

El adecuado y exitoso planteamiento de pretensiones judiciales y la redacción de las decisiones que recaen y luego puedan ser impugnadas, son temas de actualidad que no sólo inciden en el Derecho Procesal sino que la Filosofía del Derecho se ha hecho cargo de los problemas que suscitan y que aún no tienen una clara, incontrovertible o única respuesta ni, por supuesto, solución.

La obra aborda, en el campo del juicio de amparo, algunos problemas cardinales que se dan al formular las demandas y las sentencias.

La metodología consiste en obtener un equilibrio en el tratamiento de aspectos teóricos y fundamentales de lógica, tanto general como jurídica, a manera de una base o plataforma para luego abordar la atención de problemas prácticos, destacando la corrección formal tanto de los conceptos de violación como de los razonamientos que sustentan las decisiones. En este sentido se propone como un posible modelo, los más recientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados de circuito, basados en las mejores prácticas de la comunicación y conforme a líneas argumentales directas y precisas.

Es así que se pasa revista a la teoría de la lógica pragmática de Toulmin, los criterios de derrotabilidad de la lógica jurídica, el juicio de los hechos asociado al juicio de Derecho, la propuesta de una célula judicial argumentativa, argumentos basados en ponderación de principios y otros temas más que resultan relevantes.

JEAN C.
TRON
PETIT

JEAN CLAUDE TRON PETIT

ARGUMENTACIÓN EN EL AMPARO

ESQUEMA FORMAL
DE LOS
CONCEPTOS DE VIOLACIÓN
Y LAS SENTENCIAS
DE AMPARO

ARGUMENTACIÓN EN EL AMPARO

Primera edición



EDITORIAL
PORRÚA



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO

ARGUMENTACIÓN EN EL AMPARO

JEAN CLAUDE TRON PETIT

ARGUMENTACIÓN EN EL AMPARO

ESQUEMA FORMAL DE LOS CONCEPTOS
DE VIOLACIÓN Y LAS SENTENCIAS DE AMPARO



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2009

Primera edición, 2009

Copyright © 2009
JEAN CLAUDE TRON PETIT

Esta edición y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV, 2009 8
Av. República Argentina 15 altos, Centro, 06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN: 978-607-09-0230-7

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

*Al auténtico autor:
El señor Yahvé*

*A mi hermano ejemplar:
Jesucristo*

*A quien me guía y protege en todo,
El Espíritu Santo*

*A mi extraordinaria esposa,
Marosi*

*A mis hijos:
Denise, Mauricio, Monique y Adrián*

*A mis adorables nietos:
Emilio, Paula y un bebé*

*En él (Cristo) están escondidos todos los tesoros
de la sabiduría y del conocimiento. Digo esto
para que nadie os engañe con falsos
argumentos persuasivos.
Colosenses 2: 3-4*

*el cual asimismo nos hizo ministros
competentes de un nuevo pacto, no de la letra,
sino del espíritu; porque la letra mata, mas el
espíritu vivifica.
2ª Corintios 3:6*

3.4. Célula judicial argumentativa	72
3.4.1. Concepciones y justificación de los argumentos	77
3.4.1.1. Formal	78
3.4.1.2. Material	80
3.4.1.2.1. Argumento de respaldo	83
3.4.1.3. Pragmática	87
3.5. Enunciados jurídicos y judiciales	90
3.5.1. Razonamientos fácticos y normativos (determinación y calificación)	90
3.5.1.1. Información y argumentación	92
3.5.1.2. Complejidad de los argumentos	93
3.5.1.2.1. Modelo CRAC	94
3.5.2. Juicio de los hechos	95
3.5.3. Juicio de Derecho	102
3.5.4. Esquema dialéctico	108
3.5.4.1. <i>Stories</i>	110
3.5.5. Problematización y obligaciones argumentativas	114
3.5.6. Prueba indirecta	118
3.5.7. Razonamientos judiciales y tipos de reglas	121
3.5.7.1. Sistemas jurídicos: Componentes	121
3.5.7.2. Argumentación subsuntiva o clasificatoria	124
3.5.7.3. Argumentación finalista	124
3.5.8. Ponderación de principios	125
3.5.8.1. Contexto	125
3.5.8.2. Tipos de ponderación	126
3.5.8.3. Ponderación como procedimiento y como resultado	128
3.5.8.4. Alexy modelo matemático	132
3.5.8.5. Criterios jurisprudenciales	134
4. Conceptos de violación como razones demostrativas de inconstitucionalidad	143
4.1. Conceptos de violación como célula judicial argumental	147
4.1.1. Concepto de violación contra ley	150
4.1.1.1. Datos	151
4.1.1.2. Garantía	151
4.1.1.3. Respaldo	152
4.1.1.4. Conclusión	153
4.1.2. Concepto impugnación electoral	155
4.2. Criterios jurisprudenciales sobre inoperancia	156
4.2.1. Disfuncionalidad e ineficacia argumentativa de los conceptos de violación	156
4.2.1.1. Inoperantes	156
4.2.1.2. Infundados	156
4.2.2. Causales de inoperancia de los conceptos de violación según criterios jurisprudenciales	156
4.2.2.1. Cuadro de categorías connotativas	158
4.2.3. Tesis relevantes sobre conceptos de violación	159

5. Esquema formal de las sentencias	169
5.1. Estructura del argumento judicial	169
5.2. Motivación de la resolución	171
5.2.1. Criterios sobre fundamentación y motivación de resoluciones judiciales	178
5.3. Sentencias arbitrarias	180
5.3.1. Congruencia, exhaustividad y motivación de las decisiones.	180
5.3.2. Esquema y clasificación de Carrió sobre sentencias arbitrarias .	182
5.3.3. Esquema y clasificación de tribunales españoles	183
5.4. Argumentación lineal en sentencias de amparo	184
5.4.1. Elementos de considerandos decisorios de sentencias.	184
5.4.2. Silogismo práctico	185
5.4.2.1. Análisis general.	185
5.4.2.1.1. Tema, problema y finalidad.	186
5.4.2.1.1.1. Síntesis del proyecto	187
5.4.2.2. Análisis concreto.	188
5.4.2.3. <i>Ratio decidendi</i>	190
5.4.2.4. Líneas argumentativas	191
5.4.2.4.1. Herramientas sintácticas y semánticas.	192
5.4.2.5. Esquema de sentencia en amparo directo	198
5.4.2.6. Esquema de sentencia en amparo en revisión SCJN. ...	200
5.4.2.7. Esquema de representación que Aienza propone	201
5.4.2.8. Otros esquemas	203
Bibliografía.	207

INTRODUCCIÓN

Cuando sabemos de un libro o lo hojearnos, usualmente nos preguntamos: ¿Cuál es su contenido? ¿De qué trata? ¿Para qué me puede servir? ¿Qué tan actual es?

Ahora, si hablamos de libros jurídicos, podemos además preguntarnos: ¿Es un libro teórico? o, por el contrario, ¿Tendrá una finalidad práctica? ¿Vale la pena adquirirlo? ¿Me aportará algo, o es sólo más de lo ya existente?

En fin, estas son sólo algunas interrogantes a las que espero dar una respuesta.

Amable lector, antes de abordar estos puntos creo es importante decir algo del autor.

Mi actividad profesional es en la judicatura federal pero también en la academia y, con ese motivo, imparto varias asignaturas, entre otras y en especial, «Argumentación Jurídica» en el ITAM, la Universidad Panamericana, la UNAM y el Instituto de la Judicatura Federal.

La necesidad, pero también el gusto, me llevaron a cursar la Especialidad en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante, en un excelente curso que coordina el maestro Manuel Atienza.

Con el fin de acreditar algunos créditos elaboré, hace años, un modesto análisis sobre el tema de los requisitos formales de los conceptos de violación.

La temática abordada es de palpitante actualidad y utilidad, prueba de ello es que el adecuado y exitoso planteamiento de pretensiones judiciales y la redacción de las decisiones que recaen y luego puedan ser impugnadas, son temas cotidianos que no sólo inciden en el Derecho Procesal sino que la Filosofía del Derecho, especialmente algunas obras de Teoría del Derecho, se han hecho cargo de los problemas que suscitan y que aún no tienen una clara, incontrovertible o única respuesta ni, por supuesto, solución.

Es así que en México —con más retraso que en los Estados Unidos de América o Europa—, cobra interés, cada día, el estudio de la «Argumentación Jurídica», lo que patentizan variados diplomados sobre la especialidad, módulos que se imparten en el currículo de los posgrados pero, también ahora, en las licenciaturas.

Los principales exponentes en la materia han sido los filósofos que han importado teorías de otras latitudes pero, de manera muy significativa, han dado a conocer los criterios jurisdiccionales que son evidencias de buenas o de malas argumentaciones.

En ese orden de ideas, la labor académica me ha llevado a preparar apuntes para compartir con mis alumnos y, en concreto, he elaborado un estudio monográfico sobre los aspectos formales de dos instituciones propias del juicio de amparo: los conceptos de violación y la estructura de las sentencias. Resultado de lo anterior es el ensayo que se presenta.

La metodología consiste en obtener un equilibrio en el tratamiento de aspectos teóricos y fundamentales de lógica, tanto general como jurídica, a manera de una base o plataforma para luego abordar la atención de problemas prácticos.

Inicio la exposición con referencias básicas y puntuales del juicio de amparo.

Prosigo abordando un tema que sigue siendo de actualidad, el estudio de la lógica para entender y, en su caso, validar tanto los razonamientos que se plantean ante los jueces como los que formulamos los juzgadores al momento de tomar decisiones.

La lógica formal es básica pero insuficiente para resolver los casos difíciles. Por tanto, siguiendo a los más autorizados exponentes, recojo lo más representativo de la lógica pragmática de Stephen Toulmin y a partir de una síntesis de los aspectos esenciales, presento un marco conceptual con tales ideas para enfrentar problemas que, estimo, no han sido adecuada ni científicamente abordados por tratadistas nacionales; si en cambio, por algunos extranjeros, pero distantes de los problemas que tenemos en México.

En ese contexto, exploro algunas ideas de la denominada Lógica de la Argumentación Jurídica, comentando conceptos de lo que, para los filósofos del Derecho, es la derrotabilidad, en su contexto normativo, narrativo y procesal con el ánimo de aportar una explicación del por qué las decisiones judiciales son peculiares a la litis de los casos concretos; lo que para muchos parecen ser contradicciones o deficiencias de coherencia, consistencia y previsibilidad.

Vinculado a ese tema, abordo el análisis de los enunciados jurídicos y judiciales, peculiares y fundamentales, pasando revista a lo que para destacados autores es el juicio de los hechos asociado al juicio de Derecho. También se comenta la metodología ideada para elaborar argumentos basados en ponderación de principios y otros temas más que resultan relevantes.

Y es a partir de este momento, disponiendo ya de un marco teórico consistente, que es posible aplicarlo de manera práctica y funcional, para ensayar una exposición de cuales son las causas y referentes que determinan cómo es que se deben tomar las buenas decisiones y la propuesta de una célula judicial argumentativa.

Otra consecuencia es también disponer ya de un bagaje que permita entender y analizar la complejidad de la institución conocida como conceptos de violación, especialmente de las peculiares, características y condiciones de los que deben formularse en los juicios de amparo directo y contra leyes, para concluir con un esquema que defina el modelo y luego aplicarlo y contrastarlo con los criterios jurisprudenciales que sobre el tema existen.

Otro objetivo es poner de manifiesto la recurrente patología que acusan muchos planteamientos, de los que a diario conocemos en los tribunales, cuyas desafortunadas construcciones y estructura, llevan a calificar de inoperantes

los conceptos de violación por deficiencias formales sustanciales; por supuesto, impidiendo a los juzgadores estudiar actos inconstitucionales que perviven ante planteamientos y cuestionamientos ineficientes.

Ya para concluir, se propone como un posible modelo de argumentación judicial, los más recientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados de circuito, basados en las mejores prácticas de la comunicación y conforme a líneas argumentales directas y precisas.

Para llegar a estos puntos, ha sido menester transitar por temas, aún no muy explorados en la literatura mexicana, pero necesarios para ir aportando bases que sean la cuna de una mejor doctrina.

Para resumir, se tiene que el contenido de la obra es práctico pero soportado en las mejores y más recientes corrientes de la filosofía, la lógica formal y pragmática y de la argumentación.

No tiene precedente en México, pues las obras que existen tratan el tema bajo un enfoque teórico y muy general o solamente bajo criterios del Derecho Procesal pero ayunos de una estructura y fundamento metodológico que sólo en la filosofía puede obtenerse.

La finalidad es aportar explicaciones novedosas sobre las instituciones nucleares del juicio de amparo, al propio tiempo que dar a conocer la mejor teoría metodológica que se enseña tanto en Europa como en los Estados Unidos de América.

Son estas las razones que me animan a proponer la lectura de la obra que estimo podrá tener acogida entre catedráticos y alumnos que cursen la asignatura de argumentación.

Por supuesto que yo lo recomiendo a mis alumnos como material de lectura y análisis básico.

Muchas gracias

PRÓLOGO

En México las decisiones judiciales de último nivel se pronuncian en el juicio de amparo, que es de carácter federal, ya sea como auténtico enjuiciamiento de temas constitucionales o como instancia terminal a problemas de legalidad; en tanto hace las veces de la casación con peculiaridades *sui géneris*.

El resultado, en la práctica, es que muchos juicios de amparo indirecto son sobreseídos por deficiencias en el planteamiento; en tanto que el juicio directo, preferentemente, adolece de conceptos de violación inoperantes por insuficiencias formales y de ciertos requisitos básicos de procedencia en el aspecto argumentativo esencial.

Este juicio,¹ concebido en su origen como medio sumario y excepcional, se ha vuelto, algo cotidiano en la práctica forense, por la inconformidad con el desempeño judicial en sede ordinaria, la ineficiencia del quehacer de los jueces para resolver el fondo de los conflictos o como estrategia dilatoria para evadir responsabilidades.

Actualmente, los criterios jurisprudenciales en materia procesal son muy abundantes y mutantes —especialmente en los últimos diez años—, lo que ha impedido definir y connotar, a cabalidad y en conjunto, las razones de inoperancia en las argumentaciones de constitucionalidad o legalidad —conceptos de violación—. Es así que, en la mayoría de los casos, las respuestas son ambiguas y la jurisprudencia reacciona, rechazando determinados planteamientos, pero sin explicar en un contexto sistemático, la universalidad y relevancia de las causas. Dicho en otras palabras, las respuestas y soluciones existentes son dispersas, parciales, casuísticas y asistemáticas.

Una causa importante es que la enseñanza del Derecho procesal en México, en lo general, es esencialmente teórica, formalista e indiferente a los problemas sociales actuales. Es así que se basa en criterios del pasado, insuficientes y poco consecuentes con la realidad, incapaz de formar estudiantes enterados y con habilidades para entender y aplicar los requerimientos que exigen los tribunales para resolver en la realidad, de manera efectiva y contundente los conflictos que se plantean.

La explicación, me parece, es que en las universidades se enseñan «teorías» pero no a construir ni a idear soluciones prácticas y reales. Se habla de conflictos pero no hay una formación que oriente al debate entre los estudiantes, ni se les entrena en como abordar los problemas y construir soluciones efectivas.² Cabe agregar un comentario de Nieto, en el sentido que el objeto pri-

¹ Especialmente sucede con el amparo directo que se asemeja a una casación pero con ciertos visos también de apelación.

² Carecemos de metodologías funcionales que incentiven la creatividad y solución de problemas, un tema más en el que nos falta ser creativos e innovadores.

mordial de la enseñanza del Derecho en España —también en México— es enseñar a entender las normas no a aplicarlas.³

La doctrina está aun más ausente de abordar el problema y las escuelas de Derecho no enseñan ni forman juristas diestros en la práctica forense actual o de la vida real. Un formalismo —sin valores ni contenido— y las tradiciones, son la triste y poco afortunada esencia de la enseñanza jurídica.

Por estas razones, considerando la indeterminación de causas y del problema en sí, así como la falta de definición y ambigüedad de conceptos pertinentes para dar, cuando menos, una orientación a esta situación caótica, me parece, importante y necesario, un ejercicio de reflexión sobre este problema de argumentación, analizando los criterios jurisprudenciales que lo alimentan y aportaciones de la doctrina que han encontrado poner un cierto orden y dar ciertas explicaciones a lo que, para los tribunales, son hasta ahora cabos sueltos y aporías, dificultad entendible ya que la jurisprudencia es casuística y requiere de tiempo y esfuerzo para ser compendiada ante la falta de sistema, esfuerzo que bien vale la pena continuar para aportar una propuesta práctica que pretende ser un diagnóstico e indicio de solución o, cuando menos, de un enfoque distinto que pueda dar ciertas luces.

Dicho en otras palabras, me parece que es importante y necesario tener bien claro⁴ como entender la naturaleza, elementos y funciones de ciertos conceptos, tales como pretensión, sentencia y conceptos de violación.⁵ Conducente a ello, el universo de elementos y como es que actúan, ya que una buena parte del problema es la falta de criterios claros y concretos, que no sean ambiguos, parciales ni contradictorios lo que representa, precisamente, parte del problema ante la falta de conceptos pertinentes y suficientes.

³ Nieto Alejandro (2003): *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, p. 20. Estimo que el problema en México es mayor ya que ni siquiera hay precedentes, la prueba es que no hay libros sobre criterios de interpretación y argumentación práctica, todo lo vemos desde las nubes.

⁴ Eso es algo que pretendo plantear y poner en evidencia a través del descubrimiento y análisis de causas, razones, finalidades, requisitos y sobre todo de visiones de conjunto y funcionalidad en el apartado de “Célula judicial argumentativa” de conceptos fundamentales tales como: Pretensión, Agravio, Sentencia y Conceptos de violación. Lo ahí expuesto no son fórmulas sino propuestas con base en información respecto de esos temas o prácticas y los elementos sine qua non que en la práctica no se aprecian en ese conjunto y contexto.

⁵ Ese es el problema en la jurisprudencia y en la doctrina que en la actualidad se carece de nociones específicas y definidas.

1. JUICIO DE AMPARO

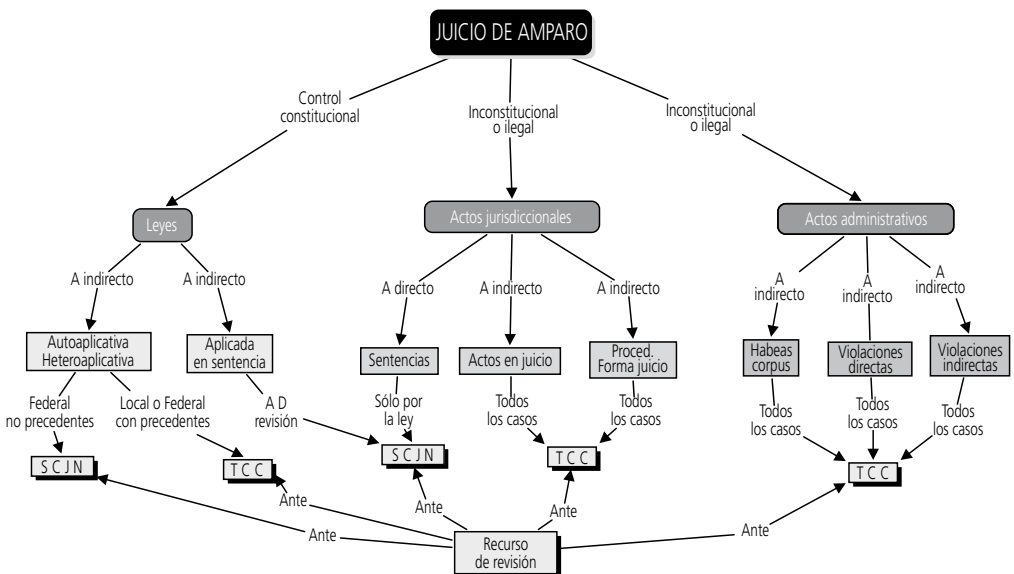
1.1. MEDIO DE IMPUGNACIÓN MUY AMPLIO Y AMBIGUO

1.1.1. Concepto multívoco y ambiguo de «juicio de amparo»

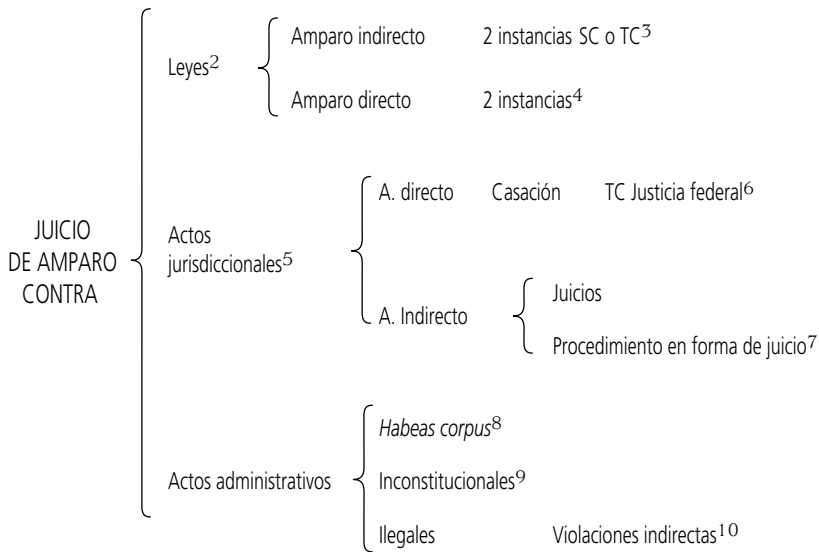
Antes de abordar el estudio de una figura típica del juicio de amparo —los conceptos de violación— conviene puntualizar y apereibir que actualmente en el orden jurídico mexicano este juicio incluye:

- i) al propiamente constitucional para cuestionar actos de autoridad que violen derechos fundamentales y garantías o trasciendan e invadan órbitas competenciales ajenas, pero además hace las veces de;
- ii) una casación *sui generis* en tanto sus requisitos de procedencia y admisión lo hacen asemejarse más a una apelación.

Un esquema de los variados contextos sustanciales¹ que abarca el juicio de amparo aparece en el siguiente esquema y cuadro:



¹ Las ideas básicas de esta cuadro son de Héctor Fix Zamudio.



² El trámite debe ser con sencillez procesal pues en general no hay situaciones de facto complejas que acreditar y el pronunciamiento se apoya en cuestiones de estricta constitucionalidad.

³ La competencia para conocer de la segunda instancia puede surtir en favor de la Suprema Corte de Justicia o de algún tribunal colegiado de circuito, según el acuerdo 5/2001.

⁴ Teóricamente procede la revisión en ciertos casos de amparo directo cuando su contenido incluya pronunciamiento sobre constitucionalidad de una ley, sin embargo la tendencia jurisprudencial de la SCJN es limitarlo.

⁵ Por la materia a que se refieren y al ser prácticamente un recurso de legalidad, se impone establecer reglas exigentes, precisas y exactas de interés jurídico y procedencia, como en la casación. Una propuesta es que —como en realidad se le da el sentido de 3ª instancia— el tribunal actúe con plenitud de jurisdicción tal y como sucede actualmente con la casación en Europa para evitar el frecuente reenvío.

⁶ La actual apertura del juicio de amparo ha llevado a la federalización de la justicia, pues casi todos los juicios acaban en el amparo directo ante tribunal colegiado de circuito, lo cual debería de reglamentarse de manera inteligente para evitar esta sobre-explotación, se recomienda implementar medios alternos eficientes y eficaces.

⁷ Tesis 2ª. XCIX/99.

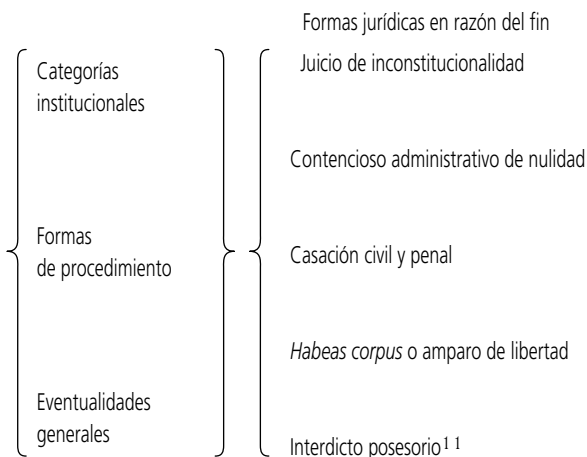
⁸ Protege la vida y ataques a la libertad de las personas.

⁹ Se propone que el trámite del amparo sea sencillo y sumario, de barandilla, probablemente de única instancia si es que se apoya en jurisprudencia, criterios reiterados o casos poco trascendentes podría pensarse ahora en un certiorari semejante al que aplica la Suprema Corte (writ of certiorari para tribunal colegiado de circuito). Especial relevancia merece la actualización de conceptos tales como: autoridad o interés, que deben ser reconsiderados.

¹⁰ Por analogía con el amparo jurisdiccional, se proponen reglas exigentes, precisas y exactas de interés jurídico y procedencia, análogo a la casación. Por otra parte, la concurrencia cada día superior de los intereses difusos, recomienda introducir el concepto de interés legítimo y la plena tutela de los derechos colectivos.

Briseño Sierra comenta sobre el juicio de amparo que, visto a la luz o contexto de tres diversos escenarios, puede tener alguna de las siguientes cinco formas y funciones que en seguida se describen:

JUICIO DE AMPARO: PENTÁGONO JURÍDICO



1.2. PROBLEMAS

1.2.1. *Sentencias arbitrarias y conceptos de violación inoperantes*

Existe en la práctica judicial general, un porcentaje bastante alto de sentencias arbitrarias por violaciones formales esenciales —entendiéndose por tal, infracción a los principios de congruencia, exhaustividad y motivación, además de superficialidad en el tratamiento de los temas de fondo—. Estas resoluciones son el punto de partida y contenido material de los recursos de apelación y, posteriormente, de los juicios de amparo directo.

Aunado a ello, los conceptos de violación inoperantes son una pandemia en los juicios de amparo en México.¹² Todo esto viene a constituir, en altos

¹¹ Briseño Sierra Humberto (1990: 263).

¹² El juicio de amparo en México es el medio de control constitucional por excelencia; pero como la legalidad y regularidad procesal son garantías fundamentales, su cobertura se extiende a un juicio muy semejante a la casación europea; por tanto, tiene las dos funciones con un solo nombre. El juicio de amparo directo es, en la mayoría de los casos, una casación o última apelación, en tanto no tiene tantos límites de procedencia como sucede en la casación y, esto es así, por la práctica judicial diaria que abre las puertas a casi cualquier instancia de tutela aunque un gran límite es el reenvío lo que, a la postre, dilata la solución de los conflictos.

porcentajes, deficiencias formales que se traducen en la incapacidad del sistema judicial, en su conjunto, para conocer y resolver el verdadero conflicto que subyace *inter partes*.

