siguiente sería un ejemplo de argumento semántico:

En el texto de la sentencia de este amparo en revisión (expediente 02352/1997-00) hay un momento donde se razona acerca de la posible interpretación del término “vedar”, presente en la redacción del artículo 5o. constitucional (antes 4o.); en concreto, se discute si se ha de interpretar como “prohibir” o como “limitar”. Como uno de los argumentos, se dice:

Las anteriores consideraciones cobran fuerza si se atiende al *uso constitucional*, del que se advierte, por vía de ejemplo, que el Constituyente, al redactar los artículos 2o., 14, tercer párrafo y 22 de la Ley Fundamental, *sí utilizó de manera expresa el verbo prohibir...* Asimismo, *se observa que, por el contrario, el legislador no utilizó ese verbo en la redacción del artículo 5° que se estudia, sino otro con significación de prohibición atenuada y con una clara connotación de suspender, de diferir o de detener temporalmente una acción.*

La razón de la divergencia en comentario resulta evidente, porque los artículos en los que el Constituyente utilizó explícitamente el verbo prohibir amparan las garantías de libertad personal, de integridad física y de seguridad jurídica, las cuales indiscutiblemente ocupan un lugar predominante dentro de nuestro sistema jurídico, y, por otra parte, si bien la libertad de comercio también es una garantía fundamental de los individuos, empero, sus fines

⁵⁷ Cfr. Dehesa Dávila, Gerardo, 2007, pp. 491 y ss.

tienden a proteger aspectos laborales y económicos, que obviamente no poseen el mismo rango de trascendencia que aquellas garantías que resguardan la vida, la libertad personal, la integridad física y la seguridad jurídica de las personas (5o. considerando de la sentencia dictada en el amparo en revisión 02352/1997-00).

10. *Argumentos dogmáticos*

Para saber en qué consisten éstos es necesario señalar qué se entiende por “dogmática jurídica”. Mediando entre una descripción demasiado amplia y otra demasiado estrecha, Alexy propone una definición de “dogmática jurídica” que incluya las siguientes condiciones:

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 contenido normativo (Alexy: 2007, p. 246).

Alexy complementa esta definición con la mención de cuáles son los principales tipos de enunciado propios de la dogmática jurídica. En primer lugar están las definiciones de los “genuinos conceptos jurídicos”, de los cuales cita como ejemplos paradigmáticos los conceptos de “contrato”, “acto administrativo” y “legítima defensa”; otro tipo de enunciados de la dogmática jurídica son las definiciones de los otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas, de los que Alexy menciona como ejemplos “área edificada coherentemente” y “cumplimiento de una operación”; también pueden ser considerados como propios de la dogmática jurídica “los enunciados que expresan una norma no extraída de la ley” (Alexy: 2007, p. 248), si bien en éste, como en los próximos dos casos que siguen, el criterio de demarcación entre lo que sí es enunciado de la dogmática jurídica y lo que no lo es se va tornando borroso y “por ello, en un amplio campo, el que un enunciado sea aceptado o no como dogmático sigue dependiendo de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho” (*ibidem*, p. 249). La siguiente categoría de enunciados dogmáticos la conforman “las descripciones y caracterizaciones de estados de cosas a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas” (*idem*) y, por último, las formulaciones de principios, las cuales “son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla ge-

neral, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales” (*idem*).

Desde el punto de vista de la argumentación, hay ocasiones en que los enunciados dogmáticos se usan —junto con enunciados de otros tipos— para fundamentar otros enunciados, sin tener que ser ellos mismos (los dogmáticos) justificados; por supuesto, tales casos sólo pueden presentarse cuando los enunciados dogmáticos en cuestión no son puestos en duda. En cambio, en otras ocasiones los enunciados dogmáticos se usan para justificar otros enunciados, pero también son ellos mismos, a su vez, justificados por otros enunciados dogmáticos, y así sucesivamente, hasta que, claro está, “en algún momento, los enunciados dogmáticos se terminan y se hacen necesarios otros argumentos. Como los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, estos otros argumentos sólo pueden ser argumentos prácticos de tipo general” (Alexy, p. 251).

Ejemplo de argumento dogmático (basado en la definición de “contradicción de tesis”):

En otras palabras, existe contradicción de criterios cuando concurren los siguientes supuestos:

- a) Que al resolver los asuntos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes.
- b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas.
- c) Que los diferentes criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Al respecto es aplicable la siguiente jurisprudencia... Con la finalidad de establecer y determinar si en la especie existe o no la contradicción de tesis denunciada, es conveniente transcribir la parte conducente de las consideraciones y argumentaciones de las ejecutorias, en que los Tribunales Colegiados contendientes basaron sus respectivos criterios...

Ahora bien, de los respectivos asuntos resueltos por los Tribunales Colegiados Noveno y Quinto en Materia Penal del Primer Circuito, se advierte que dichos órganos jurisdiccionales coincidieron en analizar el antepenúltimo párrafo del artículo 200, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, vigente al quince de abril de dos mil cinco.

Así, mientras el primero de ellos concluyó que la pena decretada al sujeto activo del delito de violencia familiar, consistente en la sujeción del mismo a tratamiento psicológico especializado por el término de duración de la pena de prisión impuesta, es un imperativo legal que hace innecesario previo análisis o estudio del enjuiciado para acreditar afectación en su salud mental; el

segundo de los citados órganos jurisdiccionales sostienen que sí es necesario que previamente se acredite la afectación en la salud mental del sujeto activo.

Por lo anterior, debe decirse que sí existe contradicción de tesis, respecto de los criterios que sostienen los Tribunales Colegiados contendientes, pues aquéllos provienen del examen de los mismos elementos, toda vez que ambos analizaron el mismo precepto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pero llegaron a conclusiones diametralmente distintas, que se derivan de las consideraciones de las resoluciones respectivas (3o. y 7o. considerandos de la sentencia dictada en la contradicción de tesis 18-2006-PS).

Otro ejemplo de argumento dogmático sería el siguiente, basado en la descripción de lo que debe entenderse como “fundamentación de los actos legislativos”:

Es de advertirse, reiteramos, que la fundamentación de los actos legislativos se satisface cuando el órgano legislativo actúa dentro de los límites que la Constitución le confiere... la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, III Legislatura, cumplió con la fundamentación debida al actuar dentro de los límites de las atribuciones que la Ley Fundamental le confiere

...(2o. resultando de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 00021/2004).