Defectos de estructura formal son la causa y *ratio* de ese problema, en virtud que es defectuoso el planteamiento, análisis e invocación justificada, respecto a la pretensión eficaz y afectación deducida.

Es así que al resolver los juicios de amparo,¹³ los conceptos de violación son declarados inoperantes por defectos formales esenciales; lo que implica se pronuncien sentencias desestimatorias, sin siquiera poder tomar en cuenta el fondo o sustancia de las pretensiones deducidas. Son como: *¡Abortos jurídicos!* con grave perjuicio para la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. En el mejor de los casos a lo más que puede pretender el tribunal de amparo es dictar resoluciones de reenvío que no consiguen sino entretener o frustrar la solución del diferendo.

Este trabajo pretende ser una guía para entender el por qué y evitar los planteamientos infructuosos y decisiones arbitrarias o, en caso que se den, acotarlos adecuada y precisamente de manera que se corrijan. Es al mismo tiempo un diagnóstico y propuesta de solución.

Las deficiencias argumentativas se presentan en dos grandes frentes o contextos:

ARGUMENTACIÓN FORMAL DEFICIENTE EN { Sentencias incorrectas por inválidas¹⁴
Conceptos de violación defectuosos

¹³ Especialmente notorio y recurrente es el problema en el juicio directo de corte casacionista.

¹⁴ Son la materia, el punto de partida o acto reclamado en los juicios de amparo directo.

2. SENTENCIAS COMO ACTOS RECLAMABLES

Las sentencias, como uno de los supuestos de acto reclamable en el amparo, puede ser el más complejo de todos. La decisión de un conflicto implica evaluar aspectos de legalidad, pero también puede involucrar la aplicación de algún precepto o preceptos que en el amparo directo sean cuestionados por su constitucionalidad. Es así que el juicio de amparo directo puede combinar las particularidades y problemática tanto del amparo casación donde se estudian problemas de legalidad como también del amparo contra leyes que versa sobre aspectos de constitucionalidad.

El estudio de los conceptos de violación, que son los cuestionamientos respecto a las «patologías» de una sentencia, me parece que requiere, como presupuesto metodológico, una alusión superficial a la estructura y regularidad formal de las decisiones, por ser el sustrato fundamental y un referente necesario de su funcionalidad.

2.1. PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS

El Derecho tiene como objetivo regular el comportamiento de las personas y, en su caso, resolver los litigios que susciten intereses opuestos.

Otra descripción lo considera como:

Un sistema de normas que tiene como principal función la de organizar y dirigir los comportamientos sociales.¹

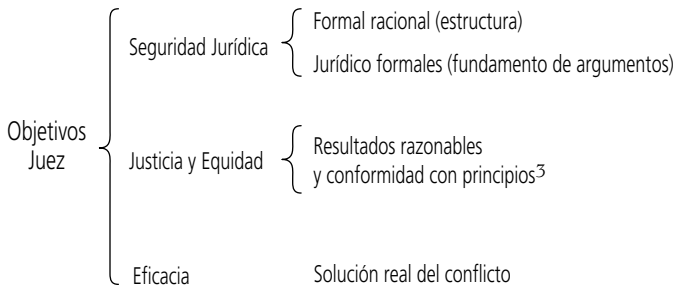
Sin embargo, no siempre se dispone de las reglas o prevenciones necesarias, ni es un sistema acabado y disponible para que los operadores realicen una mera aplicación o invocación mecánica y formal. En este sentido comenta Nieto:

El Derecho no es una realidad objetiva dada, preexistente, que se domina mejor o peor según sea la agudeza del conocimiento sino que se va formando maleablemente por el propio conocimiento... lo esencial del conocimiento jurídico —considerado en su doble vertiente de actividad y resultado— es su naturaleza artificial, técnica, puesto que el Derecho se «conoce» a través de una operación intelectual independientemente de que pueda «percibirse» por intuición. Hablar de conocimiento jurídico es, por tanto y último extremo, hablar de sus técnicas. En el mundo del Derecho se cuenta, además, con el instrumento áureo de la prudencia, que es la verdadera esencia del conocimiento práctico, tal como nos enseñaron los juristas romanos en una lección de permanente actualidad. La prudencia integra el conocimiento con las peculiaridades del conflicto real concreto, forjando así una decisión adaptada a la individualidad del caso singular. La prudencia moldea la ley para

¹ De Asis 2004: 77

ajustarla al caso. La prudencia es el puente que permite transitar del intelecto a la vida: sin prudencia podrá haber lógica, más no vida.²

El juez al resolver debe satisfacer tres grandes y esenciales objetivos:



Las sentencias, en su concepción formal, son la respuesta sintética a las pretensiones deducidas; en tanto que, en lo material, son aplicaciones del Derecho para construir la solución real del conflicto *inter-partes*. Es: “*la justicia de acuerdo al Derecho*”.⁴

El propósito (*ratio*) de una buena sentencia consiste en:

- ▶ Resolver el conflicto o, cuando menos, favorecer la negociación, ser útil (fin);
- ▶ Con y por medio del Derecho, razonablemente interpretado (instrumento);
- ▶ Cumplir con los objetivos y consecuencias sociales y privadas que el orden jurídico tutela, para lo cual debe ser capaz de:
- ▶ Explicar;
- ▶ Justificar;
- ▶ Comunicar eficaz y llanamente lo decidido; valiéndose de una,
- ▶ Argumentación adecuada en concepto:
 - ▶ Formal;
 - ▶ Material;
 - ▶ Pragmático; y,
 - ▶ Consecuencialista.

Desde un enfoque procedimental, las sentencias son la síntesis de las pretensiones deducidas —en su calidad de tesis y antítesis— dentro de un con-

² Nieto Alejandro y Gordillo Agustín (2005: 18-19)

³ La idea es que, en ocasiones, la mera aplicación de reglas, no cohesionadas ni sistematizadas por la aplicación de principios rectores o mandatos de optimización, puede provocar soluciones inaceptables

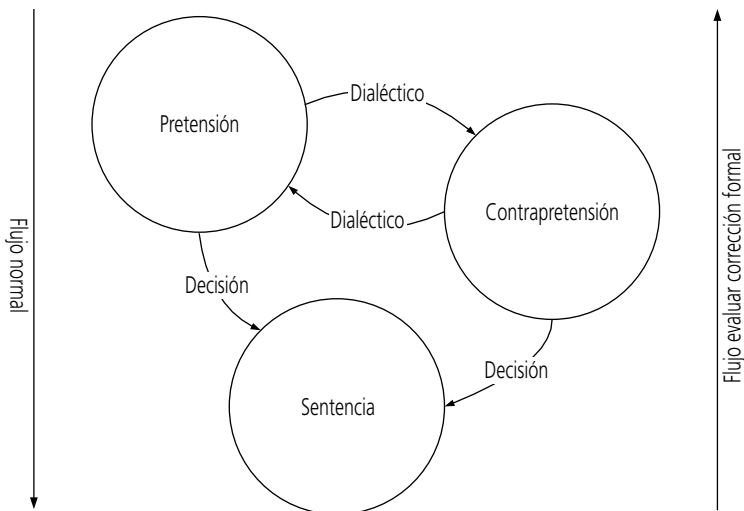
⁴ Alusión de MacCormick, citado por Atienza (1993: 134)

texto dialéctico y contradictorio. Es así que la decisión, la *juris dictio*, se toma a partir de la litis propuesta.

La pretensión que aduce una parte, es una «**acción estratégica**» que se completa con la respuesta de la contraria, excepciones y defensas. El objetivo de las partes es «**construir**» estratégicamente los presupuestos para que el juez pronuncie una decisión que favorezca sus intereses. El juez a su vez y a partir de la confrontación dialéctica toma los resultados, los organiza, depura y estructura adecuadamente como presupuestos para construir su decisión.

En efecto, la labor del postulante —abogado o fiscal—, cuando plantea una instancia o pretensión, es dar con una fórmula o planteamiento exitoso que induzca emitir una decisión que favorezca los intereses del cliente, mandante o sociedad. Para ello, debe encontrar o crear para luego ensamblar, elementos —denominados fácticos— que satisfagan las especificaciones de un supuesto de hecho y aunados a la invocación de la norma correspondiente, le permitan construir un respaldo y justificación jurídica de su pretensión.

La evaluación de la corrección formal (congruencia y exhaustividad) en esta dirección



El desarrollo normal del juicio es en esta dirección

La decisión es lo que queda, el residuo del enfrentamiento entre la pretensión y la contraria, después del planteamiento dialéctico y contradictorio que persigue la derrotabilidad o establecimiento de nuevos esquemas.

El diagrama anterior —visto de arriba abajo— permite apreciar como se desarrolla el proceso y los pasos conducentes a la construcción de la decisión; en tanto, la lectura *contrario sensu* posibilita corroborar la corrección formal de la sentencia y verificar si todos los elementos de las pretensiones han sido estudiados y si las conclusiones devienen de un proceso argumentativo correcto y completo.

La pretensión procesal o *petitum* —como propuesta para que el juez dicte sentencia de condena— es un argumento donde juega un papel fundamental la invocación de la *causa petendi*, configurada por hechos, que debidamente probados, deben satisfacer el supuesto de hecho de una norma para que se decrete y actualice la consecuencia; requiere de un razonamiento que demuestre la subsunción de la *quaestio facti*⁵ en la *quaestio iuris*⁶ y que el solicitante sea titular de interés jurídico.

El proceso judicial es la «construcción o reconstrucción acumulativa»⁷ de escenarios —referentes y derivados de un conflicto previo que se da entre dos partes, cuando menos— que debe ser resuelto por un tercero imparcial. Es así que: *a)* la demanda o acusación, *b)* la contestación o defensa y *c)* la sentencia; son productos jurídicos que se van construyendo, concatenando y derivando, paulatinamente —el antecedente determina al consecuente—, con un método y en un contexto dialéctico, heurístico e innovador. Por tanto, en las decisiones no se descubre una respuesta o realidad que de antemano exista, sino que, a partir del resultado o producto de planteamientos esencialmente contradictorios, el juez construye o elabora una decisión, tal como lo dice Taruffo (2002: 99):

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la «preparación de las premisas» de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la «construcción del caso»,... en el sentido de pretender construir una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho.

Esta idea, directamente relacionada con la construcción de la *quaestio facti* opera en todo el contexto del juicio, incluyendo la *quaestio iuris* y de las pretensiones en ambos sentidos. La invocación del Derecho —sea por las partes o por el juez— es como resultado de ciertos hechos previos —reales o probables— susceptibles de satisfacer el supuesto de hecho y, por ende, de activar y hacer se disparen las consecuencias normativas.

La tutela judicial efectiva —vista como derecho y garantía fundamental—,

5 Premisa fáctica, hechos del caso o antecedentes.

6 Premisa normativa, marco normativo o fundamentos jurídicos.

7 Bajo un enfoque constructivista y cibernético de la reflexión, surge la noción o teoría de que no somos descubridores de un mundo, exterior a nosotros, sino inventores o constructores de la propia realidad, todos y cada uno de nosotros somos fundamentalmente responsables de nuestras propias invenciones.

exige, a su vez, la vigencia de otros principios, tales como los de: *a)* legalidad, *b)* debido proceso legal o audiencia, *c)* contradicción, *d)* congruencia, *e)* exhaustividad, *f)* motivación y *g)* tutela judicial efectiva.⁸

Por tanto, el proceso judicial donde se construye la litis, preferentemente por la instancia de las partes —principio dispositivo—, con el fin de resolver el conflicto, está gobernado y regido en su desarrollo por todas y cada una de estas prescripciones.

⁸ Ver en este sentido a: Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier (2000: 31 y ss) *lura novit curia*, Valladolid, Lex Nova, quien sostiene en parte estas consideraciones a las que se agregan pronunciamientos de la jurisprudencia mexicana.

3. PRETENSIÓN Y *LITIS*

Las pretensiones judiciales son argumentos que deben, en principio, satisfacer los requisitos mínimos o de validez de la lógica formal.¹ Son la expresión y el instrumento para hacer valer un interés en el juicio y obtener una decisión favorable. A estos planteamientos se deben sumar las oposiciones o refutaciones y, el conjunto, en un contexto dialéctico, es lo que conforma la *litis*, el conflicto y los problemas que el debate plantea y la sentencia debe atacar o resolver pronunciándose de manera motivada.

Algunos aspectos fundamentales de lógica formal, aplicable al quehacer judicial, se citan en seguida.

3.1. LÓGICA FORMAL, ASPECTOS GENERALES DE: INFERENCIAS Y SILOGISMOS

La Lógica es una ciencia formal,² parte de la Filosofía, cuyo campo de estudio es la inferencia, mediante el estudio de los métodos y principios utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto. Para Quine, “*La lógica es la tecnología de la deducción*” (Moreso 2006: 13).

En sus orígenes, la lógica tradicional se basaba, únicamente, en el silogismo como razonamiento fundado en el juicio categórico aristotélico. Hoy día la lógica utiliza como unidad básica la proposición y las reglas de inferencia en la argumentación discursiva.

La operación intelectual consta de tres etapas o formas elementales del pensamiento que son:

- **Concepto o Idea.** Es la simple aprehensión o conocimiento de modo inmaterial de la esencia de una cosa, la representación y conceptualización de la realidad, sea esta, tangible o intangible.

Es determinar algo en la mente después de examinadas las circunstancias, el pensamiento expresado con palabras, denominado término. Hay términos que, de manera certera, describen a los conceptos y permiten una comunicación diáfana de las ideas; sin embargo también hay otros donde rige la ambigüedad o vaguedad, propia de los lenguajes naturales.

Un ejemplo son los conceptos jurídicos indeterminados³ que apenas son indicadores generales y abstractizantes de la realidad, que adolecen de va-

¹ La validez lógico formal se da cuando se justifica la inferencia, partiendo que se tiene definido de antemano el conocimiento y calificación certera de validez o falsedad de enunciados o premisas fácticas y corrección de las normativas.

² Por ende, carente de contenido, pues simplemente estudia las formas válidas de inferencia.

³ Algunos ejemplos son: Interés público, apariencia de buen derecho, proporcionalidad de las contribuciones, abuso de poder sustancial en el mercado relevante, etcétera.

guedad o indeterminación y su calificación es difícil, lo que requiere acudir a circunstancias concretas para concluir si son o no subsumibles en el contenido del término, en la medida que implican propiedades tanto descriptivas o incluso valorativas.⁴

- ▶ **Juicio.**—Es la operación del entendimiento que compara y atribuye relaciones de correspondencia o repugnancia entre conceptos o ideas. Es una afirmación o negación entre un sujeto y un predicado que se expresa por medio de una proposición, la que puede ser verdadera o falsa. La afirmación consiste en unir dos o más conceptos, en tanto que la negación es la separación.
- ▶ **Razonamiento.**—Consiste en obtener nuevos juicios o proposiciones a partir de los ya conocidos. Es la operación intelectual que permite transitar de lo conocido a lo desconocido, lo que compromete dos operaciones mentales: abstraer y juzgar. Se compone, esencialmente, de juicios denominados: *antecedente* y *consiguiente*. La expresión se da mediante argumentos.

Argumentar significa dar razones o pruebas de lo que se afirma o predica y vienen a ser el contenido de las premisas.

El argumento dice Mans (1978: 193-196) es:

La manifestación con razones de la verdad o la falsedad de una proposición.

En efecto, la argumentación es un proceso dinámico que presupone un diálogo donde los oponentes, mediante razonamientos que intercambian, buscan ya sea **probar** la realidad o existencia de hechos o bien, **demostrar** la verdad de una tesis.

En este sentido Moreso (2006: 15) dice:

Argumentar es inferir o derivar, a partir de un conjunto de enunciados llamados premisas, otro enunciado denominado conclusión.

La lógica formal permite conseguir un primer control de la corrección o validez de los argumentos que se expresan en los juicios⁵ y opera en el contexto estructural, a través de acatar, en la medida de lo posible, las reglas de la inferencia, lo que se conoce como justificación interna.

Sin embargo, conviene matizar que la corrección o validez plena del argumento, requiere de un segundo control en cuanto al contenido, pertinencia y suficiencia de las premisas, que incide sobre la materia o sustancia y es la

⁴ La Primera Sala de la SCJN en la tesis XXXIII/2009 establece que el artículo 211, fracción I, de la Ley de Amparo, cuando prevé como conducta típica la omisión por el quejoso de los “hechos que le consten” no implica una expresión ambigua o imprecisa ni genera confusión, en tanto se trata de antecedentes del propio juicio, algo que sucedió y que se relaciona con lo solicitado, auto delimitando los hechos a lo que vivió y le consta al promovente.

⁵ Tanto por las partes como por el juez. Esta validez lógica es independiente de la verdad o falsedad de las premisas. Importa solo la sintaxis de las expresiones lingüísticas, prescindiendo de la semántica y significado de las expresiones.

justificación externa de los enunciados; algo que supera y está fuera del alcance de la lógica formal o deductiva.

La lógica formal recopila, generaliza, abstrae y reconstruye en fórmulas, las relaciones aceptables entre proposiciones, lo que permite verificar, sólo en ese aspecto, la corrección⁶ de los razonamientos. Es sólo una herramienta intelectual y no la fuente de la verdad.

El énfasis se pone en la forma, estructura o esquema formal del argumento y en la noción de inferencia, sin que importe analizar los criterios de verdad o corrección de las premisas. Es así que un esquema deductivo —claro si es que las premisas son verdaderas o válidas como resultado que previamente debe haberse alcanzado—, asegura que la conclusión también lo sea. La corrección —formal— viene dada por usar las reglas de inferencia, dentro de las que destacan el *modus ponens*⁷ y la analogía. Para Strawson, la lógica es el estudio de las premisas desde una perspectiva general,⁸ formal⁹ y sistemática.¹⁰

Es así que en lógica clásica, las inferencias válidas exigen que la conclusión sea consecuencia necesaria de las premisas, pues de otra suerte se incurre en cometer falacias lógicas.

3.1.1. Enunciados y proposiciones

Una oración o enunciado, es un conjunto de símbolos lingüísticos con sentido completo, deben ser capaces de expresar cabalmente una idea.¹¹ Merecen distinción las oraciones asertivas que afirman o niegan algo y, por tanto, susceptibles de verdad o falsedad.¹²

Los enunciados se construyen a partir de un lenguaje natural que puede ser impreciso en el aspecto semántico y connotativo. Es así que la vaguedad,¹³ ambigüedad y uso del lenguaje¹⁴ son causa y razón de esas imprecisiones.

⁶ Es limitado el alcance del control, que se reduce sólo al aspecto formal, ajeno al contenido de las premisas y poco útil en razonamientos no monótonos o dialécticos, propios de la argumentación pragmática. Echave (2002: 20 y 23).

⁷ En las proposiciones condicionales cuya fórmula es: $p \rightarrow q$, quien comete una falta debe ser sancionado, por tanto, si se afirma que se da p , es indiscutible que se da q .

⁸ Inferencias que puedan ser usadas en todos los casos.

⁹ Significa abstracto, separando o no tomando en cuenta aspectos de la realidad que sean individuales o particulares de los ejemplares y sólo se consideran los pertenecientes a la clase o género.

¹⁰ Atienza (2006: 89-90).

¹¹ Mañana luna no sabemos, carece de sentido; en cambio, La luna gira alrededor de la tierra, es una expresión bien formada y con sentido completo.

¹² Hay oraciones que no afirman nada como las preguntas, exclamaciones u órdenes. Moreso (2006: 17) y Echave (2002: 35).

¹³ En el lenguaje jurídico, especialmente en los principios, es usual el empleo de términos genéricos potencialmente vagos, de conceptos jurídicos indeterminados o textura abierta del lenguaje que conducen a zonas de penumbra e indeterminación semántica (relación entre símbolos y significado).

¹⁴ Puede ser: Asertivo o descriptivo, prescriptivo, emotivo, operativo o realizativo; Moreso (2006: 31 y ss)

Las proposiciones son el significado de oraciones asertivas, también conocidas como enunciados declarativos o descriptivos de una realidad fáctica. Ese significado es la expresión de un juicio o relación entre dos términos, sujeto y predicado que afirma o niega este de aquel, o incluye o excluye el primero respecto del segundo. Los signos lingüísticos, *per se*, pueden ser irrelevantes y poco significativos, al grado que diversas oraciones pueden tener una sola proposición.¹⁵

Las proposiciones —en un sistema bivalente— tienen como valores de verdad solo dos: verdadero o falso.

Los argumentos son razonamientos, entendidos como diversas proposiciones que se combinan en variadas relaciones, para lo cual la lógica proposicional se vale de fórmulas *ad hoc*. El vocabulario básico se compone de:

- ▶ Variables proposicionales o proposiciones que se representan con letras minúsculas, tales como: p , q , r , s , p' , p'' , etc.¹⁶ Estas variables pueden ser verdaderas V o falsas F.
- ▶ Conectivas que determinan vínculos o relaciones entre las proposiciones; las principales se expresan mediante los siguientes símbolos:
 - ▶ \neg o $\bar{}$ son los signos de negación, ($\neg p$ no hay fresas).
 - ▶ \cdot o \wedge simbolizan conjunción “y”, ($r \cdot s$, nubes y truenos).
 - ▶ \vee es el símbolo de la disyunción “o”, ($p \vee q$, hay risas o lágrimas).
 - ▶ \rightarrow representa al condicional “si...entonces...”, ($p \rightarrow q$, si hay cosecha entonces tendremos naranjas).¹⁷
- ▶ Paréntesis se usan para agrupar y equivalen a los signos de puntuación.

Con estos recursos es factible construir fórmulas proposicionales que son la expresión simbólica compuesta por variables, conectivas y símbolos auxiliares.¹⁸ Un ejemplo es el siguiente: $(p \wedge q) \rightarrow [r \vee (q \Leftrightarrow s)]$.¹⁹

Otro es: $\neg LR \wedge P$ lo que equivale a $LR \wedge \neg P$ ²⁰

- ▶ Otras notaciones convencionales. En una fórmula puede requerirse usar ciertos conceptos específicos, por ejemplo, NP puede ser usado para designar como procedente una pretensión, a partir de pruebas

¹⁵ Alfonso quiere a Carmen y Carmen es querida por Alfonso, son dos oraciones con una sola proposición. Lo mismo ocurre entre: Llueve y It is raining, el significado proposicional es uno sólo. Moreso (2006: 16) y Echave (2002: 35-37).

¹⁶ Es así que p puede significar “tormentoso” y r implicar “hace un lindo día” por poner unos ejemplos.

¹⁷ Este listado es apenas ejemplificativo e indiciario, \Rightarrow se utiliza como condicional cuando el antecedente es sólo suficiente pero no necesario, \Leftrightarrow significa bicondicional entre dos proposiciones, etcétera.

¹⁸ Echave (2002: 43).

¹⁹ A cada proposición se le puede asignar un contenido o valor.

²⁰ La lectura es: no debe existir LR (ley retroactiva) que irroge un P (perjuicio), aunque si puede existir LR cuando no cause P. Esa es la interpretación jurisprudencial del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución.

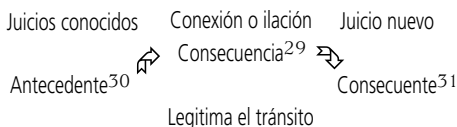
Pr, que acrediten hechos H, relativos a una norma N, conforme a un argumento A. NP [(Pr⇒H)∧A∧N].²¹

La lógica deductiva es improductiva en tanto no supone ni produce nuevo conocimiento, a lo más lo organiza y estructura; además que la conclusión no puede ir más allá de las premisas. Esta rigidez contrasta con el concepto de argumentar, especialmente en un ambiente dialógico, entendido como manera de crear nuevo conocimiento o soluciones antes desconocidas. Finalmente cabe considerar que existe una concepción sintáctica²² y otra semántica²³ de la lógica.²⁴

3.1.2. Inferencia

Inferir significa sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa, obtener de los antecedentes un consecuente.²⁵

Es la operación intelectual mediante la cual, de unos juicios dados —que nos resultan conocidos—²⁶ los correlacionamos²⁷ y es así que inferimos otro juicio que no contemplábamos. La ilación o conexión constituye la forma lógica del discurso.²⁸



²¹ La lectura es: Pretensión procedente requiere de pruebas suficientes para acreditar hechos que se enlacen mediante un argumento con una norma.

²² Las palabras se unen para formar enunciados, se basa en el papel estructural que cada palabra juega en la oración y que sintagmas son parte de otros sintagmas, se evalúan las relaciones y conexiones.

²³ Es el significado de las palabras y de cómo tales significados se unen para dar significado a una oración. Es el significado independiente del contexto, es decir, se evalúa la oración aislada. Lo importante es la validez o corrección de los contenidos de las premisas o enunciados.

²⁴ Atienza (2006: 123-124).

²⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. En cambio, las reglas de inferencia materiales son la transición que va de creer en las premisas a la aceptación de la conclusión putativa; no son simples enunciados sino razones y hechos; desvelar la naturaleza de las razones, su peso relativo ante situaciones de conflicto. Coinciden con las ideas de garantías o respaldo de Toulmin. (Atienza 2006: 187-188).

²⁶ Se les denomina antecedentes o premisas que conjugan aspectos abstractos (Vg. reglas o máximas de experiencia) y otros concretos (Vg. circunstancias, datos o información de casos específicos).

²⁷ Mediante un método ya sea inductivo o deductivo, lo que viene a ser una comparación.

²⁸ Puede ser deductivo, inductivo, analógico, etcétera.

²⁹ Correlacionamos ambos antecedentes o juicios mediante un razonamiento inductivo o deductivo.

³⁰ Supongamos que calentamos agua a 100° C. (hechos concretos) Aunado a que existe una ley de física que establece el punto de ebullición del agua a los 100° C. (regla o juicio general y abstracto).

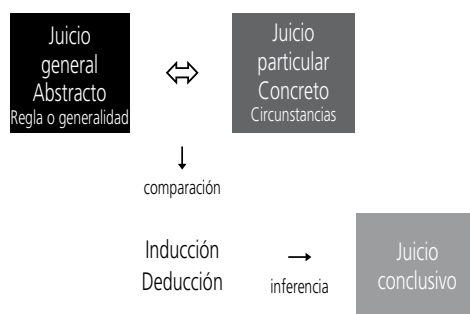
³¹ Vapor de agua.

La solución o respuesta a los problemas jurídicos cotidianos no se alcanza, en todos los casos, mediante lógica formal y especialmente con y por medio de razonamientos deductivos, pues lo estricto y certero de sus reglas, especialmente las sintácticas, son estándares que no siempre se pueden observar y obtener; por lo cuál, no alcanza para resolver todos los problemas, especialmente los difíciles o aquellos en que se carece de información suficiente; sin embargo, no por ello podemos ni debemos dejar de inferir.

Por tanto, es menester contemplar e idear esquemas de inferencia³² más amplios y flexibles, tal como los que se deducen de razonamientos inductivos o por defecto, lo que encaja en las ideas de Toulmin. El giro obedece a que no siempre se dispone o se parte de premisas o enunciados verdaderos, absolutos, completos o universales, por tanto bastará que los antecedentes o premisas tengan la calidad de aceptables, verosímiles o probables, aunque de manera preliminar, para justificar la conclusión.

El referente es que basta una corrección aceptable y probable, incluso basada en máximas de experiencia o posibilidades y no necesariamente en reglas absolutas y universales o información completa y verdadera. Es así que, actualmente, son perfectamente aceptables y justificadas, con las reservas pertinentes, variados tipos de inferencia: deductiva, probable, derrotable, epistémica, etc. Los valores de las conclusiones no deben ser, necesariamente, de verdad como sucede en la lógica alética, sino calificables como probables, aproximados o preliminares pero bastantes para justificar, sobre todo si no existe disputa, cuestionamiento o problematización a las conclusiones alcanzables y parten de premisas y razonamientos con niveles de corrección aceptables.³³

Estas ideas quedan, en lo general, también expresadas en el siguiente esquema:



³² Entendida en un concepto amplio, tal que permite sacar o deducir consecuencias de algo diferente.

³³ La lógica por defecto puede expresar hechos como "de forma predeterminada, algo es cierto", por el contrario, la lógica estándar sólo puede expresar que algo es cierto o que algo es falso. Esto es un problema porque el razonamiento con frecuencia implica que los hechos son ciertos en la mayoría de los casos, pero no siempre. http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica_por_defecto.

Inferir o argumentar en lógica, consiste en pasar de unos enunciados a otros, dándose una relación de inferencia cuando unos —consecuente— son resultado o consecuencia de otros —antecedente—. Para Alchourrón deben darse tres propiedades: Reflexividad,³⁴ monotonía³⁵ y principio de corte o idempotencia.³⁶

Para la lógica formal los argumentos correctos —desde la perspectiva de la inferencia— son válidos. Esto depende, a su vez, que se den tres factores:

- ▶ Corrección formal del argumento;
- ▶ Verdad de las premisas; y,
- ▶ Verdad de la conclusión.

Cabe precisar que la solidez del razonamiento no depende tan solo de la lógica sino de cómo es el mundo —fáctico y normativo— y que tal contenido informe a las premisas. Por tanto, debe distinguirse que la validez lógica es independiente del valor verdad.³⁷

Los enunciados jurídicos deben ser una explicación conceptual de textos y principios jurídicos, donde quede de manifiesto el significado, de una manera tan clara y versátil, que permita aplicarlo a un caso concreto. Implica interpretar la esencia para atribuir y expresar el sentido y contenido de textos legales y disposiciones que configuran a la norma, si se quiere traduciéndolo con palabras diversas, pero que deben ser sinónimas, concibiendo, ordenando y expresando, de modo particular, la esencia normativa. En el caso de una sentencia, configuran la *quaestio iuris* que será aplicada a la *quaestio facti*.

Es así que, de realizarse los hechos que satisfagan el supuesto o hipótesis de una norma, en términos del razonamiento respectivo, se afirme que las consecuencias que la norma implica deben ser atribuidas a las circunstancias del caso.

3.1.2.1. Deducción

El razonamiento deductivo parte de categorías generales para hacer afirmaciones sobre casos particulares.

En un razonamiento deductivo válido la conclusión debe poder derivarse necesariamente de las premisas aplicando a éstas algunas de las reglas de inferencia según la metodología de transformación de un sistema deductivo o cálculo lógico. Al ser estas reglas la aplicación de una ley lógica o tautología y, por tanto una verdad necesaria y universal, su aplicación a las premisas como

³⁴ Lo que está en las premisas, está o puede llegar a estar en la conclusión sin que esta pueda ser ajena a los antecedentes.

³⁵ Si un enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas que resulten suficientes, lo seguirá siendo aunque se añadan nuevas premisas o información.

³⁶ Las consecuencias de las consecuencias de un conjunto de enunciados, son consecuencia del conjunto de partida, por tanto hay transitividad, no puede haber algo en la conclusión que faltare en las premisas. Atienza (2006: 122-123).

³⁷ Moreso (2006: 18-21).

caso concreto permite considerar la inferencia de la conclusión como un caso de razonamiento deductivo.

Dicho de otro modo, la conjunción o producto de todas las premisas cuando es verdadero, es decir, todas y cada una de las premisas son verdaderas, entonces se implica la verdad de la conclusión.

Por medio de un razonamiento de estas características se concede la máxima solidez a la conclusión, las premisas implican lógicamente la conclusión. Y la conclusión es una consecuencia lógica de las premisas.³⁸

La forma de los argumentos deductivos puede ser:

- ▶ *Modus ponendo ponens* afirmando la existencia del antecedente o condición,³⁹ se afirma el consiguiente o condicionado. Es la forma deductiva más simple y su expresión es:

Si P entonces Q.

P (existe).

Entonces, Q.

- ▶ *Modus tollendo tollens* negando la existencia del consiguiente se niega el antecedente o condición; también llamado razonamiento indirecto, es el nombre formal para la prueba indirecta o inferencia contrapositiva.

La tautología *modus tollens* toma las siguientes formas de ley lógica:

Si P, entonces Q.

Q es falso.

Entonces P es falso.⁴⁰

3.1.2.2. Inducción

El razonamiento inductivo es una modalidad del razonamiento no deductivo que consiste en obtener conclusiones generales a partir de premisas que contienen datos particulares.

Dentro del razonamiento inductivo se distinguen dos tipos:

- ▶ **Completo:** se acerca a un razonamiento deductivo porque la conclusión no aporta más información que la ya dada por las premisas. En él se estudian todos los individuos abarcados por la extensión del concepto tratado y se establece una conclusión para todos los objetos o eventos de dicha naturaleza.
- ▶ **Incompleto:** la conclusión va más allá de los datos que dan las premisas. La mejor aplicación consiste en recabar un buen número de casos particulares o indicios y asociarlos a máximas de experiencia

³⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Razonamiento_deductivo

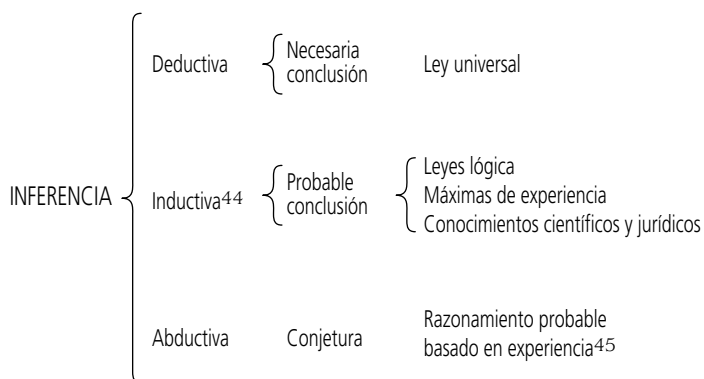
³⁹ Poniéndolo o agregándolo como hipótesis.

⁴⁰ Un ejemplo es el conocido argumento de Holmes: Si el perro no hubiera conocido bien al visitante, entonces hubiera ladrado. El perro no ladró. Por lo tanto, el perro conocía bien al visitante.

para inferir, sólo como una probabilidad, la existencia de hechos o circunstancias antes desconocidas; es el fundamento de la prueba indiciaria o circunstancial.⁴¹

En conclusión, cuando disponemos de una ley o regla universal y de un enunciado certero sobre los hechos (asertivo), es factible obtener conclusiones categóricas mediante un razonamiento deductivo con estructura silogística. De no ser así, y solo disponer de métodos para razonar,⁴² reglas basadas en experiencias pero no absolutas, posibilidad de que ciertos hechos existan, el razonamiento será en un grado de probabilidad con base en una estructura de tipo inductivo.

También hay métodos abductivos o basados en la experiencia, sucede cuando una persona experta solo con ciertos resultados, plantea como hipótesis de trabajo asumir la probabilidad de una regla para luego comprobar si existen las peculiaridades de un determinado caso.⁴³



3.1.3. Silogismo

Silogismo es el argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos. También se le conoce como esquema formal, instrumento técnico o paradigma del razonamiento deductivo. Otras expresiones del concepto son:

⁴¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Razonamiento_inductivo

⁴² Puede ser la analogía o la coherencia.

⁴³ El ejemplo típico de Sherlock Holmes donde su experiencia aplicada en un homicidio, donde hay tres presuntos responsables, uno de ellos es el mayordomo, afirma esa posibilidad ya que al momento en que se cometió el crimen de la condesa estaba el perro presente y no ladró, si el homicida fuera una persona extraña a la casa como el forastero o el carnicero del pueblo, su experiencia le indica que el perro hubiera ladrado y no hay evidencia de ello.

⁴⁴ La referencia es a la inducción incompleta.

⁴⁵ De Asis (1995: 135 y ss).

Forma técnica del raciocinio en virtud del cual inferimos un juicio o proposición de otro juicio o proposición, mediante un tercer juicio o proposición.⁴⁶

El silogismo es una enunciación, en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente, sólo por el hecho de haber sido aquellas sentadas. Silogismo completo aquel en que no hay necesidad de ningún otro dato.⁴⁷

El conocimiento de que determinada proposición es necesaria (la conclusión) por la concordancia de su condición (la premisa menor) con una regla general dada (la premisa mayor).⁴⁸

El silogismo es una especie de argumento con valor y finalidad expositiva, demostrativa y de justificación, pero carece de valor o mérito inventivo —no es heurístico— peculiaridad propia de los razonamientos inductivos.⁴⁹

En lo concerniente a la validez o regularidad del silogismo debe distinguirse el concepto formal y el material:



Sobre el tema Copi (2004: 249) dice:

La forma de un silogismo es, desde el punto de vista de la lógica, su aspecto más importante. La validez o invalidez de un silogismo (cuyas proposiciones constituyentes son contingentes) dependen exclusivamente de su forma y es por completo independiente de su contenido específico o del tema del cual trata. Así, cualquier silogismo de la forma AAA-1:

Todo M es P.

Todo S es M.

∴ Todo S es P.

es un argumento válido, no importa cuál sea el asunto del que trate.

Las proposiciones son elementos pero también la conclusión de los silogismos y es la naturaleza de la premisa general o mayor la que determina que las deducciones pueden ser:

⁴⁶ Mans (1978: 81).

⁴⁷ Aristóteles (2004: 94).

⁴⁸ Según Kant, citado por Mans (1978: 81 y 82).

⁴⁹ Mans (1978: 81 y ss).

⁵⁰ Su valor dependerá que las proposiciones sean verdaderas (empírico) válidas o correctas (prescriptivo).

⁵¹ Su valor depende cumpla las reglas de lógica formal para inferencias. Platas Pacheco (2004: 98).

- Categóricas;
- Hipotéticas o condicionales; o,
- Disyuntivas.

Un esquema de los modos de silogismo atendiendo a la naturaleza de sus proposiciones, la modalidad de la conclusión, el principio lógico que rige la inferencia y el sentido del predicado aparece en el cuadro siguiente:

Silogismos y proposiciones	Conclusión	Principios primeros que se aplican ⁵²	Predicado	
Categóricos	(incondicional)	Identidad Contradicción	Afirma Niega	Manera absoluta
Hipotéticos	(condicionada)	Razón suficiente	Afirma Niega	Bajo condición
Disyuntivos	(alternativa)	Tercio excluso	Afirma	Uno de varios

Contradictorio	Verdaderamente se excluyan mutuamente. Agoten contenido de sujeto
Contrario	
Divisivo	
Conjuntivo	

Los procesos judiciales, usualmente, comienzan por planteamientos basados en enunciados disyuntivos en razón de las pretensiones opuestas —contrarias o contradictorias— de las partes, lo que permanece y subsiste durante toda la instrucción. A \vee E —acción o excepción será fundada—.

Al momento de aproximarse a la decisión el juez elabora enunciados hipotéticos —en razón de las hipótesis o alternativas de solución, Vg., si se dan los elementos del tipo entonces se aplica la sanción—, $P \rightarrow Q$, y

Finalmente concluye con un enunciado categórico, concretando la razón a

⁵² Contradicción, una cosa no puede ser idéntica a su contrario, no coexistir. Razón suficiente, todo lo que es tiene una razón de ser y suficiente. Tercero excluido, algo no puede ser intermedio entre dos contradictorios. Establece que dos juicios contradictorios (pretensión fundada e infundada) no pueden ser simultáneamente falsos, por lo tanto, al demostrarse la falsedad de un juicio queda establecida formalmente la verdad del otro. No existe una tercera posición, no existe término medio. Igualmente se aplica a dos propiedades contradictorias como a dos conceptos opuestos.

cierta parte o pretensiones —totales o parciales, por ejemplo la acción es fundada—, $A \wedge F$.

El silogismo dialéctico tiene la peculiaridad de que las premisas son probables al igual que la conclusión.⁵³

En el silogismo judicial —tanto en la pretensión de las partes como el juez al decidir— debe darse una justificación jurídica en dos aspectos:

- ▶ Justificación interna, tiene que ver con la validez lógica de la inferencia que lleva de las premisas a la conclusión o argumento. La corrección y control de calidad depende de que la conclusión C derive lógicamente de las premisas P, requiere una relación de implicación, esto significa que los elementos o términos de C aparezcan consignados y previstos en P, no puede haber algo nuevo o no previsto en los antecedentes.
- ▶ Justificación externa, consiste en controlar la solidez del contenido de las premisas, la fáctica debe ser o pretender la verdad, en tanto que la jurídica debe expresar el contenido y sentido de la norma o institución aplicable prevista en el sistema jurídico vigente.⁵⁴

Lo peculiar es que la *quaestio facti* sea concreta y descriptiva de las circunstancias de un caso particular, en tanto la *quaestio iuris* sea abstracta, de carácter normativo o prescriptivo y con pretensiones de universalidad o cuando menos de ser plausible.

Es a partir de estos elementos que formalmente se construye el argumento básico cuyos elementos son: **Datos**, asociados a una **Regla ad hoc**⁵⁵ que legitima el paso o induce a la **Decisión** o Conclusión.

Sin embargo, casi nunca existirá la certidumbre de una calificativa de absoluta respecto a la verdad de los hechos, sino que, en el mejor de los casos, serán probables, no obstante lo cuál, se tendrán por ciertos en el ámbito procesal y para efectos del juicio. De igual modo sucede con los enunciados normativos que al ser pronunciados por determinados sujetos, con autoridad, se tendrán como válidos.

Lo antes dicho, implica que tales calificaciones son relativas y pertinentes sólo al caso en que se pronuncian y en razón de la verdad procesal dilucidada.

3.1.3.1. Silogismo categórico

En este modo silogístico el predicado o conclusión es afirmado o negado respecto del sujeto de manera absoluta o incondicional y su fundamento es el principio de identidad y no contradicción. Según se atienda a la extensión o comprensión puede ser enunciado de las siguientes maneras:

- ▶ Lo que se afirma universalmente de algún sujeto, no puede dejar de

⁵³ Ribeiro (2003: 140)

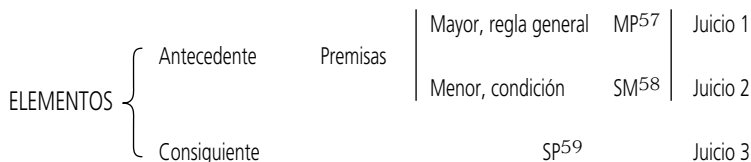
⁵⁴ Moreso (2006: 122-124)

⁵⁵ Referida y pertinente a los datos o circunstancias que se poseen

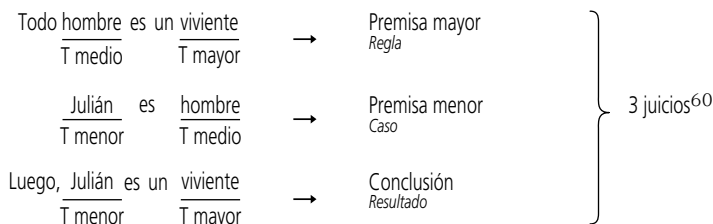
afirmarse de los individuos que pertenezcan a la clase que comprenda al sujeto.

- Lo que se niega universalmente de algún sujeto, no puede dejar de negarse de los individuos que bajo aquel contexto de sujeto se contienen.⁵⁶

La composición o estructura formal del silogismo categórico consta de 2 elementos y 3 enunciados o juicios:



El ejemplo de cómo se disponen o presentan en un caso real es el siguiente:



Este modo es el que se adapta y utiliza para demostrar la justificación de los argumentos de las partes o de las sentencias, donde la *quaestio iuris* es la premisa mayor o regla general, la *quaestio facti* es la premisa menor o los hechos del caso y la pretensión o decisión es la conclusión. La peculiaridad es que en el silogismo categórico el valor material de las premisas debe ser verdadero y en el judicial apenas tienen los enunciados, por regla general, el valor de una probabilidad aunque fictamente se les considera como verdaderos.

3.1.3.2. Silogismo hipotético o condicional

La primera premisa mayor siempre es una proposición hipotética o condicional cuyo fundamento es el principio de razón suficiente —en lo que coincide con la estructura de las reglas jurídicas—. La siguiente usualmente es categó-

⁵⁶ Mans (1978: 88 y 89).

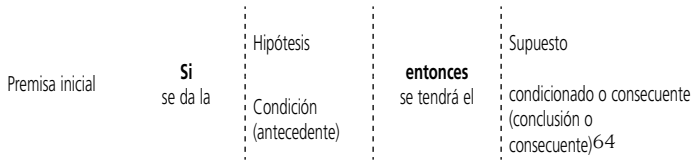
⁵⁷ Sus elementos o componentes son en término medio (M) y uno mayor (P).

⁵⁸ Sus elementos o componentes son en término menor (S) y el medio (M).

⁵⁹ Es la relación e imputación del término mayor al menor Mans (1978: 81-82).

⁶⁰ Platas (2004: 98).

rica⁶¹ y consiste en la afirmación o la negación, sea del antecedente⁶² o del consecuente.⁶³ Por tanto, la conclusión girará en torno a esa temática —antecedente-consecuente—. La estructura de la primera premisa es:



Si la premisa menor afirma al antecedente o pone la condición, entonces debe afirmarse o ponerse el consecuente en la conclusión. Es el modo *ponendo ponens*.

Si hay perfume (antecedente), **entonces huele bien** (consecuente) Premisa mayor

Es el caso que **hay perfume** Premisa menor

Por lo tanto, **huele bien** Conclusión

Si la premisa menor niega, quita o rechaza el consecuente, entonces debe negarse la condición o el antecedente. Es el modo *tollendo tollens*.

Si **hubo cosecha** (antecedente), entonces **hay frutos** (consecuente) Premisa menor

Es el caso que no hay frutos Premisa mayor

Por lo tanto, no hubo cosecha Conclusión

Resumiendo el caso del silogismo mixto y dependiendo del sentido de la segunda premisa o menor —siempre de carácter categórico— que puede ser afirmativa o negativa, de la condición o antecedente, se tendrá alguno de los siguientes modos:

Premisa mayor	$p \rightarrow q$	p implica q	
	<i>modus ponens</i>		
Premisa menor	afirmo $p \rightarrow$	entonces q	Conclusión
	<i>modus tollens</i>		
Premisa menor	niego $q \rightarrow$	entonces no p	Conclusión

⁶¹ Que es el caso del silogismo hipotético mixto, aunque también en casos menos recurrentes puede ser hipotética y es el caso del silogismo hipotético puro. Copi (2004: 305).

⁶² Es el modo *ponendo ponens*.

⁶³ Es el modo *tollendo tollens*.

⁶⁴ Si hay una razón suficiente entonces se afirma el consecuente; *posita ratione sufficienti, ponitur ratiatum*. Mans (1978: 110).

Las soluciones judiciales son algo mucho más complejo que los problemas triviales que admiten y les bastan razonamientos de lógica formal, sobre todo, deductiva.

En efecto los silogismos son argumentos limitados y aparentes ya que no permiten construir respuestas novedosas o descubrir lo que es desconocido, sólo describen una realidad preexistente, lo que ya existe pero no son susceptibles de crear. Es así que no son capaces de dar cuenta ni explicar como es que los jueces razonan y deciden, sólo exponen la justificación formal⁶⁵ de las decisiones. Parten de que todo ya está dado como si fuera sólo un descubrimiento, cuando que los enunciados judiciales normalmente se construyen a partir de la litis que surge de un contradictorio que es de naturaleza dialéctica y heurística, formulando innovaciones de las partes para ciertos fines decisorios.

En suma, el silogismo es una calificación o demostración de justificación no un proceso de razonamiento ni de búsqueda de soluciones innovadoras. Por tanto el razonamiento judicial, sólo en apariencia, es deductivo pero implica mucho más.

El silogismo judicial⁶⁶ debe contener una:

- i) premisa normativa general, en forma de enunciado hipotético,⁶⁷
- ii) premisa fáctica que afirma o niega un determinado hecho⁶⁸ y,
- iii) conclusión que es un enunciado normativo singular.⁶⁹

La subsunción en los juicios es el resultado, esencialmente, de un silogismo hipotético o condicional mixto donde se afirma o niega —en la *quaestio facti* o premisa fáctica— el antecedente que son los elementos del supuesto de hecho previsto en la norma —*quaestio iuris*— y, por ende, se justifica atribuir la consecuencia normativa. Este ejercicio inferencial, llamado subsunción en los casos judiciales —aparentemente trivial—, es un fenómeno complejo por la serie de antecedentes y presupuestos que deben satisfacerse al momento de crear o construir las premisas. Al respecto Taruffo dice que:

La actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico, que no está bien fundado pero sigue inspirando el «sentido común» de los juristas. Esa actividad escapa también a los análisis que se concentran sobre la lógica de las normas y del razonamiento sobre normas, que olvidan tomar en cuenta que habitualmente las normas se aplican a hechos que es necesario identificar y definir para saber si se aplica, y cuando se aplica, una norma.⁷⁰

⁶⁵ Por supuesto que la corrección material de las premisas tampoco es controlable mediante una estructura silogística.

⁶⁶ Que usual y preferentemente adopta la forma de un *modus ponens*.

⁶⁷ Si roba, entonces se aplica sanción S.

⁶⁸ X ha robado ...

⁶⁹ Se debe aplicar a X la sanción S.

⁷⁰ Taruffo Michele (2002: 99).

En relación con la aparición de los elementos de la *causa petendi*⁷¹ puede considerarse: ¿Qué es primero, la norma o los hechos? parece una paradoja semejante a la que plantea, que fue primero: el huevo o la gallina. Creo, en el caso, es más simple: Los hechos,⁷² son la condición, *prima facie*, que lleva a buscar o construir normas,⁷³ para lo cual, usualmente en un proceso recursivo y circular —círculo hermenéutico— debe volverse sobre los hechos apreciados o analizados de manera más completa e intensa y luego otra vez al Derecho, así y tantas veces como sea necesario hasta, en tanto, se considere tener construida una hipótesis apta para desarrollar una argumentación, suficientemente sólida y plausible, tal que permita o pronostique obtener una sentencia favorable o la cabal justificación de la decisión, en su caso.⁷⁴

La crisis de la subsunción en el ámbito judicial radica en las distintas posibilidades conforme a las cuales pueden ser construidas las premisas. En efecto, la aproximación a los hechos siempre es sólo probable y las normas a partir de las cuales se construye la norma individualizada son interpretables lo que implica subjetividad (De Asis 2004: 79).

Comenta Taruffo (2002: 100) sobre el tema que:

El análisis de la llamada «subsunción» del hecho en la norma se remonta principalmente a Engisch desde una perspectiva que pretende captar la interrelación dinámica entre hecho y norma que se implementa en la «formación de la decisión».

Es suya la famosa metáfora «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt»⁷⁵ que abre el camino al estudio de la relación entre hecho y norma en el ámbito del procedimiento decisorio, como relación de progresivo acercamiento entre la definición del hecho y la interpretación «concretizadora» de la norma, en particular por lo que se refiere a la definición del supuesto de hecho.)

En la praxis la decisión se va construyendo a partir de sucesivas y recurrentes aproximaciones y concreciones de los hechos y las reglas, proceso que implica ir depurando y afinando los conceptos hasta que es posible llegar de lo genérico a lo específico en una sinergia que asume la forma de bucles.

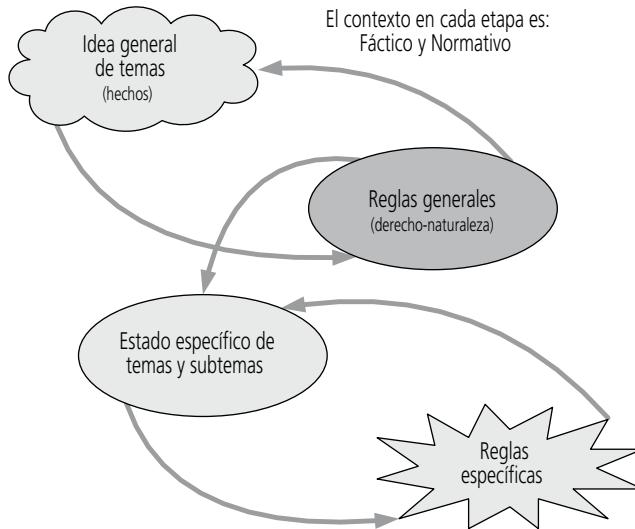
⁷¹ Dicho de manera muy simple y sintética es la invocación de los hechos, la norma y las razones para la subsunción o inferencia y así justificar, válidamente una pretensión que se deduce en sede judicial.

⁷² Más concretamente el conflicto que se deduce o está implícito en la situación fáctica.

⁷³ De abstractas o generales a concretas o individuales, idóneas para el caso, ideas de Kelsen.

⁷⁴ El argumento judicial, como género, se subdivide en formas específicas cuando es desarrollado y usado por cualquiera de los operadores jurídicos dentro del proceso. Por tanto, la decisión es una sombra de la pretensión y excepciones.

⁷⁵ Es la teoría del “ir y venir, de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico”.



3.1.4. Falacias lógicas

La connotación genérica de falacia es: Engaño, fraude o mentira con que se intenta dañar a alguien.⁷⁶

Sin embargo el concepto de falacia lógica es distinto, su esencial connotación en palabras de Aristóteles es: «Un argumento que parece bueno sin serlo».⁷⁷

Atienza (2006: 278) dice que las falacias son un género común que descansa, metafóricamente hablando, en la noción de culpabilidad, tal como si se tratara de un ilícito argumentativo⁷⁸ donde cabe distinguir la reprochabilidad, ya sea a título de culpa, caso de los paralogismos;⁷⁹ o de dolo, caso de los sofismas.⁸⁰

Algunas peculiaridades o notas características de las falacias son:

- ▶ Apariencia⁸¹ de ser un buen argumento.
- ▶ Las verdades deformadas, fantasiosas o a medias son seductoras y cautivantes, de ahí que se usen frecuentemente por su eficacia. Una

⁷⁶ Definición según el Diccionario de la Real Academia Española.

⁷⁷ Atienza (2006: 107)

⁷⁸ Son estrategias argumentativas engañosas. Haciendo una analogía con la construcción del ilícito jurídico, permite advertir que se trata de una distinción gradual.

⁷⁹ Errores argumentativos cometidos de buena fe.

⁸⁰ Uso de malos argumentos a sabiendas.

⁸¹ Un gran parecido con los buenos argumentos es lo que genera una gran vaguedad e indeterminación y grados o actitudes tendentes a la confusión o engaño.

supuesta verdad o el error oculto, fácilmente convencen a quién esté desprevenido.

- ▶ Infringe criterios de corrección, validez o razonabilidad y, por tanto, es un mal argumento aunque lo peculiar es que convenza ya que es psicológicamente persuasivo, de ahí su eficacia, pragmática y real.
- ▶ Engaño al destinatario o inducción al error, efecto que puede ser intencional o no.
- ▶ El resultado o conclusión es independiente de la verdad de las premisas.
- ▶ Las falacias lógicas son utilizadas comúnmente para justificar argumentos o posturas que no son justificables utilizando la razón. Suelen enmascarar engaños, falsedades, o estafas.
- ▶ La noción es eminentemente contextual y su análisis exige un tratamiento conjunto, que tenga en cuenta todas las dimensiones de la argumentación, incluyendo el contexto de uso.⁸²

Olvera y Cota (2006: 30) en una afortunada expresión dicen que:

Una falacia es un razonamiento incorrecto o inválido, pero psicológicamente persuasivo, cuyo fin es provocar actitudes de aceptación en lugar de brindar razones, ya que tiene apariencia de razonamiento correcto pero en realidad es erróneo o engañoso (falaz).

La cantidad de falacias es considerable⁸³ y parece ser que es el ingenio humano que se encarga de crearlas de acuerdo a conveniencias estratégicas y habilidades para conseguir muy diversos fines, esencialmente convencer o ganar debates para imponer un punto de vista, intereses o ideologías, al grado que Shopenhauer en su obra “Dialéctica Erística”, explica el arte para obtener «siempre» la razón.

Para percatarse o entender una falacia —que dicho sea de paso, son tan comunes y tentadoras— se debe advertir y comprender cual es la regla o las reglas⁸⁴ que violan; siendo las menos evidentes, disimuladas o imperceptibles las relativas a la construcción material o retórica de las premisas. Algunos ejemplos que Weston propone (2004: 123-126) son la causa falsa, la generalización a partir de una información incompleta y el olvido de alternativas.

Las clasificaciones son diversas,⁸⁵ siendo la más utilizada o habitual, aquella que las divide en: *a)* Formales, y *b)* Informales.

⁸² Atienza 2006: 279

⁸³ Algunas se han clasificado y nominado pero eso no limita o enmarca su existencia. De hecho un argumento puede implicar se cometan varias falacias, acumulativamente; por ejemplo la petición de principio merezca amplia aceptación si en la construcción de las premisas se abusa del argumento de autoridad o se explota una falacia *ad populum*.

⁸⁴ Puede suceder que en una falacia se violen al mismo tiempo varias de las reglas que deben seguir los buenos argumentos.

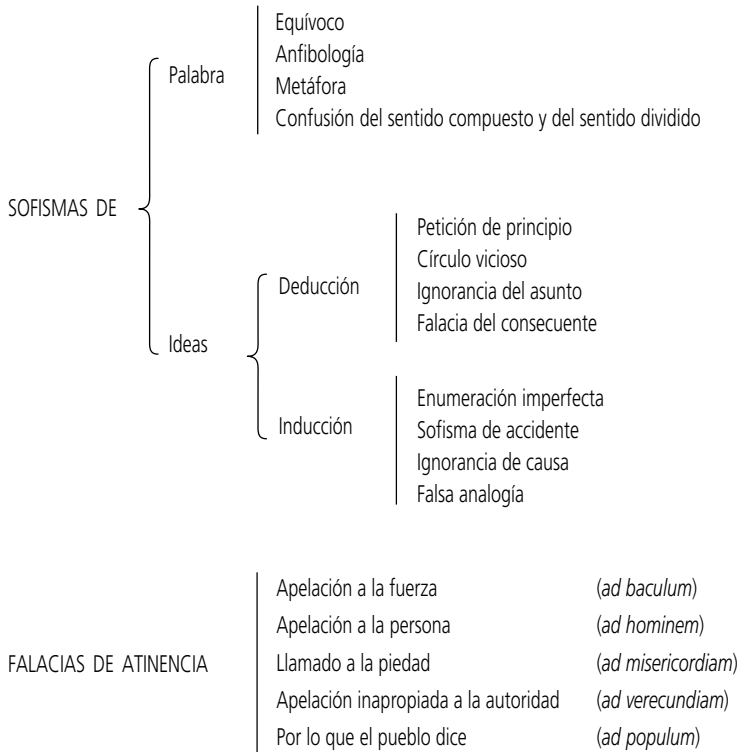
⁸⁵ De utilidad relativa, sólo a efectos didácticos.

Siguiendo este criterio Olvera y Cota (2006: 32) proponen el siguiente esquema:⁸⁶

<p>FALACIAS FORMALES</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Afirmación del consecuente 2) Negación del antecedente
<p>FALACIAS INFORMALES</p>
<p>DE IRRELEVANCIA</p> <p>Transferencia de propiedades</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Hacia el hombre (<i>Ad hominem</i>) 2) Apelación a la autoridad (<i>Ad verecundiam</i>) 3) De División 4) De Composición <p>Apelación a los sentimientos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Apelación a la fuerza o al temor (<i>Ad baculum</i>) 2) Apelación a la piedad (<i>Ad misericordiam</i>) 3) Apelación a la ignorancia (<i>Ad ignorantiam</i>) 4) Dirigido al pueblo o la masa provocando emociones (<i>Ad populum</i>) <p>Referencia insuficiente</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Generalización amplia o de accidente 2) Generalización precipitada o de accidente inverso 3) Petición de principio o de circularidad 4) Bifurcación <p>Conclusión irrelevante (<i>ignorantio elenchi</i>)</p> <p>Causa falsa (<i>Non causa pro causa</i>)</p>
<p>DE AMBIGÜEDAD</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Equívoco (semántica) 2) Anfibología (sintáctica) 3) Énfasis o acento (fonética)

Otro interesante criterio lo propone Platas (2004: 110-119) que es el siguiente:

⁸⁶ El desarrollo y descripción sintética pero muy afortunada que los autores consiguen, aconseja consultar la obra respectiva.



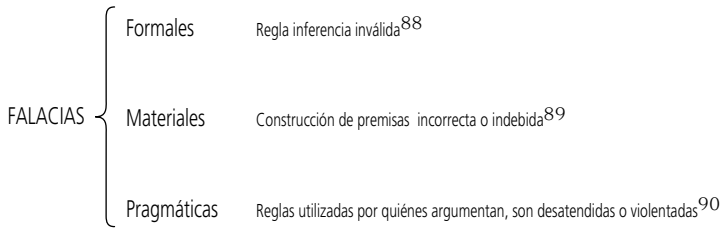
Para Mans (1978: 212 y 217) en lo concerniente a los sofismas o falacias debe distinguirse si el vicio radica en la palabra *ex dictione* o en la cosa *ex rebus*, tal como lo preconizó ya Aristóteles. Luego a manera de conclusión dice:

Como se ve, todas las figuras de sofisma vienen a constituir, de manera más o menos encubierta, un silogismo de cuatro términos, salvo la petición de principio, que los reduce a dos; de suerte que, generalizando, podemos decir que todos los sofismas silogísticos, en tanto son sofismas, en cuanto faltan a la primera regla del silogismo, bien por exceso, bien por defecto.

3.1.4.1. Atienza

Su clasificación⁸⁷ atiende a los criterios de corrección y bondad que rigen a los argumentos, por lo cual, siendo las falacias los supuestos de casos patológicos o indebidos es que guardan una correspondencia, si se quiere antagónica, con los argumentos perfectos o correctos; por tanto plantea que hay:

⁸⁷ 2006: 106-108 y 273-279



3.1.4.1.1. Falacia formal

- ▶ Formales.—Implica dejar de aplicar una regla de inferencia válida, sea de la:
 - ▶ Lógica deductiva (afirmación del consecuente); o de la,
 - ▶ Inducción (generalización precipitada).

Estas falacias ocurren en el plano inferencial de los razonamientos.

Es así que algunos argumentos aún sin responder a esquemas deductivos o inductivos, son buenos argumentos, tal como uno entimemático, donde la falta de la premisa mayor puede ser irrelevante, dada su existencia y que sea del conocimiento más o menos general.⁹¹

En cambio, hay otros que, formalmente válidos, son auténticas falacias tal como la petición de principio.

3.1.4.1.2. Falacia material

- ▶ Materiales.—Son casos en que la construcción del razonamiento es defectuosa porque su contenido parte de una premisa: *a)* falsa, inválida o insuficientemente acreditada; o, *b)* irrelevante o no relacionada de modo pertinente o apropiado con la conclusión.

No obstante, el argumento es ampliamente aceptado por tener la apariencia de verdad o corrección.

La incidencia de estas falacias ocurre en el plano proposicional de los argumentos relacionada con los significados y la semántica, en cuanto a su verdad o corrección.

La esencia de la deficiencia ocurre en tratándose de lo que el autor denomina «reglas metodológicas» inherentes a la construcción de las premisas y consisten en aspectos tales como: qué sirve como premisa,

⁸⁸ Son ejemplos la afirmación del consecuente (deductivo) o generalización precipitada (inductivo).

⁸⁹ Las de ambigüedad o falsa analogía, entre otras.

⁹⁰ El uso abusivo del argumento de autoridad (retórica) o Evadir la cuestión a debate (dialéctica).

⁹¹ Un ejemplo son los conceptos de violación donde es equívoca la cita de la garantía que amerita la corrección oficiosa o por suplencia, según el caso y magnitud.

cómo ha de interpretarse, qué peso debe dársele a fin de tenerlas por suficientemente acreditadas.

Algunas características o razones de las falacias en estudio, dice que son:

- ▶ No se advierte el uso de términos ambiguos o vagos, propios del lenguaje natural y, en especial, del jurídico.
- ▶ Falsa analogía, el aspecto de semejanza o identidad entre conceptos o casos es desafortunado o incorrecto pero da la apariencia contraria.
- ▶ Creencia u opinión falsa pero aceptable, de tal modo que aparenta ser verdad. También puede ser que las premisas no estén suficientemente acreditadas.
- ▶ Las premisas son irrelevantes para la pretendida conclusión, en tanto no se sigue «*non sequitur*» una inferencia razonable de lo que se prueba o argumenta.

En muchas ocasiones, sólo se formulan planteamientos de manera abstracta, teórica y general, pero no se relacionan del modo pertinente o apropiado con la conclusión.

- ▶ Una concepción «esencialista» del lenguaje puede llevar a considerar como verdadero el significado de ciertas palabras y a defender una interpretación estrictamente literal de una norma, sin ponderar la inclusión de principios o estándares que hermenéuticamente deben considerarse.
- ▶ No se repara en la distinción y se pretende que un principio funcione como regla.
- ▶ Se confunde el valor y contundencia de las máximas de experiencia con leyes científicas.

Las falacias guardan paralelo o incluso, puede ser que se inspiren en cierta ideología —no es simplemente una visión falsa del mundo, sino una visión, un conjunto de ideas, que al tiempo que oculta parte de la realidad, la refleja—; de ahí su carácter particularmente insidioso como ocurre con las falacias o en la religión con las herejías.

3.1.4.1.3. Falacia pragmática

- ▶ Pragmáticas.—Estas falacias ocurren cuando se dan violaciones a las reglas de comportamiento de los que argumentan —reglas de corrección o bondad—.

Tales irregularidades son perceptibles en tratándose de la discusión crítica y, en cambio, no son obvias en los casos de disputas personales o negociaciones ya que estos supuestos no se rigen ni basan en una pretensión de corrección.

- ▶ Retórica. El argumento en cuanto logra persuadir tiene éxito téc-

nico, sin embargo puede ser que infrinja una regla moral, ya que si bien, el objetivo es obtener la aceptación o convencimiento, pero no a cualquier costo ni debe ser de cualquier manera ni con cualquier medio, sino acorde a postulados axiológicos. También puede ser que haya abuso o manipulación retórica, por ejemplo y entre otros casos, mediante el uso inadecuado del argumento de autoridad.

El objetivo es que se debe persuadir pero a seres racionales; por tanto, no basta el consenso fáctico o emotivo sino el racional. Para estos efectos es necesario partir de una perspectiva tanto descriptiva como normativa del discurso retórico en el que cuenta tanto la eficacia como la validez. Es así que se debe distinguir entre aceptabilidad —consenso racional— y aceptación —consenso fáctico—. También es frecuente el uso de estrategias capciosas, oportunistas o emotivas que logran engañar o enredar al receptor y conseguir el propósito de aceptación.

El caso del voto del magistrado que disiente, no logrando persuadir de hecho a sus compañeros y probablemente tampoco a otros auditorios jurídicos; sin embargo, pretende conseguirlo con un auditorio universal o jurídico ideal o en el futuro.

En los casos difíciles, no hay un consenso claramente establecido por lo cuál, la opinión disidente no es *per se* equivocada, en tanto se carece de un criterio de objetividad para calificar.

Lo que caracteriza a la argumentación jurídica y concretamente a una noción manejable de objetividad, es el uso de una combinación de elementos fácticos y normativos, de lo que es aceptado como un hecho y de lo que debería ser aceptado, si se es razonable. Por tanto, la construcción de la objetividad⁹² es a través de un procedimiento en que se busca el acuerdo de hecho y luego se argumenta hipotéticamente: si se acepta *X* e *Y*, entonces tendría que aceptarse también *Z*.

- ▶ Dialéctica. De manera no manifiesta, sino velada, se evade la cuestión surgida en el debate y no se contesta, intentando así eludir la carga de cuestionar las refutaciones cuando existía la obligación de hacerlo.

Es peculiar cuando no se tienen respuestas ni razones, distraer al adversario o al auditorio, invocando argumentos impertinentes —*ad populum* o *ad hominem*— que pueden justificar desviar el debate y no reconocer la falla en la discusión. Son estrategias engañosas usadas con el propósito de ganar una ventaja ilícita, indebida o desproporcionada sobre el contrario.

⁹² Requiere de presupuestos, concatenables.

Especialmente para efectos de la decisión, es típico en los casos difíciles, encontrarse frente a dos argumentaciones o justificaciones de signo opuesto que conduzcan también a soluciones distintas. En ciertos casos, deberá optarse, necesariamente, por alguna de tales soluciones por ser la mejor, aunque la razón que la avale implique una falacia.

En situaciones complejas, pueden darse combinaciones de elementos formales, materiales y pragmáticos.

3.1.4.2. Falacias en específico

Como se aprecia de lo expuesto, las posibilidades de que se construyan falacias es enorme y tan basta la posibilidad de que ocurran como sería la alternativa contraria pero simétrica de los buenos y correctos argumentos. Sólo a título de muestreo comento el caso de ciertas falacias que son comunes y recurrentes en temas jurisdiccionales.

3.1.4.2.1. Confusión del sentido compuesto y del sentido dividido

Consiste en afirmar o negar de un conjunto o generalidad lo que se predica accidentalmente de alguno de sus elementos o casos particulares y excepcionales.

Se conoce también como falacia de composición —atribuir al todo lo que conviene a la parte— y de división —atribuir a la parte lo que conviene al todo—.93

Ej. Juan es santo, Juan es hombre, los hombres son santos.

Los criterios jurisprudenciales son tomados en cuenta de manera tangencial o incompleta y se proclaman como absolutos e incondicionales. La equidad o no discriminación se utiliza muchas veces fuera de contexto sin considerar que se está ante casos que merecen distinciones.

3.1.4.2.2. Petición de principio

La petición de principio incluye en las premisas —explícita o implícitamente— lo que se trata de probar o información de la conclusión que es cuestionable.

Es así que aparenta demostrar, sólo que usando y afirmando el consecuente en las premisas, lo que da por supuesto, como demostrado y verdadero, aquello que debiera ser probado. Algunos ejemplos son los siguientes:

Ej. Si Cervantes escribió el Quijote, es un clásico
Cervantes es un clásico
Cervantes escribió el Quijote94

93 Dehesa (2006: 320)

94 Dehesa (2006: 316)

Ej. Supongamos que Pablo cuando habla no miente.
 Pablo está hablando.
 Por lo tanto, Pablo está diciendo la verdad.

3.1.4.2.3. Círculo vicioso

Consiste en demostrar dos proposiciones, una a partir de la otra y viceversa, asumiendo como premisa la propia conclusión. Hay una doble petición de principio y consiste en tomar como principio de demostración aquello que se trata de demostrar.

Generalmente la proposición es reformulada para que la falacia aparente ser un razonamiento válido. Por ejemplo:

Los homosexuales no deben ejercer cargos públicos. Por lo tanto cualquier funcionario público que se revele como homosexual perderá su trabajo. Luego, los homosexuales harán cualquier cosa para esconder su secreto, y serán susceptibles de chantaje. En consecuencia, los homosexuales no deben ejercer cargos públicos.

Nótese que el razonamiento es enteramente circular, la premisa es la misma que la conclusión. Un argumento como el de arriba ha sido usado como razón por la cual el Servicio Secreto Británico ha prohibido oficialmente a los homosexuales en sus filas.⁹⁵

Muchos conceptos de violación o pretensiones se construyen con esta estructura.

3.1.4.2.4. Ignorancia del asunto

Para Copi todas las falacias de atinencia —excepto la de petición de principio— son, en cierto sentido, falacias de *ignoratio elenchi*, ya que la conclusión, si bien concordante con las premisas, estas «equivocan el punto» pues el argumento que permite establecer una conclusión particular, se dirige a probar una conclusión diferente al tema o problema en cuestión, eludiendo preguntas u oscureciendo el punto a discusión con atractivas generalizaciones que difieren del tema original.

Son argumentos impertinentes en la medida que se desconoce, elude o altera el verdadero significado de la cuestión, se salen del tema —*ignoratio elenchi* o *mutatio elenchi*—, sea defendiendo lo que no se ha probado o rebatiendo lo que el adversario ni siquiera ha dicho. Ocurre cuando la conclusión no es una inferencia razonable de lo que fue probado o razonado. Con frecuencia se aplica el término *non sequitur* a los argumentos que incurren en los sofismas de atinencia, ya que de lo aducido no se sigue razonablemente la conclusión.

Por ejemplo, un abogado de una persona acusada de un delito, la cual pertenece a un grupo indígena, puede comenzar explicando las costumbres de

⁹⁵ Platas (2004: 112) y Olvera (2006: 44)

esa población en relación con el hecho que se le imputa. Si luego argumenta que tales indígenas han sobrevivido a lo largo de la historia, no importa que tan bien demuestre este hecho, no demostrará la inocencia o falta de culpa requerida.⁹⁶

En este sentido la jurisprudencia que dice:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES.—Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, cuando lo expuesto por la parte quejosa o el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos no seguidos para obtener una declaratoria de invalidez.⁹⁷

Como variantes de falacias inconsecuentes o no atinentes, son los argumentos: *ad hominem*,⁹⁸ *ad misericordiam*,⁹⁹ *ad populum*,¹⁰⁰ descalificar la fuente, *hombre de paja*¹⁰¹ y otras análogas donde siendo difícil o imposible oponerse o problematizar un planteamiento, el disertante elude y se sale del tema, apelando a algo irrelevante pero con posibilidades de convencer, más emotiva que racionalmente y por desvío del debate.

3.1.4.2.5. Falacia del consecuente

Esta falacia deductiva ocurre en el silogismo hipotético o condicional, ya que no siempre hay ilación recíproca ni correspondencia en la extensión —en cantidad y cualidad— entre el antecedente y el consecuente;¹⁰² por tanto, si se violan

⁹⁶ Olvera (2006: 45).

⁹⁷ No. Registro: 173,593 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXV, Enero de 2007 / Tesis: 1.4o.A. J/48 / Página: 2121.

⁹⁸ Ataca a la persona y no las razones dadas.

⁹⁹ Apela a la piedad como argumento a favor de un trato especial.

¹⁰⁰ Apela y explota las emociones del auditorio para conseguir aceptación sin ofrecer razones objetivas.

¹⁰¹ Busca caricaturizar la opinión del oponente de manera que resulte fácil refutarla.

¹⁰² A menos que se esté en el caso de excepción ya referido al tratar el tema del silogismo hipotético, donde se debe dar una tautología $p \leftrightarrow q$, lo cual es inusual y excepcional por eso existe la regla que permite en el *modus ponens* sólo afirmar el antecedente y en el *tollens* únicamente negar el consecuente. Sin embargo no es válido, en casos generales dejar de aplicar esa regla.

las reglas del *modus tollens*,¹⁰³ se incurre en la falacia. Esta modalidad de argumentos olvida las explicaciones alternativas que la generalidad de casos requiere tomar siempre en cuenta, en tanto no es posible considerar, que todo lo pertinente a casos concretos, sea atribuible también a los supuestos universales.

Un ejemplo pone en claro lo irrazonable de la afirmación del consecuente como premisa en vez de la afirmación del antecedente.

Ej. Si un testigo se conduce con falsedad en una diligencia judicial (antecedente) su dicho no tendrá valor probatorio en el proceso (consecuente).¹⁰⁴ El testimonio de Pedro no tiene valor probatorio (consecuente), por tanto, Pedro se condujo con falsedad en una diligencia (antecedente).

Dicho en otras palabras, es válido afirmar una consecuencia a partir de un antecedente que la determina, pero no es válido llegar a una conclusión en sentido inverso, porque es la causa lo que determina el efecto y no a la inversa, de manera que el hecho de que un testigo se conduzca con falsedad en una diligencia judicial, es lo que determinaría que su dicho no tenga valor probatorio en el proceso, pero no puede afirmarse que por el solo hecho de que su declaración no tenga valor probatorio haya narrado hechos falsos, porque la falta de valor probatorio puede deberse a otras causas, como por ejemplo que se trate de un testimonio de oídas (que no le conste directamente el hecho narrado, sino que lo haya conocido por referencias de otra persona).¹⁰⁵

Esta falacia es lo contrario a la negación del antecedente que también resultaría un argumento inválido y, por ende, falaz, en la medida que con ella se violan las reglas del *modus ponens*.¹⁰⁶

3.1.4.2.6. Ignorancia de causa

Conocido también como «*sofisma de no causa por causa*», falacia de causa falsa o del «*secundum quid*»; es el error de concluir que un evento es causado por otro, simplemente porque antecede o sigue al primero, cuando que la mera sucesión temporal no establece, *per-se*, una conexión y relevancia de causa suficiente o eficiente.¹⁰⁷

En efecto, hay acontecimientos que pueden ser un antecedente, accidente o una concausa pero insuficiente *per se* para obtener el resultado o consecuencia, no obstante se le asigna esa calidad y función. También ocurre cuando se escamotea o disimula la causa auténtica.

Para Gutierrez Sáenz:

Consiste en tomar como causa de un fenómeno, cualquiera de sus antecedentes.¹⁰⁸

¹⁰³ En tanto que se afirma el consecuente cuando lo permitido es sólo negarlo.

¹⁰⁴ Véase el artículo 289, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁰⁵ Véase el artículo 289, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales. Olvera (2006: 33-34).

¹⁰⁶ En efecto, sólo sería válido afirmar el antecedente.

¹⁰⁷ Copi (2004: 136).

¹⁰⁸ Citado por Platas (2004: 114).

Dice Mans¹⁰⁹ que se comete el sofisma siempre que se explica el fenómeno por algo que no es su verdadera causa, como sucede cuando:

- ▶ Se toma al antecedente o lo concomitante confundiendo con la causa. es así que, en ocasiones, se toma al error o al miedo como antecedente del negocio jurídico, cuando en realidad son la causa.
- ▶ Considerar como causa de un hecho un acontecimiento que simplemente dio ocasión a él.
- ▶ Tomar por causa lo que solamente es condición. Una estancia iluminada tiene por causa el sol y por condición el estar abierta la ventana.

En los casos de prueba circunstancial, basada en indicios, ocurre con frecuencia que sólo se invoquen algunos que sean irrelevantes o insuficientes.

Un ejemplo de esta falacia es el siguiente:

Ej. Supóngase que la autoridad niega la devolución de un impuesto y se aduce como violación el no haberse aplicado determinada jurisprudencia sobre inconstitucionalidad; cuando que, la causa auténtica, es que el quejoso no probó que el pago efectuado hubiere sido indebido, en tanto consintió la ley, base del adeudo y voluntariamente lo enteró, sin que le benefició la jurisprudencia invocada, dado el principio de relatividad, ya que no promovió, en su oportunidad, juicio de amparo.

Otro supuesto de la falacia «*Non causa pro causa*» ocurre cuando algo se identifica como la causa de un evento pero realmente no ha sido demostrada como causa del mismo.

Ej. Escuché un disparo, luego observé que salió una persona, por tanto, dicho sujeto debe ser el autor del homicidio.

Véase como la conclusión se pretende edificar sobre un hecho aislado, sin aportar mayores fuentes de convicción.¹¹⁰

3.1.4.2.7. Referencia insuficiente y Falsa analogía

Comentan Olvera y Cota (2006: 42 y 43) en relación con la referencia insuficiente, es decir, cuando se extraen conclusiones a partir de una muestra demasiado pequeña o incompleta, lo siguiente:

Se trata de llegar a conclusiones omitiendo lo que puedan aportar otros datos en contra de lo que se afirma, mediante generalizaciones sobre personas u objetos, por falta de elementos de juicio para desplegar planteamientos diferentes que fundamenten la idea general, entre otros casos.

Por el contrario, pueden omitirse alternativas cuando se elaboran genera-

¹⁰⁹ Mans (1978: 216-217)

¹¹⁰ Olvera (2006: 45-46)

lizaciones a la ligera y se omiten particularidades relevantes para elaborar fórmulas universales, y comentan lo siguiente:

Una generalización amplia ocurre cuando una regla general es aplicada a una situación en particular, pero las características de esa situación en particular hacen que la regla no sea aplicable al caso. Es el error que se comete cuando se va de lo general a lo específico.

Es el caso del «*distinguish*» norteamericano, donde a pesar de existir un precedente que se aplica de manera universal «*stare decisis*», se matiza que en ciertos casos particulares se elude esa regla para aplicar una especial.

Esta falacia es la contraria a la falacia de generalización amplia. Ocurre cuando se forma una regla general examinando solo unos pocos casos específicos que no son representativos de todos los casos posibles. Por ejemplo:

A mis compañeros de celda les negaron el derecho a tener visitas familiares, por lo que no tiene caso que yo lo solicite, seguramente también me será negado, pues así ocurrirá en todos las peticiones.

El falso dilema consiste en reducir las opciones que se analizan sólo a dos, drásticamente opuestas, contradictorias e injustas, a fin de inducir a un escenario, a modo, el argumento, ocultando información que podría sustentar otras alternativas; argüir a partir de un falso dilema es, a veces, una manera de no jugar limpio.¹¹¹ Una variante más es suprimir pruebas, presentando sólo una parte y ocultando las que contradicen, esto es peculiar en publicidad y en los planteamientos jurisdiccionales parciales, sesgados y tendenciosos.

La falsa analogía, es un supuesto con variantes de la generalización precipitada e induce a una conclusión falsa

Dice Gutierrez Sáenz que:

Consiste en atribuir una propiedad a un objeto sólo por el hecho de que se asemeja a otro que efectivamente posee dicha propiedad.¹¹²

Otra manera de exponerlo es:

En una analogía se demuestra que dos objetos (o sucesos) A y B son similares. Luego se argumenta que si A tiene la propiedad P, B también debería tener la propiedad P. Una analogía falla cuando los objetos A y B son diferentes en algo que afecta que ambos tengan la propiedad P.¹¹³

Un ejemplo de esta falacia es el siguiente:

Ej. Si los contribuyentes A y B venden agua embotellada y uno es excluido de la exención del IVA, se viola el principio de equidad.

La realidad es que los consumidores que adquieren el agua son diferentes

¹¹¹ Weston (2004: 130) Pone como ejemplos: “Estados Unidos: Ámalo o déjalo”.

¹¹² Citado por Platas (2004: 114).

¹¹³ <http://www.arp-sapc.org/alojadas/f4.html>

y lo hacen para atender necesidades distintas, existiendo fines extra fiscales que determinan y justifican matizar y dar trato diferente a las actividades gravadas a fin de que incida, precisamente, en favor de los consumidores, medida perfectamente justificada por razones sociales y económicas.

3.1.4.2.8. Pregunta compleja

Consiste en mezclar o fundir varias interrogantes en una para inducir al adversario a contestar globalmente, afirmativa o negativamente, lo que es imposible sin distinguir y procediendo por partes.¹¹⁴

Dice Weston (2004: 133) lo siguiente:

Exponer una pregunta o una cuestión de tal manera que una persona no pueda acordar o discrepar con usted sin obligarse con alguna otra afirmación que usted quiere promocionar.

Este vicio se comete de manera recurrente en los conceptos de violación o en los pliegos de consignación del Ministerio Público, lo que obliga a «desmenuzar» el planteamiento para dar respuesta a cada una de las pretensiones en concreto.

3.2. MODELO DE TOULMIN

Buscando una alternativa para superar los límites de la lógica formal, Toulmin¹¹⁵ propone un modelo funcional y práctico que se avenga a la manera como los hombres piensan, argumentan e infieren, de hecho, de manera cotidiana.

Se opone a la tradición que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría —que data desde Aristóteles— y, en cambio, propone desarrollar una lógica operativa o aplicada (*working logic*). Elige como modelo a la jurisprudencia y compara los argumentos cotidianos y las pretensiones que hacemos valer en contextos extrajurídicos, con los propios de los litigios judiciales.

Ve un paralelismo entre: *a)* los procedimientos mediante los cuales se proponen, cuestionan y determinan las pretensiones jurídicas y *b)* los términos del proceso racional cotidiano, para situar en el centro, la función crítica de la razón. Plantea que un buen argumento resiste a la crítica para merecer un veredicto favorable pero merece ser juzgado de acuerdo con criterios sustantivos e históricamente variables.

La práctica de razonar, esto es, de dar razones a otros en favor de lo que hacemos, pensamos, decimos o la posición que adoptamos, permite distinguir un uso, ya sea:

¹¹⁴ Mans (1978: 217

¹¹⁵ Atienza, (2003: 81-104), UNAM.

- a) Instrumental del lenguaje cuando las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos directamente, sin necesidad de producir razones adicionales y,
- b) Argumentativo de mayor calado cuando las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, sólo si pueden apoyarse en razones, argumentos o pruebas más abundantes que logren convencer.

Los argumentos tienen, por una parte, elementos de estructura comunes que cumplen funciones específicas tales como justificar las relaciones entre sí y, por otra, una mayor o menor eficacia atendiendo a la fuerza o intensidad de la argumentación, en relación con la pretensión que se esgrime y las circunstancias del material presentado.

El término argumentación es:

la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.¹¹⁶

Razonamiento es algo más restringido como:

la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.¹¹⁷

Argumento lo entiende en dos sentidos:

- a) un tramo de razonamiento, en que la secuencia de pretensiones y razones encadenadas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición; y,
- b) las disputas argumentativas que son interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten o se da la vuelta a tales tramos de razonamiento.

Destaca también como algo importante, considerar la racionalidad de los sujetos, según que estén abiertos o sordos al argumento.

Para Toulmin la práctica argumentativa es algo, en lo cual, la gente se ve envuelta cotidianamente, cuando intenta convencer a otra persona; son «interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da la vuelta a tramos de razonamiento».¹¹⁸ Es, «*la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante*».

El modelo general de argumentación de Toulmin, consta de seis elementos que interactúan entre sí de la siguiente manera:

- a) Pretensión (*claim*).—Punto de partida y destino o conclusión. Es la aseveración del proponente que, si no es discutida sino aceptada por el probable oponente, será válida y suficiente.

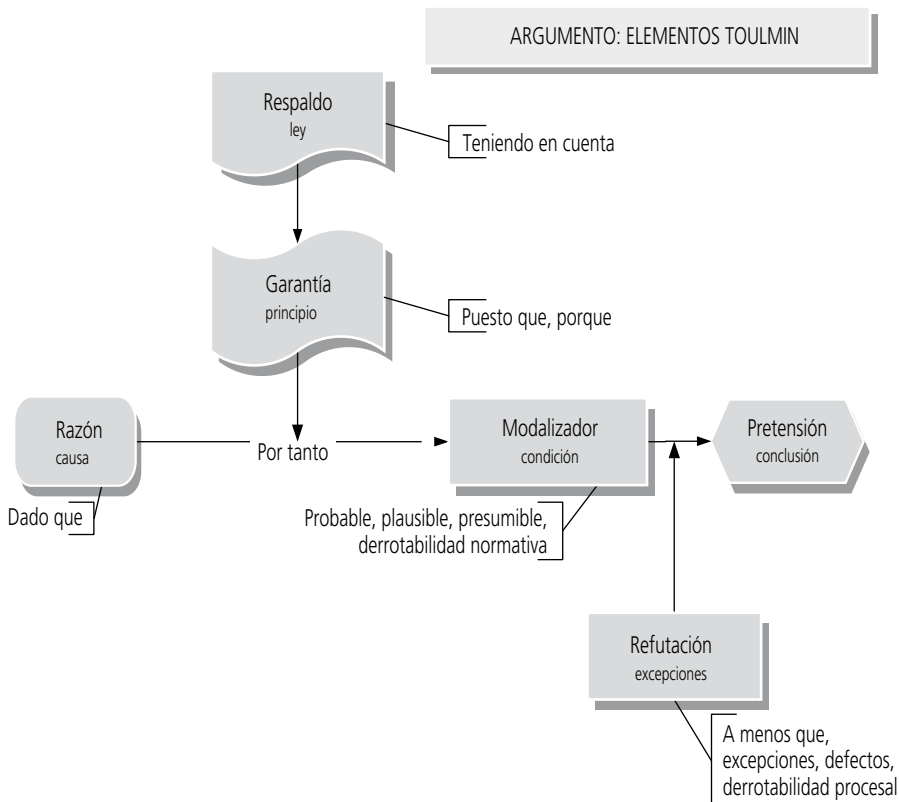
¹¹⁶ Atienza, (2003: 83)

¹¹⁷ Atienza, (2003: 84)

¹¹⁸ Atienza, (2003: 106)

- b) Razones o datos (*ground*).—Sólo para el caso de que el oponente cuestione la pretensión, se requerirá la invocación de los hechos o circunstancias del caso, deben ser suficientes y relevantes para sostener la validez de la pretensión. Básicamente es un enunciado descriptivo. En una argumentación jurídica típica, son los elementos del supuesto de hecho de la norma.
- c) Garantía (*warrant*).—Si las razones son criticadas por no considerarse pertinentes y suficientes, será imprescindible invocar la garantía; entendida como un enunciado hipotético de carácter general, deducida o que interpreta y adapta fundamentos, tales como las máximas de experiencia, normas, leyes de la naturaleza o principios jurídicos; corresponden a los estándares prácticos o cánones de los argumentos; es la regla que autoriza el paso de los datos a la pretensión. Su expresión se asemeja a una moraleja o consecuencia general de carácter práctico y equivale en términos coloquiales a la receta que permite producir el resultado, combinando los ingredientes o datos. Son enunciados hipotéticos y asumen el carácter de argumento práctico a partir de su aplicación y conexión con los hechos del caso particular. Sirven para certificar la validez de todos o múltiples argumentos o datos.
- d) Respaldo (*backing*).—Si se duda de la validez, relevancia y suficiencia de la garantía, debe aportarse el presupuesto que será un enunciado categórico. Corresponderá al fundamento con base en el cuál se construye y valida la fuerza convictiva de la garantía, tales como las máximas de experiencia, normas, principios jurídicos, precedentes judiciales, presunciones legales, leyes de la naturaleza, etcétera. Cada campo en el que se construya la argumentación imprime diferencias al tipo de respaldo que deba acudir, y dependerá, por ejemplo, de las leyes, constataciones por estadísticas o sistemas de clasificación taxonómica, etc., que sean los rectores en cada especificidad. Coincide con la justificación externa del contenido del argumento en tanto vincula a la garantía con enunciados empíricos basados en hechos ciertos o probables o con la corrección jurídica de cómo se interpreta el ordenamiento.
- e) Cualificadores.—El paso a la conclusión no siempre tiene el carácter de necesario en la vida práctica, en tanto que la fuerza absoluta del argumento sólo ocurre en la matemática, por lo que puede ser probable o presumible en matices y proporciones distintas, lo que puntualiza por medio de calificativos o matizadores modales.
- f) Condiciones de refutación o de refutación.—Son las circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y que inciden en los cualificadores.

Los elementos descritos se ilustran en el siguiente gráfico:



Es así que el modelo de Toulmin permite identificar y utilizar argumentos y enunciados no categóricos,¹¹⁹ que son los más usuales, además que explica, como en un esquema dialéctico, se consiguen o se frustran pretensiones. Es una representación que refleja lo dinámico, contingente, razonable y plausible de las prácticas argumentativas reales, de lo que ocurre día con día y no una teoría distante de lo cotidiano y convencional.

La funcionalidad que se da entre los datos, la garantía y el respaldo es dinámica y en sinergia.

También es peculiar que los argumentos se enlacen como cadenas en una estructura reticular siendo unos causa de otros o su fundamento. Por tanto, resulta que un argumento puede formar parte de una cadena y no presentarse aisladamente, lo que podría seguir representándose sin mayores problemas según el modelo propuesto.

¹¹⁹ Sino de carácter inductivo, con márgenes de probabilidad, en oposición a lo que sucede en lógica formal donde son característicos los juicios deductivos.

Así, la pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón o dato en favor de una nueva pretensión y estas razones pueden convertirse en pretensiones que necesitan de un nuevo argumento para ser justificadas; en ciertos casos la garantía puede verse también como la pretensión de un nuevo argumento, en cuyo caso lo que antes era el respaldo pasará a cumplir ahora la función de las razones o datos, planteándose con ello la necesidad de una nueva garantía para pasar de las razones a la pretensión, etcétera.¹²⁰

Las razones —vistas como enunciado o datos— equivalen y podrían corresponder a los hechos (invocados y probados) cualificados, son como la *quaestio facti* del silogismo o razonamiento judicial en tanto que la garantía en conjunción con el respaldo constituyen la *quaestio iuris* o enunciado normativo.

3.3. LÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

¿Es la lógica formal, suficiente para regular y explicar a los enunciados jurídicos?¹²¹

La respuesta parece ser no pero ¿con base en que razones y en que medida?

La naturaleza del Derecho no se reduce a una ciencia formal sino que la sustancia o contenidos de sus enunciados son muy variados, incluso hay autores como Nino que hablan de una dependencia moral. Es así que las normas de reconocimiento insertan a innumerables filosofías, ciencias y técnicas en los contenidos jurídicos y la corrección de estos obliga a recurrir a lógicas distintas a la formal pero sobre todo a los razonamientos deductivos, completándolos con otros de distinta naturaleza.

Una conclusión preliminar es que la lógica formal deductiva, al ser tan estricta en sus reglas y exigencias, no permite dar cuenta y procesar los casos reales donde existen márgenes de discrecionalidad, ya sea en cuanto a cómo se construyen los enunciados normativos o en lo referente a que la información de los hechos y construcción de la premisa fáctica es incompleta o probable. Sin embargo la deducción es útil si se le toma como producto y estándar de justificación de la decisión; en cambio no es pertinente para guiar ni explicar como se da el proceso decisorio

Sin embargo el Derecho y sus enunciados deben ser justificados y una de las variantes de justificación es la formal, tomando en cuenta que una de sus perspectivas tiene como núcleo a la lógica deductiva que atiende a las formas.

¹²⁰ Atienza, (2003: 109)

¹²¹ Como antes expresé, las inferencias pueden ser deductivas pero también existen otras de carácter no monótono como las inductivas que concluyen en probabilidades y de carácter preliminar, ya sea por defecto o abductivas.

En concordancia, resulta que los esquemas ayudan a ordenar los argumentos y permiten analizar con claridad su corrección o advertir una serie de problemas, por lo que en cierta medida son útiles si no es que indispensables. Además son poderoso instrumento para la redacción ya que la forma tiene mucho que ver con el contenido.

Una conclusión parcial es que los casos fáciles pueden ser suficientemente justificados mediante una lógica deductiva, no así los difíciles. Para evaluarlos es menester aplicar lógicas informales, con el carácter de complementarias, no como alternativas o en lugar de la formal o estándar.

Atienza (1993: 240-247) considera la realidad y funcionalidad en que se dan los argumentos jurídicos por lo que propone que se representen en sus tres aspectos: sintáctico,¹²² semántico¹²³ y pragmático,¹²⁴ lo que impone acudir a muchas más disciplinas que la lógica formal.

Adicionalmente, se tiene que los enunciados sobre hechos se rigen por calificativos tales como verosimilitud y probabilidad, referentes que son ajenos a la lógica formal que se basa en la verdad.

Finalmente se tiene en el quehacer jurisdiccional, la constante, sobre todo en los casos que no sean fáciles, que el valor o corrección de las premisas no es absoluto sino preliminar y apenas son aproximaciones o probabilidades de que así sea. Por tanto, es que se manejan conceptos tales como: derrotabilidad, verosimilitud, probabilidad, plausibilidad de argumentos y ponderación de principios.

Los discursos, funcionalmente, deben ser convincentes y plausibles lo que implica atender aspectos pragmáticos propios de lógicas informales y no deductivas.

3.3.1. Argumentos prima facie y derrotabilidad

El concepto que la doctrina ha acuñado como «derrotabilidad» dicen Rodríguez-Sucar (1998: 403), es la traducción del término inglés «*defeasibility*»;¹²⁵ otros autores como Moreso lo denotan como «superabilidad».

¹²² Relaciones que guardan los argumentos entre sí (independientes, dependientes, conjuntos, de apoyo), relaciones de inferencia, dimensión formal. *Maria vio a un niño con un telescopio en la ventana.*

¹²³ Contenido y sentido de los enunciados, especialmente en cuanto a su corrección material. Relación entre símbolos y su significado. *Luís dejó el periódico en el banco.*

¹²⁴ Tipo de acto de lenguaje efectuado con el enunciado (planteamiento de un problema, afirmación de un enunciado empírico, adopción de un enunciado normativo, formulación de una pregunta, asunción de un juicio de valor, adopción de un principio, etc.). Esto en razón que los enunciados tienen un fin práctico para ganar una discusión (enfoque dialéctico de la argumentación) o convencer a un auditorio (enfoque retórico). Un ejemplo es: *Se moría de risa.*

¹²⁵ Entendida como la posibilidad o alternatividad que el sentido, significado o contenido de un concepto, sea anulado, invalidado o superado por otro. Es apreciar cómo las oraciones se usan en distintas situaciones y de cómo tal uso afecta a su significado y se ve afectado por las oraciones inmediatamente anteriores.

Se trata de expresiones o conceptos *prima facie*, de carácter o naturaleza provisional, aparente o probable. Esto es así ya que la aparición en escena de una excepción, la ocurrencia de un evento complejo que acepte variadas apreciaciones, nueva información o la aplicación condicionada a un caso singular de reglas generales, puede cambiar o matizar el significado o sentido de los argumentos.

En este contexto, se tiene que los juicios son como juegos de acciones estratégicas, desarrollados bajo un esquema dialéctico que, por la creatividad de los operadores y variabilidad evolutiva de las condiciones y reglas que se van dando por la interacción de las partes, genera una incapacidad de prever, *a priori*, el universo o totalidad de las alternativas o instancias —ocurrencias— que resultan ser oportunistas y mudables, atendiendo al rol que las partes desplieguen, a los intereses que defiendan y a la efectividad de sus planteamientos.

La validez, firmeza e indiscutibilidad de los razonamientos condicionales está determinada por un presupuesto y se da, si y sólo si, es que el antecedente sea: *a)* Suficiente y *b)* Necesario para obtener el consecuente; lo que es una peculiaridad de la lógica formal de carácter monótono, pero no es el común denominador en la práctica judicial.

Correlativamente sucede en el contexto de la lógica pragmática y cotidianeidad, que tales presupuestos no se dan y es entonces que la conclusión siempre estará en el ámbito o esfera de lo preliminar o, ser apenas, una mera probabilidad; en tanto pueda surgir una excepción que destruya las razones del aparente corolario.

En las contiendas judiciales es peculiar el enfoque sesgado y utilitarista que las partes imprimen a sus pretensiones y la concepción realista de las decisiones. En efecto, muchas veces dada la carencia de reglas específicas o precedentes *ad hoc*, resulta que el juez debe construir la alternativa de solución del conflicto que resulte más plausible y conveniente, en función y correspondencia con las circunstancias del caso y las consecuencias más aceptables. Todas estas peculiaridades, *sui generis*, provocan y determinan la imprevisibilidad e incapacidad de:

- a) Reglas y precedentes previos y de aplicabilidad concreta e ineludible, no asequibles a las partes y al juzgador, por lo que deben ser creados y construidos bajo contextos específicos que pueden ser divergentes en casos específicos; y,
- b) Esquemas lógicos tradicionales no puedan dar cuenta de todos esos comportamientos y consecuencias.¹²⁶

Resulta entonces que la lógica formal o clásica, de carácter monótono, no es apta para formalizar el razonamiento jurídico en todas las ocasiones y cir-

¹²⁶ De ahí la derrotabilidad de los enunciados jurídicos y, más aún, de los judiciales.

cunstancias, ni de aportar una solución absoluta, única e indiscutible. La razón es que hay casos en el Derecho y, sobre todo en materia procesal, donde la inferencia no es monotónica.¹²⁷

Un sistema lógico deductivo es monótono cuando parte de ciertas premisas suficientes, *per se*, para producir un resultado; por tanto, si se agrega información a estas, se añaden otras o se incluyen más detalles, la conclusión no cambia sino que permanece inalterada.¹²⁸

En los sistemas de lógica monótona, partiendo de una proposición condicional resulta que dadas las condiciones de la pretensión, siempre se darán los consecuentes, lo que se designa con la notación o fórmula: $p \rightarrow c$.¹²⁹

Tal proposición no cambiará aún cuando se agregue información, resultando que:

$p \wedge a \wedge b \rightarrow c$ (no cambia la proposición a pesar de los elementos agregados, C todavía puede ser válida).¹³⁰

Esto es un inconveniente en gran cantidad de problemas que rutinariamente se presentan, tanto en los juicios como en inteligencia artificial, disciplinas cuyo carácter no permite aplicar, como método idóneo, tan sólo los sistemas de lógica monótona. Es así que para resolver los problemas derivados de no tener una teoría sólida y contrastada ni referentes para saber si se dispone de toda la información pertinente, se crean reglas o leyes —preliminares o abductivos— que permiten realizar un tipo de razonamiento denominado por defecto, mediante la aplicación de las denominadas lógicas no monótonas.¹³¹

Es por estas razones que surgen las lógicas no-monótonas —de carácter temporal—, orientadas a formular razonamientos bajo contextos y esquemas de incertidumbre, en particular, y con información incompleta.¹³²

A diferencia de lo antes expuesto, conforme a un sistema de lógica no monótona, las consecuencias pueden ser distintas o alteradas cuando la infor-

¹²⁷ La lógica clásica tiene un carácter monótono. Es decir, dado un conjunto de sentencias $S1$ —modalidades de enunciados, descripción propia de la inteligencia artificial— del que se puede inferir C , al añadir otro conjunto de sentencias $S2$, se tiene que seguir infiriendo C lo que quiere decir que el agregar una fórmula a una teoría nunca produce una reducción de su conjunto de consecuencias.

Intuitivamente, la monotonicidad indica que el agregar nuevos conocimientos no puede reducir el conjunto de las cosas conocidas. Una lógica monotónica no puede manejar varios tipos de razonamiento tales como el razonamiento por defecto (los hechos pueden ser conocidos únicamente por la carencia de evidencia de lo contrario), el razonamiento abductivo (los hechos sólo se deducen en calidad de explicaciones probables), el razonamiento acerca del conocimiento (la ignorancia de un hecho debe ser retractada cuando el hecho sea conocido), y la revisión de creencias (nuevo conocimiento puede contradecir creencias anteriores).

Esto es un inconveniente en gran cantidad de problemas que se presentan tanto en inteligencia artificial como en el razonamiento jurídico y que tienen carácter no monótono.

http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica_no_monot%C3%B3nica.

¹²⁸ Se le denomina también premisas o sentencias en inteligencia artificial.

¹²⁹ Si p entonces c es la lectura de la fórmula.

¹³⁰ La fórmula se lee: Si p en conjunción con a y b es c .

¹³¹ http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica_no_mon%C3%B3tona.

¹³² <http://w3.mor.itesm.mx/~esucar/IA/clase9.html>

mación de entrada varía, esto permite manejar información incompleta o inconsistente; lo que es usual en la cotidianeidad de muchos juicios. La fórmula que se utiliza es: $p > c$.¹³³

En este esquema resulta que p es condicional derrotable, por tanto, si y sólo si a las condiciones de la pretensión no se agrega una excepción lo que denota como $\neg e$, continuaran como válidas las consecuencias, La fórmula resultante es entonces: $p \wedge \neg e \rightarrow c$.¹³⁴

Por el contrario si las condiciones de la pretensión subsisten pero se da alguna de las excepciones entonces ya no se tendrá la consecuencia como válida. La expresión de la fórmula respectiva es: $p \wedge e \rightarrow \neg c$.¹³⁵

Las lógicas clásicas parten del carácter no excluyente de los nuevos axiomas (información) añadidos a los ya existentes. Por el contrario, las lógicas no monótonas tienen en cuenta la necesidad de detectar posibles inconsistencias con los nuevos axiomas. El rango definitorio es que se tienen en cuenta lo que no se conoce, o lo que es lo mismo asume los límites de su propio conocimiento.¹³⁶

Y son estas circunstancias, que determinan usar los sistemas de lógica no monótona, las que tenemos en los procesos judiciales donde rara vez hay certeza plena de:

- a) la interpretación indiscutible y unívoca de las normas así como de los razonamientos jurídicos,¹³⁷
- b) elementos fácticos y la calificación que merezcan,
- c) estar frente a la totalidad de las condiciones para la aplicación de una norma o implicar consecuencias predeterminadas, o
- d) que no concurren las excepciones del caso.

Cuando nosotros encadenamos razonamientos derrotables para alcanzar o establecer una conclusión, tenemos argumentos, en lugar y por defecto de pruebas absolutas.¹³⁸

Es así que la solidez o definitividad de los argumentos se da bajo un contexto de incertidumbre y derrotabilidad, también conocido como zonas de penumbra, donde los elementos son provisionales, *prima facie*, y apenas con el propósito, aspiración o expectativa de suficiencia, hasta en tanto se

¹³³ Los condicionales derrotables son conectivas debilitadas respecto del condicional material, que no satisfacen ni la ley de refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*. Con ello, la pérdida de poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no parece posible con base en este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular (cf. Alchourrón 1993) Rodríguez y Sucar (1998: 404). El símbolo $>$ significa derrotable.

¹³⁴ La lectura es: Si p en conjunción con no e (excepciones) entonces es c . Un ejemplo puede ser una consignación penal por lesiones “ p ” que formula el fiscal pero el indiciado acredita como excepción “ e ” que actuó en legítima defensa, entonces ya no se puede aplicar la pretendida sanción “ c ”.

¹³⁵ La lectura es: Si p en conjunción con e (excepciones) entonces es no c .

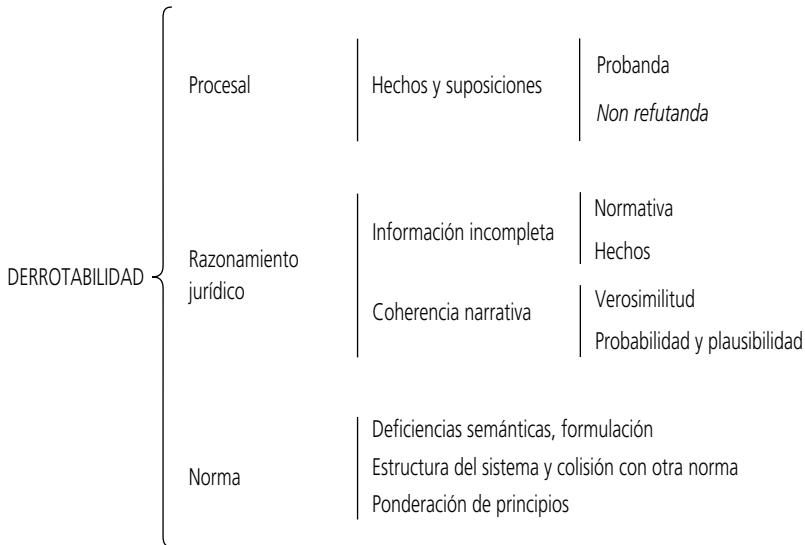
¹³⁶ http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%B3gica_no_mon%C3%B3tona

¹³⁷ Sin posibilidad que sean derrotadas o reinterpretadas.

¹³⁸ Chesñevar, (2000: 343-387)

confirme plenamente la eventualidad de no surgir una excepción que los desvirtúe.¹³⁹

Pero el concepto o atributo de la derrotabilidad en el Derecho¹⁴⁰ en cuanto a su significado, es ambiguo, al ser múltiples los supuestos o eventos a los que se aplica, complicando su comprensión y sistematización.



3.3.1.1. Derrotabilidad normativa y del Razonamiento jurídico

En el tema de la derrotabilidad normativa hay posturas diversas que, a veces, rayan en el extremo de ser antagónicas. Es importante porque, en esa medida, el Derecho puede ser considerado como indeterminado.

Al efecto conviene distinguir entre los conceptos de:

- a) Formulación normativa, son los enunciados del discurso legislativo para ser aplicados a casos concretos.

Explica Hart¹⁴¹ que tanto los límites del lenguaje como la imprevisión en los sistemas jurídicos, entraña distinguir entre dos referentes que son:

- ▶ Núcleo de significado claro, que viene dado por el conjunto de casos respecto de los cuales hay “acuerdo general” acerca de que objetos particulares están incluidos de en su denotación. La existencia de ese núcleo, no controvertido, haría posible identificar el

¹³⁹ Es común que en un proceso por la conducta de las partes o la influencia de reglas procesales que imponen tiempos y condiciones para ofrecer pruebas se construya una “realidad procesal” y en otro asunto análogo el resultado pueda ser diferente.

¹⁴⁰ Visto o entendido como una funcionalidad o disfuncionalidad.

¹⁴¹ Citado por Bayón (2000: 97-98).

derecho sin recurrir a consideraciones valorativas de ninguna clase y aplicarlo mediante un simple “proceso de subsunción y derivación silogística”.

- ▶ Zona de penumbra, resulta que más allá de ese núcleo claro, es decir, donde ya no hay convención firme o acuerdo general acerca del uso de un término de clase, sino sólo “razones tanto a favor como en contra” de su aplicación a un objeto particular, se precipita algo así como una crisis en la comunicación, de manera que en esa zona de penumbra la inclusión o exclusión de un objeto particular se presenta inevitablemente como “una elección entre alternativas abiertas”, esto es, como una decisión discrecional que la norma general correspondiente deja indeterminada.

Pero la textura abierta del derecho proviene, aparte de ese rasgo del lenguaje natural que origina vaguedad, de otros factores tales como una relativa ignorancia de los hechos e indeterminación de propósitos, esto es, relacionada con nuestra incapacidad para prever todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar.

Algunas otras peculiaridades de las formulaciones normativas son:

- ▶ Sólo es posible identificar propiedades relevantes *prima facie*, ya que la relevancia final o concluyente sólo aparece en el nivel del orden normativo en su conjunto a su vez, sujeto a ponderaciones.
- ▶ Cierta actitud o práctica interpretativa puede influir en determinar cuáles son las características que resulten comprendidas por la regla, lo que constituye una cuestión contingente y con márgenes de indeterminación.
- ▶ La textura abierta de ciertas fórmulas, no permite restringir, acotar ni limitar las propiedades de hecho relevantes, especialmente en casos de conceptos jurídicos indeterminados con zonas de incertidumbre decisoria que, necesariamente, conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio, lo indeterminado y ponderable serán los casos o hechos que puedan ser subsumibles en la fórmula abstractizante.

- b) Norma, son los significados de las formulaciones normativas. Para algunos autores como Bayón (2000: 101) hay normas derrotables o abiertas¹⁴² y otras inderrotables que coexisten en un sistema.

¹⁴² Es indiscutible que los principios son normas abiertas y siempre derrotables, en la medida que debe buscarse el óptimo y la máxima eficacia en cada caso, sobre todo que su aplicación se da en contextos o ambientes de tensión con otros principios. Sin embargo esta peculiaridad también se da en tratándose de las reglas cuya estructura condicional consiste en un supuesto de hecho y consecuencias. Para Dworkin y García de Enterría aún para los casos difíciles por vaguedad, textura abierta del lenguaje o discrecionalidad, la respuesta es única y perfecta, no son lagunas sino casos que mediante la aplicación hermenéutica y sistemática del orden jurídico, especialmente aplicando principios de manera ponderada se colma la aparente laguna u omisión

En ciertos casos, existen determinadas convenciones interpretativas o prescripciones,¹⁴³ capaces de identificar y considerar el conjunto de propiedades relevantes de las normas como condiciones suficientes de las calificaciones normativas.

Sin embargo, de ser el caso que no existan tales estipulaciones o precedentes, asumir cualquier postura posible en un ambiente discrecional conduce a indeterminación y derrotabilidad. Incluso puede ser que se establezca la relevancia de propiedades distintas a las previstas en el supuesto de hecho, siendo un ejemplo las lagunas axiológicas donde principios o valores del sistema pueden implicar una corrección normativa o la interpretación conforme.¹⁴⁴

Conviene distinguir si lo derrotable puede ser la norma ya sea porque las excepciones no sean especificables de antemano o simplemente por que el supuesto de hecho queda indeterminado en cuanto a establecer, de manera cierta y cerrada, que casos son subsumibles y cuales no. Al respecto dice Bayón (2000: 105) lo siguiente:

... ello querría decir que la norma se acepta como una mera regla de experiencia [*rule of thumb*], lo que implica que solamente a partir de ella no es posible derivar ninguna solución concreta respecto de ningún caso particular, puesto que para llegar a establecerla siempre será necesaria una evaluación, que por hipótesis no estaría guiada por criterio alguno proporcionado por el propio sistema normativo, acerca de la relevancia o irrelevancia de cualesquiera propiedades del caso concreto distintas de las que definen el supuesto de hecho de la norma derrotable.

Si ésta conclusión es correcta, cabría afirmar que una norma jurídica genuinamente derrotable deja el derecho indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en su supuesto de hecho, de manera que la resolución de cualquiera de éstos requiere siempre una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador.

- c) Enunciado normativo que construye el juez u operador jurídico para fundar la decisión del caso, el cuál está subordinado a los hechos acreditados.

Al ser una formulación casuística, comparte algunas de las peculiaridades atribuibles a las formulaciones creadas por el legislador. Estas decisiones que pueden constituir precedentes son de aplicación uni-

legislativa; es una postura ultra-racionalista que en buena medida niega la derrotabilidad e invoca un supuesto que se resuelve mediante interpretación.

¹⁴³ Entendidas como algo distinto al razonamiento deductivo. Pretender conocer y controlar todas estas variables implica rayar en lo que para Hart sería un “rigor artificial”.

¹⁴⁴ Bayón (2000: 105).

versal para casos análogos, pero cabe distinguir supuestos de excepción, sobre todo por las consecuencias no pertinentes, lo que ocurriría si la aplicación fuera indiscriminada.¹⁴⁵

Estas respuestas se aplican especialmente a casos donde no estén determinados los eventos subsumibles en el supuesto de hecho, se carezca de información completa o falten normas precisas y principios de interpretación.

En razón de tales circunstancias cabe la duda: ¿Es derrotabilidad de normas? o ¿más bien un margen para que el juez construya enunciados normativos con discrecionalidad? ¿puede el juez decidir considerar relevante una propiedad cualquiera, incluso distinta de las que definen el supuesto de hecho de una norma, sin que quepa afirmar que está violando el derecho?

En este sentido conviene Bayón (2000: 106-109) que es válida cualquier calificación concluyente¹⁴⁶ que se dé a un caso individual de acuerdo a una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador, de modo que no concurren las circunstancias que permitirían hablar de una auténtica contradicción normativa.

Luego de esta introducción, la derrotabilidad debe ser entendida como la posibilidad de excepciones implícitas a las soluciones que consagran las normas y, especialmente en el caso de las reglas, donde se dispone de un supuesto de hecho y una consecuencia, ambos interpretables.

El orden jurídico es un conjunto de normas —incluye valores, principios, directrices, definiciones y reglas—, que deben entenderse actuando coordinadamente, de forma integral, de ahí la interpretación sistemática y hermenéutica. Estas ideas aparecen recogidas en el siguiente criterio:

MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.—Conforme al artículo 197, en relación con el diverso 22, fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas abrogada, se declarará la procedencia del retiro del activo de un militar por quedar inutilizado en actos fuera del servicio. Ahora bien, tales disposiciones son insuficientes para declarar el retiro del militar cuando resulta positivo a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) porque no regulan de manera específica esta situación, de manera que para resolver el asunto y lograr una mayor protección de los derechos fundamentales, debe acudirse a la interpretación de los dispositivos constitucionales (desarrollados en diversas leyes federales y tratados internacionales de los que México es parte) que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no

¹⁴⁵ En los Estados Unidos de Norteamérica se aplica la teoría del *stare decisis* pero sin perjuicio de reconocer también el *distinguish* para tratos especiales a los casos de excepción.

¹⁴⁶ Por supuesto motivada en disposiciones generales y principios que conforman al orden jurídico en su conjunto.

discriminación. Cabe señalar que la interpretación implica la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para resolver la insuficiencia normativa. En el caso debe atenderse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios. La primera, que parte de considerar al ordenamiento jurídico nacional como un sistema, busca el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo, es decir, la norma no debe aplicarse aisladamente sino en su conjunto, pues se encuentra condicionada en su sentido y alcance por las demás normas del sistema del cual forma parte. El método causal teleológico busca establecer las causas y los fines de la norma mientras que el de interpretación por principios, pretende descubrir los postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico.¹⁴⁷

En efecto, las normas en general, no aparecen en los códigos integral y debidamente estructuradas —supuesto, cúpula y consecuencia—, lo que obliga a tener que interpretarlas de manera articulada, construyendo en los razonamientos esa ilación sistemática. Esta misma dispersión aparece con las instituciones jurídicas que no se compendian, ni ordenada ni exhaustivamente en los ordenamientos, lo que obliga a enmendar y correlacionar, las más de las veces, disposiciones aisladas.

Pero además, las consecuencias que su aplicación produzca, deben ser consecuentes con los más altos valores y fines, lo que obliga a leer cualquier decisión, en conjunto. Los marcos normativos deben ser considerados en un contexto razonable y adecuado, tanto en lo axiológico como en lo que concierne a la funcionalidad práctica. En este sentido la tesis siguiente:

PRINCIPIOS Y VALORES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN. DEBE ATENDERSE A ELLOS CUANDO LAS LEYES SON INSUFICIENTES PARA RESOLVER UNA CONTROVERSIA.—Cuando las leyes son insuficientes, vagas, imprecisas, ambiguas o contradictorias, debe atenderse a los principios y valores consagrados en la Constitución para resolver una controversia y lograr la óptima aplicación del derecho. Este criterio, que parte de la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, debe aplicarse en la mayor medida posible, en virtud de que las reglas (contenidas regularmente en las leyes) son enunciados que tienden a lograr la aplicación de los principios y valores a los casos concretos y, por tanto, de menor abstracción que éstos. A mayor abundamiento, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal (tesis P. XXVIII/98, página 117, Tomo VII, abril de 1998, del *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta) ha sostenido que atento al contenido del artículo 14 constitucional, ante la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, pueden utilizarse mecanismos de interpretación jurídica que permitan desentrañar su sentido y alcance, y cuando se trata del mandato constitucional, deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los principios, valores e instituciones que salvaguarda.¹⁴⁸

¹⁴⁷ No. Registro: 180,322 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XX, Octubre de 2004 / Tesis: I.4o.A.438 A / Página: 2363

¹⁴⁸ No. Registro: 180,526 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XX, Septiembre de 2004 / Tesis: I.4o.A.439 A / Página: 1836

Otra razón más, es que las normas se redactan, en muchos casos, a partir de conceptos indeterminados o de textura abierta que son causa de vaguedad e indeterminación donde opera la derrotabilidad por la obligada aplicación de principios; o bien, al momento de su concreción en casos particulares y de conformidad con hechos y consecuencias especiales que ameritan ser calificados y, solo entonces, se concreta el límite del supuesto de hecho; todo esto obligan a ponderar aspectos discrecionales y valorativos que la propia estructura legal provoca.

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA.—Los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles aunque en apariencia carecen de una definición concreta, son peculiares en las leyes que, al ser generales, impersonales y abstractas, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo riguroso. Por tanto, la compleja indeterminación de tales enunciados ha de ser dotada de contenido concreto mediante la aplicación, correlación, calificación y ponderación de los hechos o circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice su valoración, y que puedan resultar congruentes con su expresión genérica. Así, esa definición en abstracto, de conceptos laxos o inciertos (precio justo, justicia, autonomía) cuyo contenido puede ser científico, tecnológico, axiológico, económico, político, sociológico o perteneciente a otras disciplinas a las que es menester acudir, adquiere un significado específico, preciso y concreto en presencia de las circunstancias definidas en cada caso particular; esto es, al ser contextualizadas con los hechos del caso, es posible verificar si se obtienen o no los objetivos y fines que deben alcanzar y derivar las consecuencias respectivas, que tomando en cuenta los intereses en conflicto permitan encontrar una solución concreta y práctica, por lo que la aparente vaguedad por falta de una descripción pormenorizada que no detalla los citados medios para una predeterminación a priori del alcance, sentido o contenido limitativo del concepto, es un hecho que puede subsanarse al momento de ser aplicado y no implica dejar en manos de la autoridad la facultad de dictar arbitrariamente la resolución correspondiente, pues el ejercicio de la función administrativa está sometido al control de las garantías de fundamentación y motivación tanto en los casos de las facultades regladas como en el de aquellas donde ha de hacerse uso del arbitrio o la discreción, explicitando mediante un procedimiento argumentativo por qué los hechos o circunstancias particulares encuadran en la hipótesis normativa que, entonces sí, resulta concretada al momento de subsumir los acontecimientos y motivar de esa manera la decisión, evitando visos de arbitrariedad.¹⁴⁹

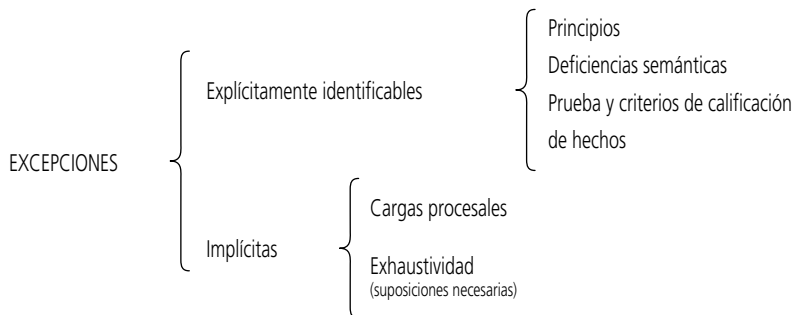
Shauer habla de las reglas «atrincheradas» cuando son razón suficiente para obtener la consecuencia; su sentido y alcance no puede ser variado, a menos que se de un argumento que lo justifique.

¹⁴⁹ No. Registro: 172,068 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* / XXVI, Julio de 2007 / Tesis: I.4o.A.594 A / Página: 2472

La derrotabilidad de normas puede darse también por razones de facto, cuando dos normas impiden que cada una se cumpla a la vez, creando por la aplicación antinomias que la ley, bajo otras condiciones de aplicación, no presentaría o que se den consecuencias contrarias a las deseadas por el orden jurídico.

No debe perderse de vista la perspectiva que el legislador haya tenido al momento de crear una norma, que será a partir de ciertos presupuestos y realidades para provocar determinados efectos regulatorios en la conducta. Sin embargo, esas circunstancias pueden variar y, aún subsistiendo la misma fórmula literal, el cambio en el contexto puede llevar a darle otra connotación en un diverso escenario, de ahí la interpretación evolutiva.

En lo general, son elemento esencial de la derrotabilidad, las excepciones aplicables a las normas y que pueden ser o pertenecer a dos clases como son:



Otras razones más para la indeterminación, es que pueden actualizarse circunstancias tales como la: inconstitucionalidad sobrevenida de algún precepto decretada en una sentencia, aplicación por las peculiaridades del caso de un principio que incide, complementa y corrige el sentido o contenido de la norma, interpretación conforme de tribunales en precedentes, nuevos hechos o contextos de aplicación que plantean lagunas axiológicas, norma que al aplicarse en casos concretos colisiona con otra o con un principio. Todo ello es susceptible de cambiar connotaciones que se antojaban absolutas.

Además es derrotable cuando no es posible precisar, de antemano, en que casos prevalecerá un principio sobre otros y las reglas sujetas a excepciones implícitas por razones de principio Rodríguez-Sucar (1998: 404 y 417).¹⁵⁰

El peso de los principios siempre es relativo, en cuanto que está condicionado a la preferencia que el caso concreto determina. Esa razón obliga a la ponderación, que es paso previo a la subsunción, el objetivo es ir haciendo

¹⁵⁰ Más adelante se desarrolla con profundidad el tema de la ponderación de principios.

explícitas las metanormas convencionales, las que deben crearse o derivarse, *ad hoc* y relevantes para el caso.

Prima facie cabe afirmar que no hay principios sin excepciones, lo que conlleva la búsqueda o construcción de metanormas de prioridad o reglas para el caso particular, aunque susceptibles de universalización, esto es, de aplicación obligada a casos análogos en búsqueda de coherencia.

Los enunciados o razonamientos jurídicos son premisas que deben reflejar o expresar, vía interpretación, del texto legal o de los valores y principios implícitos en el ordenamiento. Pero también son proclives y les resulta peculiar ser consideradas como falibles o revisables, cuando se advierta que ciertas condiciones —de excepción o por defecto— sean omitidas, no se prevean o hayan sido evaluadas de manera inadecuada, lo que conduce a la reformulación de las premisas y determina sean revisables en cualquier momento. Estos son los casos límite o de excepción frente a la hipótesis básica y general de que las inferencias son esencialmente deductivas.

Por tanto, los enunciados jurídicos deben ser una explicación conceptual de textos y principios jurídicos, de una manera tan clara y versátil, que permita aplicarlos a un caso concreto. Pero además, resulta que los hechos, susceptibles de ser subsumidos y a los que deben asignarse consecuencias jurídicas, pueden ser objeto de calificación lo que motive a reformular el marco normativo, especialmente cuando del contexto fáctico se advierta una construcción artificial para simular y abusar de interpretaciones literales de normas de cobertura con las que se intente defraudar al Derecho. En esos casos debe privilegiarse la funcionalidad de los principios y las instituciones.

Si se dispusiera de información completa, segura y no debatible, indiscutible (hecho y Derecho) el razonamiento judicial podría ser reconstruido como una inferencia deductiva¹⁵¹ sin embargo eso sólo ocurre en los casos fáciles.¹⁵²

3.3.1.2. *Derrotabilidad y coherencia narrativa*

La teoría narrativa de la verdad es, en múltiples casos, algo artificial y, si se permite, resulta hasta fantasiosa, ya que las partes plantean en los juicios no la verdad histórica sino lo común es que propongan una versión de los hechos, sesgada y acorde a sus intereses, la que mejor responda a su capacidad de prueba y a convencer y obtener el respaldo del que decide.

En los Estados Unidos de Norteamérica donde sin complejos se reconoce el realismo y la utilidad práctica de los planteamientos, se les denomina a los enunciados de las partes «*stories*» lo que se describe con más amplitud en el apartado 3.5.4.1.

En efecto, se trata de proponer algo que induzca, convenza y hasta cautive

¹⁵¹ Bayón (2001: 41)

¹⁵² Esto sólo podría suceder en los casos fáciles, tratándose de reglas claras, no así cuando son vagas, indeterminadas o se trata de principios en que cabe la derrotabilidad y ponderación o casos difíciles de *quaestio facti* de prueba o calificación de ciertos hechos.

el juez a decidir en el sentido que conviene, por tanto, se debe proponer algo que retóricamente sea productivo y efectivo.

Por su parte la íntima convicción del que decide, sea aceptando o rechazando, puede implicar arbitrariedad, entonces se exige una explicación sobre la razonabilidad de la versión que parezca ser la más creíble y razonable de una realidad que, las más de las veces, no se puede recrear ni reconstruir, menos aún probar de manera directa pero entonces en razón de los intereses en disputa debe decir que es lo razonablemente verosímil y probable que haya ocurrido al tenor de la información allegada y de su experiencia.

Conviene recordar que, en muchos casos, la información disponible será incompleta, derrotable y con múltiples deficiencias epistémicas y, no obstante, debe reconocerse como existente un determinado escenario fáctico que subyace y apoya la pretensión y las defensas opuestas si es que las hay, todo ello sujeto a reglas de un procedimiento de instrucción que rige en ese contexto.

Esta modalidad de coherencia y derrotabilidad tiene que ver, preferentemente, con los enunciados descriptivos tanto de las pretensiones como de las sentencias.

En un primer momento debe atender a la credibilidad de los hechos pero también al valor o significación derivada de la conexión de los datos acreditados que es la fuente de información relevante.

La verdad procesal, debiera coincidir con la del mundo y es así que el sistema se orienta básicamente a hacer concordar la realidad procesal con la realidad empírica. Sin embargo eso no siempre ocurre, ya que en principio se parte de una selección de los hechos considerados relevantes para el orden jurídico a efecto de establecer una consecuencia, pero además, depende de lo que aporten las partes o interesados conforme a un modelo contradictorio donde la realidad procesal es producto de un ejercicio dialéctico, entendido como el método más acreditado aunque no perfecto para la averiguación de la verdad. Comenta Andrés Ibáñez (2006: 21-22) que:

A él se refiere expresivamente la sentencia popular: “de la discusión sale la luz”. Que tiene un equivalente en la afirmación del procesal-penalista Pagano: “la verdad es como la luz que salta por la percusión de dos cuerpos”.

El planteamiento de los hechos es, en realidad, el de una serie de datos o acontecimientos relacionados unos con otros y que aparecen bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, expuestos a través de enunciados o relatos complejos. También son cadenas de datos informativos, argumentos e inferencias.¹⁵³ Es así que lo relevante no son hechos o datos aislados e independientes, sino vistos en su conjunto e interacción, en función de la consistencia, congruencia y coherencia de las *stories* o narrativas que los pro-

¹⁵³ Cabe considerar a los hechos en diversos *status*. Es así que las calidades pueden ser: Hechos en bruto, percibidos, interpretados y su posterior calificación legal para ser susceptibles de generar determinados efectos jurídicos. Su eficiencia surge a partir de que forman parte de un enunciado, donde resulta crucial su coherencia, razonabilidad, probabilidad y verosimilitud.

ponentes construyen —a veces inventan— de manera parcial, interesada, sesgada y conveniente a manera de lograr la eficacia de cierta pretensión u oposición a ella; el objetivo es uno, convencer al juez o auditorio de algo que es significativo para obtener una sentencia favorable a partir de la pretensión que se deduzca y se construye *ad hoc* con ese fin, el éxito radica en tocar las fibras sensibles del decisor para que falle a nuestro favor, esa es la estrategia del litigante eficaz.

3.3.1.2.1. Hipótesis fácticas

En los procesos judiciales, puede afirmarse que, de manera casi absoluta, los enunciados fácticos tanto de las partes¹⁵⁴ como de quién decide, tienen la naturaleza de «meras hipótesis», esto es, son apenas suposiciones de algo posible o imposible para pretender sacar de ello una consecuencia. Es así que el *thema probandum* llega al debate como un enunciado o, mejor aún, son varias hipótesis en pugna, susceptibles de segmentarse o fragmentarse en sub hipótesis y de descomponerse en una serie de hechos, en términos alternativos o excluyentes que deberán ser examinadas de forma contradictoria. Comenta sobre el particular Andrés Ibáñez (2006: 28) que:

La hipótesis sugiere una relación de coherencia entre los distintos elementos integrantes de la cuestión de hecho, que es lo que la hace plausible. Y se ofrece como comprobable a partir de los datos susceptibles de obtenerse de las fuentes de prueba que se señalan. La hipótesis es, pues, una propuesta de explicación, que debe aparecer verosímil, es decir, dotada de apariencia de verdad en lo que afirma. Pero ella misma no prueba, precisa ser probada. Una buena hipótesis, ya en el momento inicial de su planteamiento, debe aparecer capaz de abrazar todos los hechos relevantes en su complejidad, organizarlos adecuadamente, sugerir una explicación a simple vista convincente sobre la forma de su producción. Después, resultará, además, efectivamente explicativa cuando sea compatible e integre armónicamente el conjunto de los elementos aportados por la actividad probatoria.

Son ampliamente conocidos y citados por la doctrina los criterios valorativos sobre la aceptabilidad de las hipótesis que proponen Copi y Cohen (2004: 530-535).

- ▶ Atinencia o relevancia, las hipótesis no son autónomas, tienen como razón de ser explicar un determinado hecho que debe ser deducible de ella sola o en conjunto con ciertas leyes causales que se han establecido como altamente probables y justifican la inferencia. Una buena hipótesis debe ser relevante.
- ▶ Verificabilidad de las científicas o susceptibilidad de control de las no científicas, lo que implica la posibilidad de hacer observaciones que

¹⁵⁴ Los planteamientos de las partes o interesados son entendidas como una hipótesis de trabajo y es la que se establece provisionalmente como base de una investigación o conflicto que puede confirmar o negar la validez de aquella.

permitan confirmarla o invalidarla. Hay entidades no observables pero debe existir la forma o razonamiento para pasar de estas a otras que si sean observables. También debe existir cierta conexión entre cualquier hipótesis científica y datos empíricos o máximas de experiencia.

- ▶ Compatibilidad con las hipótesis previamente bien establecidas, las hipótesis complejas o ulteriores para ser aceptables deben ser compatibles o consistentes con otras que ya han sido confirmadas o aceptadas. La ciencia al buscar más hechos intenta lograr un sistema de hipótesis explicativas y los elementos del conjunto no han de ser contradictorios sino que el sistema ha de ser auto consistente. Esto sin perjuicio que el avance del conocimiento reemplace a ciertas teorías.¹⁵⁵ Sin embargo, toda teoría confirmada ha sido establecida luego de haberse demostrado que era adecuada para la explicación de una cantidad considerable de datos o hechos observados y, por tanto, no puede ser destronada o desacreditada por ninguna hipótesis nueva, a menos que ésta última pueda explicar los mismos hechos tan bien o mejor que la anterior; los cambios representan una mejora, una explicación más amplia y más adecuada de la forma en que el mundo se manifiesta en la experiencia. Siempre debe preferirse la hipótesis que mejor se conforma al cuerpo de la doctrina ya aceptada.¹⁵⁶
- ▶ Poder predictivo o explicativo, es la aptitud de la hipótesis para deducir hechos observables, se dice que son explicados por ella o que los predice. Convencionalmente surgen hipótesis contrarias, lo que orilla a evaluarlas conforme a los criterios siguientes:
 - ▶ Si una de las hipótesis es incompatible con algún hecho observable, resulta falsa.
 - ▶ Es preferente la hipótesis que guarde más compatibilidad con todo el cuerpo de teoría científica o de experiencia ya establecido.
 - ▶ Suponiendo que las hipótesis H_1 y H_2 implicaran consecuencias incompatibles, deben de experimentarse. Si H_1 implica que en determinada circunstancia C se producirá el fenómeno F , mientras que H_2 implica que en la circunstancia C el fenómeno F **no** se producirá, entonces es necesario provocar la circunstancia C y observar la presencia o ausencia del fenómeno F para concluir cuál de las hipótesis es verdadera.
- ▶ Simplicidad, tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, son preferibles las teorías basadas en explicaciones más cortas, sim-

¹⁵⁵ La teoría de la relatividad de Einstein echó por tierra muchas de las preconcepciones de la vieja teoría de Newton.

¹⁵⁶ En el ámbito judicial un precedente puede ser superado y reemplazado por otro, lo que determina razonar para acreditar que el nuevo rival es más adecuado o mejor que el anterior ante igualdad de presupuestos o antecedentes, implica una correspondencia en la *ratio decidendi*.

ples, con menos antecedentes, más elocuentes, pero al mismo tiempo que den cuenta y se adapten a la totalidad de hechos disponibles. En efecto la decisión debe basarse en la hipótesis que resulte más sencilla o natural, con mayor coherencia narrativa.¹⁵⁷

Taruffo (2002: 436) entiende que la motivación del juicio de hecho es explicitar, mediante un argumento, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba como base para fundar la hipótesis fáctica, lo que implica varios momentos o etapas e incluye:

- ▶ Dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba;
- ▶ Inferencias que a partir de ellos se formulan;
- ▶ Criterios utilizados para extraer conclusiones probatorias;
- ▶ Dar cuenta de los criterios con que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos; y,
- ▶ Razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre los hechos esté justificada.

Por tanto, cuando se habla de pruebas, estas se refieren más propiamente a la credibilidad de los enunciados que a la de sus elementos o información sustantiva.

Y es que, de esta realidad empírica —usualmente del pasado— de la cual la autoridad administrativa o el juez son ajenos, no obstante ello, deben decidir como si se tratara de una experiencia real y propia, que les constara; lo cual es auténticamente una ficción.

Su análisis se da a partir de acreditar su existencia para concluir con su relevancia y eficacia en el contexto del orden normativo.

En efecto, tanto en las pretensiones de las partes como en las decisiones judiciales el mundo o premisa fáctica no es independiente del contexto o premisa jurídica sino que interactúan en una relación de correspondencia y complementariedad; constituyen un maridaje indisoluble.

El tema de la relevancia no es algo simple o sencillo ya que no cualquier hecho o circunstancia ha de ser tomado en cuenta sino los pertinentes al marco normativo conforme al cual se emita el acto o resolución; otros datos se excluyen.

El *quid* es que a partir de ciertos hechos o premisa fáctica, lo que implica hacer referencia a hechos probados o probables pero verosímiles deben ser interpretados y luego cualificados jurídicamente,¹⁵⁸ se elige el marco normativo

¹⁵⁷ Exponen Copi y Cohen (2004: 535) que en un juicio la parte acusatoria trata de elaborar una hipótesis que incluya la culpa del acusado y encaje con todas las pruebas de que se dispone; por su parte, el abogado defensor intenta construir una hipótesis que incluya la inocencia del acusado y que se adapte igualmente a todas las pruebas de que se dispone; la decisión se basa, habitualmente, a favor de la hipótesis más sencilla o natural. En la jurisprudencia norteamericana la elocuencia y retórica de las *stories* es muy importante.

¹⁵⁸ Así como hablamos de los hechos cualificados por el Derecho para asignarles una rele-

que regirá, a partir del cuál se comprenden y se deben consignar y deducir de los hechos relevantes para una decisión debidamente motivada; esa *quaestio facti* es el límite y referente. Es así que la sustancia o naturaleza de los hechos, resulta crucial para definir e interpretar el alcance y finalidad de la regulación, que debe ser pertinente a las peculiaridades de esa realidad regulada en razón del reconocimiento que, usualmente, la ley hace de otras disciplinas.¹⁵⁹

Verosímil significa que la afirmación es creíble porque en varios o innumerables casos algo sucede de cierta manera o una práctica acontece con cierta regularidad. Es la cercanía, proximidad o representatividad de una aserción respecto a la realidad de que se ocupa; también es la correlación entre una descripción y el orden o funcionamiento normal de las cosas, que recogen las máximas de experiencia (Taruffo 2002: 183-190).¹⁶⁰

Incide en aceptar o rechazar el hecho alegado, el cual se contrasta con experiencias de la realidad.

Su fundamento radica en la regla del «*id quod plerumque accidit*» —las cosas que ocurren con frecuencia, a menudo, ordinaria o generalmente— implica una práctica empírica que, en ocasiones, la ley llega a reconocer como presunción, derivada de cómo es el comportamiento humano, en la generalidad o número importante de casos; coincide con el comportamiento habitual o criterio de normalidad.

En simetría, se tiene que lo inverosímil es algo que se estima casi imposible o imposible de ser o acontecer.

El juicio de verosimilitud consiste en afirmar que el hecho, si fuese verdadero —y se conjetura que lo es—, se correspondería con lo que sucede normalmente. (Taruffo 2002: 507)

En ese contexto, un razonamiento de tipo indiciario debe estimarse verdadero cuando el comportamiento corresponde al principio «*id quod plerumque accidit*» máxime si, además, responde a la racionalidad económica de una actividad ilícita imputada, que es común suceda, sobre todo cuando estadísticamente se dan ciertas condiciones o incentivos, tal como aconteció en otras ocasiones, lo que orienta a calificar a los hechos como verosímiles.

vancia en los actos o hechos jurídicos, podemos hablar de la cualificación de los enunciados jurídicos, por la materia o las prácticas usuales, para asignarles, válidamente, una congruencia y coherencia externa, esto es, en relación con la realidad a la que se aplican y la naturaleza de los fenómenos que regulan.

¹⁵⁹ Ejemplos de ello son la materia ambiental o económica donde las razones, reglas, principios, métodos, máximas de experiencia, prácticas habituales, finalidades, motivos y demás peculiaridades de esas ciencias son consideradas y reconocidas por el Derecho lo que conduce a incorporar o extender el alcance del marco regulatorio al de la especialidad de la materia normada; de ahí que podamos hablar de interpretación ambiental o económica de la norma. Que no decir de la tendencia, cada día más intensa, de «positivizar» la moral a través de la determinación de la justicia y de los derechos fundamentales Zagrebelsky (1997: 114).

¹⁶⁰ Algunos ejemplos al canto, las gentes con prisa conducen velozmente sus autos, las personas atemorizadas tienden a mentir u ocultar algo que les amenaza, un mercado altamente competido con pocos oferentes es propicio para que se den acuerdos colusivos, etcétera.

Sin embargo cabe dejar patente que la mera verosimilitud de los hechos o conductas, esto es, su correspondencia con la realidad, no implica que el enunciado fáctico sea verdadero, pues se requiere probar la existencia, calidad y suficiencia de los hechos o indicios que lo conformen. Finalmente, dado el caso de hipótesis alternas o en contra, la calidad de verosimilitud puede ser clave para escoger alguna y desechar otra.

Para Marina Gascón (2004: 221-222) la coherencia narrativa, invocada por MacCormick, debe tomarse en cuenta como un determinante criterio de racionalidad que hace inteligible y aceptable la hipótesis materia del enunciado.

Esto ocurre cuando podemos invocar principios explicativos, bien sea del mundo fenoménico natural, de los avatares humanos o de ambos, si es preciso; en el entendido que tales principios serán causales cuando es factible aplicar argumentos deductivos o probabilísticos; si es el caso que sean inductivos, además se debe considerar el aspecto intencional y motivacional de las conductas.

Probable es un concepto que denota un calificativo, magnitud o intensidad valorativa de las probables hipótesis y tiene, básicamente, dos connotaciones.

- a) Una es matemática y se apoya en lo que es medible cuantitativa y objetivamente a través de métodos estadísticos. Es la medición de resultados previos, antecedentes y consecuentes a partir de datos numéricos para obtener inferencias o baremos, grados de posibilidad o probabilidad que algo ha ocurrido, o bien, que ocurra o que no suceda.¹⁶¹
- b) Otra es la probabilidad lógica que conjuga referencias de lógica formal aplicada a indicadores y elementos racionales y razonables, indicativos de enunciados cognoscitivos y prescriptivos que, en conjunto y merced a una adecuada y convincente argumentación, permiten crear ánimo de que no hay otra opción más aceptable o creíble o incluso de algo que está más allá de toda duda razonable.

La calidad y valor de las hipótesis sobre hechos o enunciados descriptivos atiende a ciertas reglas que principalmente son las siguientes:

- a) ¿Ha sido refutada?—La confirmación de una hipótesis, en principio, depende de los hechos probatorios que la motivan. Pero además, debe someterse a la prueba o test de no refutación, lo que implica especular sobre su problematización. Puede ser refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada o las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, en tanto pierde credibilidad.

¹⁶¹ Por ejemplo, los análisis de sangre para determinar el ADN tienen una fiabilidad y probabilidad cercana al 98 %.

Se tiene como refutada indirectamente cuando implica o conlleva una afirmación que se demuestra es falsa o poco probable.

- b) Derivadas.—Las hipótesis, cuando asumen el papel o función de indicios, conducen o dan pie a otras que son derivadas. A partir de esa relación causal, se tiene que conforme a un razonamiento, si la principal es cierta, entonces la derivada también lo es. Pero también se tiene que si la derivada es falsa, entonces genera suspicacias sobre la verdad de la principal. El atributo de la derivada califica a la principal.
- c) Alternativas eliminadas.—Cuando la información —sea de hechos o de criterios inferenciales resulta incompleta o deficiente—, es usual que por falta de contundencia surjan hipótesis alternativas que compiten entre si, lo que lleva a un proceso de eliminación en el que subsistirá la que mejor resista al test de refutación o resulte ser más sólida. Por regla general, la credibilidad de una hipótesis disminuye cuando haya más hipótesis alternativas.
- d) Coherente.—Cuando el grado de confirmación de dos o más hipótesis es semejante, debe someterse al análisis de coherencia, prevaleciendo la que explique los hechos de una forma más creíble a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos.
Cabe distinguir el aspecto interno, que es la congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis, del externo que es la congruencia con el resto del conocimiento, coincidente con el apoyo teórico que permite incardinar a la hipótesis en el marco de una teoría más amplia.
- e) Simple.—Otro criterio para eliminar hipótesis equivalentes, es la simplicidad. Consiste en explicar más con menos presuposiciones; esto es, requiere de menos hechos desconocidos y criterios de inferencia, lo que confiere más credibilidad.

Como colofón, resulta que es un trabajo de análisis, evaluar la solidez de los antecedentes y ponderar la probabilidad lógica. Andrés Ibáñez (2006: 43) comenta sobre el particular lo siguiente:

No todos los casos de valoración y justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo. Pero en todos ellos habrá de hacerse el necesario para que el lector de la sentencia pueda tener claro: cuál o cuáles han sido las hipótesis de partida relativas al hecho principal y sus elementos integrantes (hechos primarios); cuáles las fuentes de prueba utilizadas y por qué medios se ha producido su examen; y cuáles los elementos de prueba obtenidos en cada caso y su aportación al resultado que se expresa en la decisión sobre los hechos. Y también de qué máximas de experiencia se ha hecho uso y por qué, puesto que es sabido que no todas son de la misma calidad.

La motivación exhaustiva no se debe confundir con la simplemente profusa, entendiendo que la cantidad no es sinónimo de calidad sino que buscando la eficiencia comunicativa, deberán omitirse argumentos *ad pompam* o *ad abuntantiam* y, en cambio, ceñirse a la estructura lineal y a la mayor simplicidad y precisión posible, en el entendido que los objetivos son explicar, justificar y hacer controlable la decisión asumida.

Como síntesis de lo que se lleva dicho, comenta Andrés Ibáñez (2006: 36-37 y 40-41) de manera elocuente y muy afortunada lo siguiente:

En el modelo, hoy constitucional, se trata de que el deber de motivar preactúe —y buena parte de su eficacia radica en que lo haga de manera efectiva— sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, lógicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor transcribir el propio proceso decisonal, sino justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada.

Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas. Wroblewski, por su parte, ha distinguido dos planos dentro del área de la justificación: uno interno, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Esta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir proscripción de la prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional.

Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo.

Pues bien, lo que el juez ha de acreditar de forma explícita mediante el proceso de justificación o motivación es el uso correcto de esos instrumentos. Esto es, que ha operado de forma racional —por tanto en cada caso y en cada paso con un porqué verbalizable— para tomar la decisión de acoger o rechazar alguna de las hipótesis o intentos de explicación que le fueron presentadas.

Debe, por tanto, comenzar por recoger en la sentencia las hipótesis en contraste, y expresar con claridad como reacciona cada una de ella al tenor de lo que resulta del cuadro probatorio. Bien entendido que éste, como producto sintético de lo ocurrido en el juicio, supone una previa valoración analítica de la calidad de cada fuente de prueba y de la(s) máxima(s) de experiencia empleadas en su examen, y del rendimiento de cada uno de los medios de prueba. De todo ello se debe dar cuenta en la resolución.

El modo de proceder suele descomponerse en los siguientes pasos: (1) formulada una hipótesis (por ejemplo: Fulano ha robado dinero, en un atraco en el que resultó lesionado); (2) se deducen de ella las consecuencias que, de ser cierta, se derivarían de la misma (Fulano tendría que presentar los estigmas propios de un traumatismo, guardado o hecho uso del dinero...); y (3) se comprueba si el resultado de la actividad probatoria permite tener por existentes en la realidad los signos de esa hipótesis (Fulano fue asistido por un médico, presenta una cicatriz, cambió ostensiblemente de estándar de vida...).

3.3.1.3. Derrotabilidad procesal

Los enunciados judiciales —tanto de las partes como del juez—, tienen un componente o ingrediente normativo pero también fáctico, por lo que prescriben y describen a la vez, tienen concomitantemente los dos usos. En ambos casos los argumentos resultantes presentan grandes posibilidades de ser derrotados en los casos no fáciles.

El diálogo que se da entre los contendientes en los juicios, consiste, para el actor o demandante, en acreditar la pretensión, a partir de afirmaciones preliminares —por defecto o *prima facie*—, en tanto no está obligado a exponer que no se surten las posibles excepciones.¹⁶² Esto es, tal como en el modelo argumentativo de Toulmin, donde tal tarea, invocar refutaciones o defensas por estar en el caso de alguna excepción corresponde a la parte contraria.

Bayón las refiere como suposiciones por defecto o *prima facie* e implican razonamientos jurídicos que califican normativamente a los hechos y plantean o construyen un enunciado normativo que admite la subsunción de los hechos. Son los elementos y razones de la pretensión o acción.

En efecto, el aspecto sustancial de las pretensiones se integra por:

- i) Condiciones positivas de eficacia, de carácter preliminar, *prima facie* o por defecto;¹⁶³ y,
- ii) Excepciones que perfilan, delimitan y acotan la dimensión de aquellas; pero que resultan difíciles de preveer *a priori*; en esa medida, corresponde invocarlas a la demandada y, a partir de lo cual, se configura la litis. Vienen a ser condiciones negativas, tendentes a la ineficacia del derecho o acción intentado, con la peculiaridad que aparecen dispersas y desarticuladas en el orden jurídico.¹⁶⁴

¹⁶² Sin embargo en ciertos casos si se exige, adicionalmente, demostrar extremos como el interés jurídico en el amparo o desvirtuar presunciones, tal como la de inocencia que favorecen al titular sin mayores cargas probatorias.

¹⁶³ Incluso puede darse el caso que sólo se acrediten algunas, que se estimen suficientes para justificar la suposición de la que se deduce la acción intentada.

¹⁶⁴ Para ilustrar el caso las condiciones positivas son los elementos positivos del delito y las excepciones los negativos que destruyen o trascienden en la ineficacia de los primeros. El fiscal debe acreditar que se actualizan los primeros (papel funcional de demandante) y la defensa del inculpado se basará, esencialmente, en demostrar los segundos. La estrategia defensiva puede fundarse también en demostrar que faltó probar determinada condición positiva que era esencial

Bayón (2001: 11) dice sobre el particular que:

Podemos llamar «condición positiva» a cualquier clase de evento o circunstancia que haya de concurrir para que resulte debida la consecuencia jurídica en cuestión y «excepción» a cualquier componente del antecedente de la norma a cuya ausencia quede condicionada dicha consecuencia.

En el modelo de Toulmin, estas excepciones son los contenidos sea de los cualificadores o de las refutaciones a la pretensión deducida, cuya invocación corre a cargo del oponente u obligado, pues de no ser así, triunfa y produce integralmente sus efectos la acción planteada por el demandante.

Estas excepciones son abundantes en el orden procesal, al grado que, incluso, concede un sinnúmero de prerrogativas o presunciones en favor del promovente. Ejemplos de ello son:

- Ej.** En una reclamación por daños, la intencionalidad se acredita con indicios y será la demandada quien asuma la carga de la prueba respecto de que tal intencionalidad no existió, por haber actuado en ejercicio de legítima defensa o en el cumplimiento de un deber.
- Ej.** En los juicios ejecutivos mercantiles es suficiente con exhibir el título de crédito impagado para hacer recaer la carga de la prueba de cualquier excepción en el demandado.
- Ej.** En los casos de ejercicio del derecho de petición, basta presentar el documento con sello de recibido por la autoridad y el transcurso de un breve plazo, estimado por mera razonabilidad o sentido común, ya que será la autoridad enjuiciada quien deberá justificar la ilícita omisión que se le imputa.
- Ej.** En el caso de las formalidades que deben revestir los actos administrativos, de contenido garantista, se tiene que ante su omisión, surge *ipso facto* la presunción de ilegalidad y agravio en contra del particular; correspondiendo en su caso a la autoridad, demostrar que pudiera ser una ilegalidad no invalidante.

A lo anterior hay que añadir no sólo las condiciones sustanciales del derecho invocado sino determinadas condiciones de carácter adjetivo y relacionadas con la base u origen de las suposiciones: los «hechos» del caso. En consecuencia, resulta que la derrotabilidad de las pretensiones deducidas en un juicio, tiene como causas y condiciones las siguientes:

- Imposibilidad práctica para identificar, *a priori* y exhaustivamente, la totalidad de las excepciones que, de acuerdo al marco normativo que define la litis, puedan darse. En esa medida basta invocar suposiciones *prima facie*.

para justificar la acción. Un ejemplo que determinada violación formal causó, efectivamente, indefensión y trascendió.

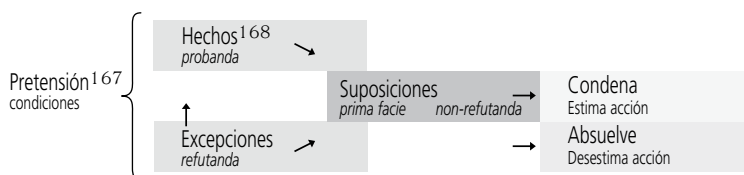
- ▶ Demostración de los hechos o enunciados fácticos que son la base de las suposiciones aducidas.
- ▶ Colaboración y carga procesal del demandado para acreditar alguna excepción que derrote o destruya a la acción intentada, lo que incluye hechos y suposiciones. Comenta Bayón (2001: 13) sobre el tema lo siguiente: Como el sentido obvio de asignar la carga de la prueba de cierta manera consiste en establecer una suposición que rija por defecto y que por tanto quede en pie si no resulta desvirtuada por prueba en contrario, ello es tanto como decir que incumbe al demandado la carga de refutar la suposición procesal por defecto de que no concurre excepción alguna.
- ▶ Ante la posibilidad de información procesal deficiente, se impone la obligación judicial inmediata de decidir con los elementos que, en cierto tiempo y etapas procesales, se disponga.

La derrotabilidad de las pretensiones judiciales, depende de la interacción entre las:

- ▶ Reglas primarias, que instituyen cuales son las condiciones para una cierta consecuencia jurídica, según Hart; y las,
- ▶ Reglas secundarias,¹⁶⁵ que establecen a los jueces cuáles son las condiciones para que dicten una decisión que tenga a dicha consecuencia jurídica como contenido cuando enjuician un caso.¹⁶⁶

En ese contexto, destaca el papel que pueda jugar la parte demandada, relacionado con el cuestionamiento en lo referente a la prueba de los hechos y en cuanto sea capaz de acreditar alguna excepción a la regla primaria, o que faltó una condición necesaria; sobre todo, si estas no resultan ser taxativamente enumerables, por que sean abiertas o eventuales las posibilidades de que ocurran.

Como ya he dicho, las reglas adjetivas o secundarias de adjudicación permiten y, en ciertos casos, obligan al juez a resolver y dictar sentencia con información incompleta, no exhaustiva, ni saturada. De ahí que las decisiones, en dos o más casos análogos o incluso originalmente iguales, puedan ser distintas. Estas ideas se reproducen en el siguiente cuadro:



¹⁶⁵ Que son de reconocimiento, cambio y especialmente las de adjudicación, también en la terminología hartiana.

¹⁶⁶ Bayón 2001: 19-20

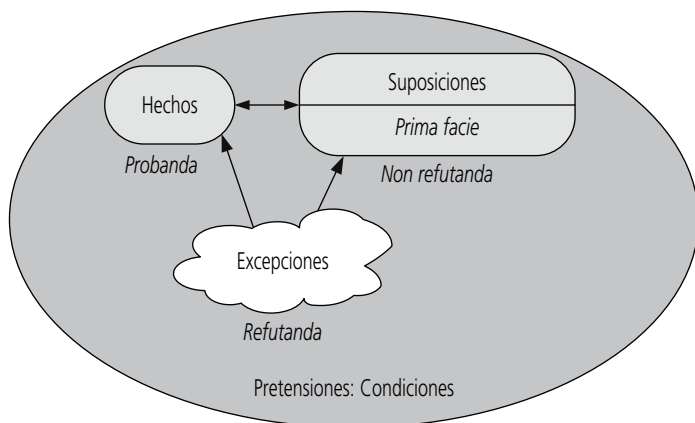
¹⁶⁷ Bayón 2001: 13.

¹⁶⁸ Son los indispensables según normas secundarias o de adjudicación para determinar la procedencia y eficacia de la pretensión o acción intentada.

Lo que en la jerga procesal se denomina documentos o condiciones base de la acción —entendidos como requisitos mínimos de legitimación procesal— son razonamientos *prima facie*, suficientes para sostener la pretensión, que conforman las premisas de los argumentos indispensables; consisten en:

- a) Determinados hechos básicos y relevantes, debidamente probados, aunados a;
- b) Suposiciones indispensables¹⁶⁹ y necesarias para asociar la consecuencia jurídica, aceptados o consentidos por la contraria o no eficientemente refutados o problematizados.

Con base en estas ideas, la composición del concepto pretensión procesal, es como sigue:



Bayón describe las condiciones de la siguiente manera:

Así que, en definitiva, entre las condiciones que operan en el contexto de un litigio para que prospere la pretensión de que se haga valer cierta consecuencia jurídica hemos de distinguir entre hechos que han de ser probados y suposiciones por defecto que no han de ser desvirtuadas por prueba en contrario. Siguiendo la terminología propuesta por Sartor, podemos llamar a los primeros probanda y a las segundas *non-refutada* (Sartor 1995, p. 121). Y aquí lo decisivo sería caer en la cuenta de que la pretensión del demandante fracasará si el demandado logra refutar algún *non-refutandum*, pero prosperará en caso contrario. Lo que es tanto como decir que una decisión judicial en un litigio real estará justificada si se ha probado cada probandum, con tal que no haya quedado refutado un solo *non-refutandum*.¹⁷⁰

¹⁶⁹ También denominadas *prima facie*, son las explícitas y que de acuerdo a las pretensiones deducidas, son de cumplimiento y acreditación esencial e insuperable. Pueden agregarse otras complementarias que la propia litis exija se actualicen. Por defecto se deben acreditar por el demandante y el papel de la contraparte es refutarlas o cuestionarlas, poniendo en evidencia deficiencias o que se trata de un caso especial donde surgen reglas de excepción que hacen inviable la pretensión.

¹⁷⁰ Bayón (2001: 13-14).

Los elementos descritos de la pretensión se conocen también como creencias,¹⁷¹ que en condiciones típicas, normales y recurrentes, se exigen para la funcionalidad y eficacia de los argumentos. Estas condiciones «normales» de la práctica judicial se van construyendo, reconstruyendo, aceptando o exigiendo por la experiencia, los precedentes que determinan evoluciones contextuales y conceptuales de requisitos y la conveniencia de aceptar referentes que se van teniendo como indiscutibles o *topoi*; no obstante de que puedan ser revisables, rectificables y superables por nuevos contextos y definiciones que la práctica cotidiana determina o la posibilidad de ir alcanzando objetivos o consecuencias que el orden jurídico o la sociedad impongan o recomienden.

Es así que influye la nueva información tanto de los hechos como del entendimiento y aplicación del Derecho; las conveniencias jurídicas, morales o sociales; la adecuada o inadecuada solución de casos precedentes y, en general, experiencias o mejores alternativas que se pretenden alcanzar y determinan que pueden ser derrotables condiciones que antes eran eficientes o funcionales o viceversa; los precedentes y casos reiterados permiten construir taxonomías de lo que debe acreditarse pero también de aspectos que aunque no se propongan o problematicen, se consideren como si fueran entimemas.¹⁷² También puede ir cambiando o evolucionando la calidad de las suposiciones o exigiéndose como *probanda* ciertos hechos que antes no se consideraban pertinentes o necesarios.¹⁷³

La derrotabilidad procesal esta basada y determinada, en buena medida, por el papel que desempeñan las normas jurídicas secundarias, asociadas o encadenadas con el comportamiento que asuman las partes. Tal como antes se dijo, este esquema implica y supone que si tengo “p” —pretensión— y no hay “e” —excepción— se sigue la consecuencia “c”. Por tanto se tiene que la fórmula ‘p→c’, en realidad, su real representación sería: ‘(p̂-e) → c’. Esto es así por que si se prueba la excepción se tiene entonces que ‘(p̂e) → -c’.¹⁷⁴

Esto obedece no a una regla de lógica sino a una regla secundaria de adjudicación —adjetiva— que determina construir con información incompleta o

¹⁷¹ Entendidas como el contenido de las premisas de los argumentos.

¹⁷² Son silogismos a los que falta una premisa, usualmente la mayor pero en razón de la obviedad de que determinadas reglas sean aplicables a ciertos casos, se consideran bien contruidos y se les da la eficacia plena.

¹⁷³ Las causales de sobreseimiento en el juicio de amparo mexicano son exigencias de procedencia de la acción que, en algunos casos, han obedecido al abuso del juicio que ha llevado a volúmenes tan grandes que han generado rezago y atascos de la función judicial. Por otra parte, es peculiar cuando los jueces advierten, en casos específicos, que se han dado soluciones injustas por haberse reducido las condiciones de procedencia que, dentro de ciertos esquemas discrecionales limitados, puedan suplirse deficiencias o invocar criterios apagógicos garantistas. Por el contrario, cuando se aprecian abusos, se opta por exigencias rigurosas tendentes a frustrar esas iniciativas. De ello da cuenta la discrecionalidad judicial que siempre debe estar justificada mediante argumentos plausibles o razonables. Es así que, en ciertas materias, se permite suplir deficiencias o exigir perfección de pretensiones en razón de manipular prudentemente el principio de estricto derecho. En la materia civil se aplica el principio *iura novit curia*. En estas apreciaciones discrecionales es importante la tendencia sociológica y axiológica del juzgador.

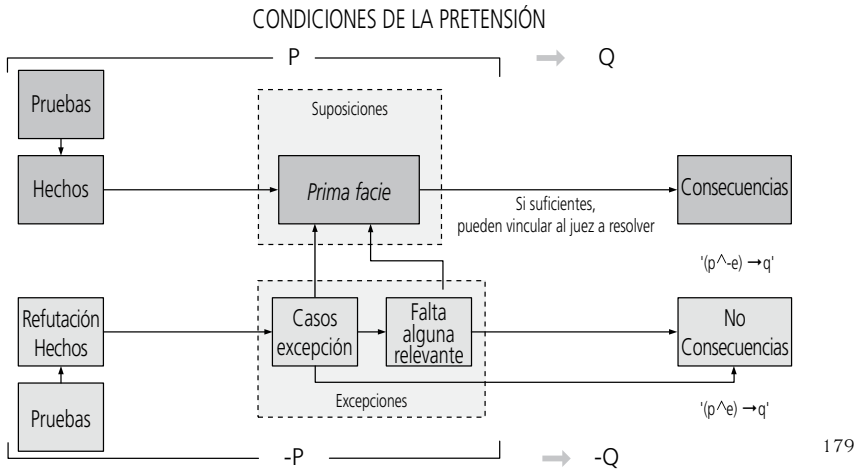
¹⁷⁴ Bayón (2001: 42).

inconsistente —bajo un esquema o modelo dialéctico de problematización o la falta de él— las premisas de la decisión.¹⁷⁵

... dirigida al juez que le ordena dictar una decisión con el contenido *c* toda vez que el demandante haya probado *p* y el demandado no haya probado *e* (y también no dictarla, a pesar de que se haya probado *p*, si además el demandado ha probado *e*).¹⁷⁶

... la derrotabilidad procesal fracasa porque confunde una regla jurídica secundaria de adjudicación con una supuesta regla de inferencia no monotónica.¹⁷⁷

A partir de lo expuesto, se tiene que el esquema general básico de las pretensiones, en cuanto a derrotabilidad, incluye reunir las condiciones de la pretensión pero siempre en correlación con el comportamiento de contenido refutatorio de la parte demandada u opositora, que se explica en el diagrama siguiente:¹⁷⁸



¹⁷⁵ Hay mandatos (reglas y principios) que obligan al juez a resolver con las evidencias que le alleguen las partes al proceso, incluso hay presunciones que lo orillan a tomar una determinada decisión que puede no corresponder a la realidad o a otro caso donde la información para decidir sea distinta.

¹⁷⁶ Bayón (2001: 42)

¹⁷⁷ Bayón (2001: 43)

¹⁷⁸ El símbolo \neg significa negación que también puede representarse con $-$. El símbolo \wedge es conjunción en tanto que \rightarrow es el condicional o hipotético que se debe leer: "si ... entonces".

¹⁷⁹ El planteamiento de la demanda, básico o *prima facie* ' $p \rightarrow q$ ', debe abarcar o ser inclusivo de todos los hechos *probanda*, los cuales han de haber sido acreditados y las condiciones o suposiciones *prima facie* no hayan sido superadas o refutadas por lo que adquieren el carácter de *non refutada*. Es en ese contexto que dan la apariencia de ser suficientes lo que aunado a una regla procesal, obliga a decidir con ese material o información que no fue problematizado, puesto en duda ni demostrada alguna causa de excepción.

El papel de quien se opone puede implicar: Refutar los hechos que el proponente considera o plantea como probados; cuestionar las suposiciones *prima facie*, bajo el argumento que pueda actualizarse uno o varios casos de excepción; estimar que falta o se carece de una suposición necesaria, de ser así tendríamos que se actualiza $'(p \wedge e) \rightarrow \neg q'$.

Un ejemplo puede ser la impugnación que se haga de un acto administrativo violatorio del principio de legalidad.¹⁸⁰ En ese contexto pudiera plantearse, en la demanda de un juicio contencioso administrativo, que el acto carece de la adecuada motivación por lo que debe decretarse la nulidad.

Sin embargo, la autoridad demandada al producir su contestación puede hábilmente argumentar que el defecto en la motivación corresponde a una ilegalidad no invalidante por no ocasionar ningún perjuicio, suponiendo que en una actuación anterior se dio al actor amplia información de la motivación por lo que la actual decisión debe calificarse como suficientemente motivada *per relationem*, lo que determinaría que la suposición *prima facie* de ilegalidad lesiva, ha sido derrotada al no acreditar el actor una suposición necesaria —afectación material a la defensa y trascendencia de la violación—, necesarios e indispensables para la procedencia y eficacia de su acción en términos del artículo 51, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Sin embargo, para el evento de no darse la eficiente defensa del acto, el juez, con los elementos *prima facie* que le aportó el actor en la demanda, debe decretar la nulidad del acto, en cambio que, bajo el contexto de problematización citado, la decisión sería en el sentido de reconocer la validez del acto impugnado.

Otro ejemplo es el de un servidor público que fue sancionado por aprobar la propuesta de una empresa que participó en una licitación, sin verificar el cumplimiento exacto de todos y cada uno de los supuestos de las bases, resolviéndose que su conducta infringía aspectos de legalidad. Sin embargo, la defensa invoca que ese comportamiento fue para privilegiar la eficiencia del servicio público, lo que puede justificar apartarse de acatar ciertos extremos de legalidad. Este es un ejemplo también de un supuesto *prima facie* que es derrotado por actualizarse una excepción o matiz a una determinada conducta que, en principio, es exigible pero con posibilidades de excepción. La tesis siguiente da cuenta del caso relatado:

OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS. CONFORME AL ARTÍCULO 38, PÁRRAFO CUARTO, DE LA LEY RELATIVA, EL SERVIDOR PÚBLICO FACULTADO PARA EVALUAR LAS PROPUESTAS PARA QUE UNA EMPRESA PARTICIPE EN UNA LICITACIÓN PÚBLICA, PUEDE SOSLAYAR LOS REQUISITOS INCUMPLIDOS QUE, POR SÍ MISMOS, NO AFECTEN LA SOLVENCIA DE AQUÉLLAS.—En los procedimientos de licitación pública, las propuestas de las empresas participantes deben ser evaluadas con el propósito de verificar que cumplan con los requisitos estipulados en las bases de la licitación; por eso, los servidores públicos que tengan a su cargo esa función, deben tomar en consideración las salvedades y facultades previstas en la normatividad aplicable, para que puedan llevar a cabo un análisis que atienda al fin último del proceso de licitación, que es conseguir las mejores condiciones para el

¹⁸⁰ Conforme a lo previsto en los artículos 16 constitucional y 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, los actos de molestia de las autoridades deben constar por escrito y estar suficientemente fundados y motivados en cuanto a la causa legal del procedimiento.

Estado en un contexto de legalidad y eficiencia. Así, de una interpretación axiológica del artículo 38 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es posible establecer que privilegia el principio de eficiencia que deben observar los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar en su primer párrafo que las propuestas de las empresas licitantes deben evaluarse verificándose que cumplan con los requisitos estipulados en las bases de licitación, mientras que en su cuarto párrafo contempla que si el incumplimiento de alguno de ellos, por sí mismo es intrascendente y no afecta la solvencia de la propuesta, no debe ser motivo para desecharla; de manera que un servidor público actúa conforme a derecho cuando, haciendo uso de esta facultad, sin tomar en cuenta rigorismos legalistas o textuales, evalúa una propuesta estimando que resulta solvente y la más adecuada en razón de sus efectos y funcionalidad, así como que reúne las condiciones mencionadas, toda vez que el descrito párrafo cuarto matiza y flexibiliza la evaluación de los requisitos señalados en las bases de la licitación, facultando al servidor para que califique la propuesta soslayando los requisitos incumplidos que, por sí mismos, no afecten su solvencia. Interpretar el citado precepto 38 considerando que el servidor público siempre debe evaluar todos los requisitos, aunque sean intrascendentes, sería ponderar su conducta sin atender a la finalidad del numeral, así como a los valores y principios contemplados en el mencionado artículo constitucional.¹⁸¹

Viene al caso la siguiente reflexión:

El razonamiento jurídico es derrotable en razón del modo en que están configurados los procedimientos jurídicos.¹⁸²

3.4. CÉLULA JUDICIAL ARGUMENTATIVA

El fundamento y justificación de la norma singular o individual, objetivo de todo argumento judicial, implica hacer referencia a una regla general¹⁸³ o a las consecuencias¹⁸⁴ según lo expresa Alexy.¹⁸⁵

El planteamiento de la litis por las partes, es el presupuesto y límite de la decisión —entendido como la causa y contenido o alcance de la jurisdicción, en razón del principio dispositivo—. Es así que el debate o litis se va construyendo a partir de la actitud estratégica determinada por los intereses en pugna, marco en el cual debe desenvolverse limitada y preferentemente el juez.¹⁸⁶

Otra finalidad que se obtiene de los argumentos jurídicos es conectar a un

¹⁸¹ No. Registro: 170,062 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXVII, Marzo de 2008 / Tesis: 1.4o.A.616 A / Página: 1789

¹⁸² Bayón Juan Carlos (2001: 40)

¹⁸³ Además de citar la regla general se necesita un enunciado descriptivo de las condiciones de aplicación que es la referencia al supuesto de hecho.

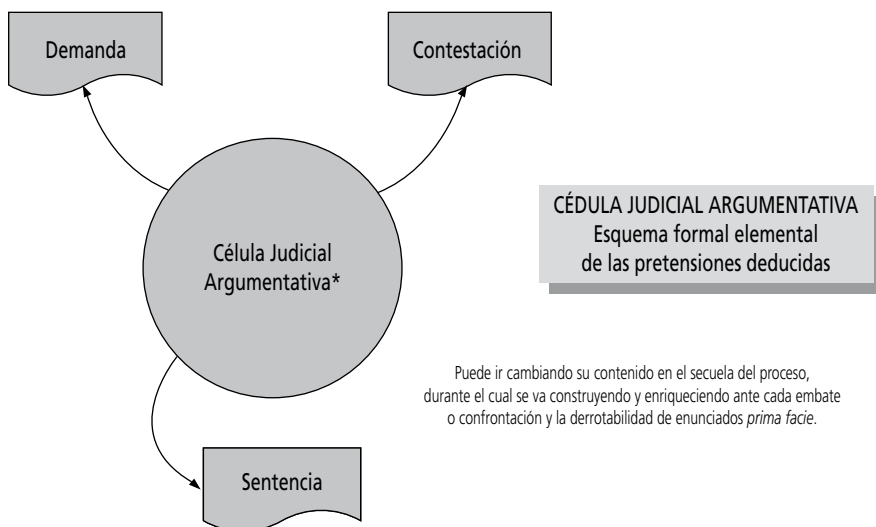
¹⁸⁴ Además de las consecuencias, se debe suponer una regla que diga que la producción de determinadas consecuencias es un estado de cosas obligatorio.

¹⁸⁵ Citado por Moreso (2006: 104)

¹⁸⁶ Es la regla general sin embargo en casos especiales tales como la aplicación de los prin-

caso en específico,¹⁸⁷ con soluciones que hayan merecido muchos otros,¹⁸⁸ en razón de resultar aplicables las reglas, generalidades o garantía que se invoquen como comunes y pertinentes. Es así que a determinados hechos se les procesa o asignan consecuencias de otros casos, en razón de las generalidades, garantías o reglas que puedan ser comunes.

Una adecuada comprensión formal de cómo se estructuran las planteamientos¹⁸⁹ y la decisión resultante, es a partir de un concepto básico y esencial de «pretensión→decisión», para lo cual propongo la idea de una célula judicial argumentativa,¹⁹⁰ de acuerdo al siguiente esquema.



El objetivo de la propuesta es una metodología para regir la forma de proponer las pretensiones —sean positivas o negativas— ordenar o reconfigurar su formulación por el juez, para el caso de que las partes la presenten con reiteraciones inútiles, elementos no relevantes o desordenadamente y sea, en ese sentido, la pauta para la redacción de la sentencia o decisión.

Los elementos de la pretensión descriptivos, prescriptivos y argumentativos, incluyendo los presupuestos legales de procedencia se exponen en el siguiente diagrama que también puede concebirse como elementos de la acción:

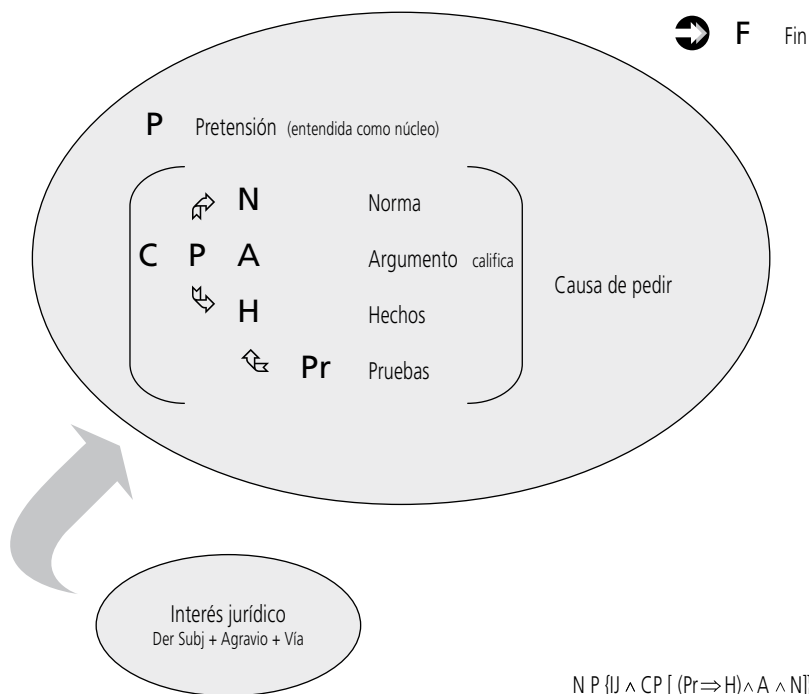
cipios *iura novit curia*, suplencia de la queja, etc., el juez puede invocar aspectos no planteados, necesariamente, por las partes.

¹⁸⁷ Por los hechos o datos pertinentes que lo distinguen e identifican

¹⁸⁸ Iguales o análogos

¹⁸⁹ De carácter y contenido positivo y negativo con funcionalidad contradictoria

¹⁹⁰ Tanto las pretensiones de las partes como las decisiones judiciales deben corresponder a este modelo. Entendido como un esquema básico, ontológico y de control de la argumentación tanto de las partes como del juez. Me parece que el esquema de Toulmin es adecuado para construir a partir de él un modelo a seguir.



Se integra bajo el criterio de la pretensión cuyos elementos —especialmente los relativos a la causa de pedir— deben verse encadenados y relacionados tanto en un aspecto estructural —estático— con un orden y secuencia, como en otro de funcionalidad —dinámico—.

Un aspecto que no debe ser ignorado es el interés jurídico, presupuesto y condición de legitimación y eficacia de la acción judicial¹⁹¹ y de la pretensión. Este concepto incluye la existencia de: *a*) un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado o desconocido, *b*) un agravio o perjuicio, y *c*) la obligación del

¹⁹¹ Toda pretensión tiene un fin dependiendo del interés que anime o sea incentivo de la parte. La fórmula $N P \{ IJ \wedge CP [(Pr \Rightarrow H) \wedge A \wedge N] \}$ significa: La pretensión (P) procedente (N) requiere de interés jurídico (IJ) asociado a la causa de pedir (CP) integrada por pruebas suficientes (Pr) para acreditar los supuestos de hecho que irroguen una lesión o agravio (H) de la norma (N) enlazados mediante un argumento (A). El caso está referido al juicio de amparo por eso es que se contempla la existencia de un interés jurídico, indispensable para la procedencia del juicio de garantías.

¹⁹² La cual puede considerarse desde dos ángulos: Como la invocación y demostración *prima facie* de un derecho público subjetivo, presupuesto indispensable para que los tribunales conozcan de cualquier instancia que se les proponga —relacionada con la garantía de acceso a la justicia— y como la pretensión de obtener una decisión favorable a los intereses subjetivos, titularidad del actor.

tribunal de declarar o constituir un derecho o imponer una condena, para el caso de resultar fundada la pretensión deducida.

Colomer (2003: 187) dice que el trabajo del juez es dinámico, por lo que tomando como punto de partida la realidad fáctica alegada por las partes (*causa petendi*) y conforme con las pruebas propuestas o practicadas de oficio, deduce un relato o relación de hechos probados, que es el resultado del juicio de hecho.¹⁹³ El discurso de la *quaestio facti* es el parangón para controlar la racionalidad de la decisión sobre el *thema decidendi*, según la alternativa elegida respecto al *factum probandum*. El discurso resultante no es libre, debe mostrar la racionalidad, razonabilidad y coherencia de los momentos del procedimiento, mencionando y justificando cada fase —tanto de selección como de valoración de los hechos— en las que el juez tiene poder de decisión.

Toda pretensión¹⁹⁴ surge a partir de un conflicto que debe ser resuelto mediante la aplicación del Derecho; por ende, se aducirá tener un derecho subjetivo o interés legítimo¹⁹⁵ que ha sido violentado, del que se deduce la titularidad de un interés jurídico. Los elementos que deben actualizarse como *causa petendi* son:

- ▶ Un caso en que se den determinadas circunstancias, debida y suficientemente acreditadas, que coincidan con el supuesto de hecho de una norma, de la que se deduce el fundamento de lo pedido —hechos—;
- ▶ La violación o desconocimiento de lo previsto en esa norma¹⁹⁶ como mandato o privilegio —Derecho—; y,
- ▶ Una argumentación que:
 - ▶ califique, interprete y de por sentados los anteriores elementos;
 - ▶ los relacione, de manera que sea evidente la subsunción y, por ende;
 - ▶ determine la justificación y exigencia de lo pedido o *petitum*. Lo anterior se ilustra en el siguiente esquema que ilustra las relaciones y correspondencias —funcionalidad y dinámica— e incorpora las ideas tanto de la derrotabilidad normativa y la relativa certidumbre del valor o convicción de las pruebas, que disponen el cualificador; así como la derrotabilidad procesal regida por la eficacia de las excepciones u oposición que, como refutación, plantear la parte contraria:

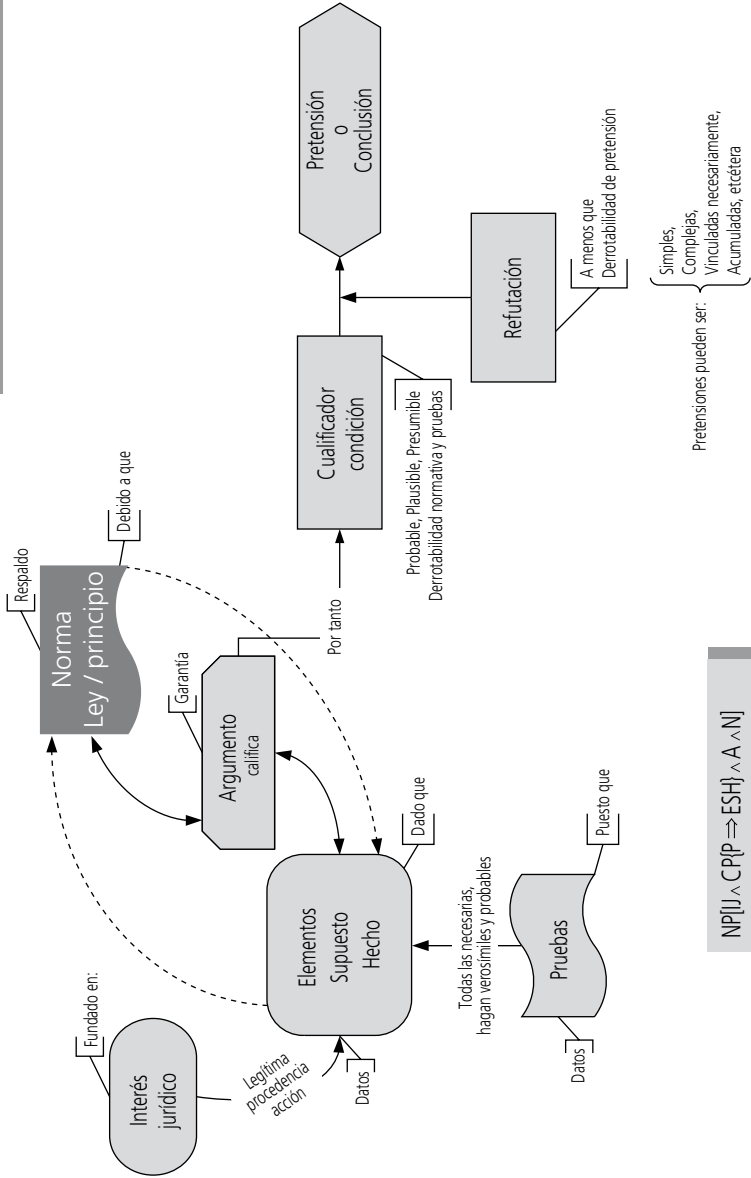
¹⁹³ El iter de este juicio comienza por la existencia de hechos (brutos), su invocación y posterior ofrecimiento o aportación en juicio a efecto de determinarlos y calificarlos jurídicamente, con el fin de construir la premisa fáctica.

¹⁹⁴ Subordinación de que un interés ajeno se subordine o adecue al propio a través de una declaración del juzgador.

¹⁹⁵ O cuando menos una expectativa.

¹⁹⁶ Por norma se entiende una reconstrucción en la que se combinen a partir de un cierto número de disposiciones legales, la totalidad de los elementos del supuesto — integridad de las condiciones positivas y excepciones—, la cópula y las consecuencias, reunidas en un antecedente único. Bayón (2001: 47)

CÉLULA JUDICIAL ARGUMENTATIVA BÁSICA



La expresión y explicación de la fórmula es la siguiente:

- NP Pretensión procedente (*petitum*) a la que ha lugar a condenar al demandado, para lo que se requiere estén satisfechas las siguientes condiciones:
 - IJ Interés jurídico para que se dicte la sentencia que implica la violación o desconocimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo y una vía judicial que permita la satisfacción o restitución;
- CP Causa de pedir que se compone de:
 - P Pruebas suficientes para acreditar la probabilidad y verosimilitud¹⁹⁷ de enunciados relativos a determinados hechos;
 - H Hechos o acontecimientos de carácter empírico o institucional que correspondan y satisfagan íntegramente a los;
- ESH Elementos del supuesto de hecho de una norma que se estima violada o desconocida;
 - A Argumentos explicativos e interpretativos tanto de los elementos del supuesto de hecho como de la norma y la subsunción respectiva; y,
 - N Norma sustantiva o primaria de la que se hace depender la justificación y exigibilidad de la pretensión o *petitum*. Esta regla puede ser la prevista en algún ordenamiento o la que se construya y deduzca a partir de una interpretación constructiva, correctiva o la ponderación de principios.

Esta célula mínima y esencial¹⁹⁸ usualmente formará parte de un organismo mayor¹⁹⁹ que incluya múltiples células que interactúan en una relación de sinergia, complementariedad y hasta enfrentamiento. Su apreciación y análisis debe hacerse desde una dimensión estática o de estructura y una dinámica o funcional de sus elementos.

3.4.1. *Concepciones y justificación de los argumentos*

La existencia y entidad de un problema y más concretamente de un conflicto genera una diversidad de situaciones por las que surge la necesidad de argumentar.

El razonamiento jurídico no puede prescindir de tres concepciones o dimensiones de la argumentación que aparecen combinadas e íntimamente co-

¹⁹⁷ Certidumbre de existencia de los hechos respectivos, en razón de los enunciados respectivos y dentro del contexto procesal del juicio.

¹⁹⁸ Por lo que admite ciertas excepciones o modalidades según la materia, intereses de las partes y circunstancias de ciertos casos paradigmáticos. Tal es el caso del *iura novit curia* y la suplencia de la queja en el juicio de amparo donde se dispensa la expresión de aspectos tales como la norma violentada y el argumento de enlace que pueden o incluso deben ser invocados oficiosamente por el juez de la causa.

¹⁹⁹ Como la demanda, acusación, contestación o sentencia.

nectadas y que, en conjunto, determinan la corrección del razonamiento y la calificación del argumento como bueno.

3.4.1.1. *Formal*

El razonamiento jurídico debe, en la medida de lo posible,²⁰⁰ atender los requisitos de la lógica formal que racionaliza y justifica el paso de las premisas a la conclusión por la relación de inferencia; esto es, permite justificar que a partir de ciertas circunstancias se arribe a determinada conclusión.

Prueba de ello es que, conforme a las leyes y precedentes judiciales, las sentencias deben atender los principios procesales de congruencia, exhaustividad y motivación, so pena de ser nulas. Igualmente, los razonamientos de las partes mediante los que se plantean pretensiones o defensas, deben también observar corrección formal; una prueba de argumentos formalmente inválidos son los conceptos de violación inoperantes.

En este contexto cabe tomar en cuenta que, para algunos, el formalismo jurídico es una concepción del Derecho. Sobre el particular comenta Atienza (2004: 85-89) que el término «formalismo» es oscurísimo y tiende a usarse en sentido peyorativo. Comenta que no obstante existir algunos tópicos como “*las formas son importantes en el Derecho*”, apuntan a cierta ambigüedad que es preciso aclarar a partir de dos maneras distintas de entender el formalismo como:

- Característica del Derecho.—Se identifica con lo que Weber denominó “racionalidad formal” o “Legalismo”.

Es así que el Derecho consiste esencialmente en reglas o elementos abstractos (formas y generalizaciones)²⁰¹ por lo que las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que los decisores, en la mayoría de los casos, pueden prescindir de circunstancias particulares al no figurar en la regla abstracta preestablecida, siendo innecesario tomarlas en consideración y evitando así que, criterios morales y políticos del aplicador, puedan influir o contaminar la decisión.

Resulta así que tomar decisiones, salvo en casos marginales, es una tarea simple y relativamente previsible, reductible a una mera subsunción sin necesidad de deliberar.

El sistema jurídico, en esa concepción cerrada e insular, pierde comunicación e identidad con otros subsistemas sociales, aunque limita o acota el poder de los operadores, lo que parece explicable y justificable para órganos burocráticos²⁰² que conviene obedezcan a parámetros formalistas.

²⁰⁰ Concretamente para resolver los casos fáciles o atender y dar respuesta a problemas simples dentro de los casos difíciles; también para presentar ordenada y aceptablemente la conclusión o desenlace final de los planteamientos, sean de las partes o del juez.

²⁰¹ El Derecho consiste esencialmente en reglas.

²⁰² Situados en niveles bajos de la estructura del sistema jurídico.

- ▶ Concepción del Derecho.—Los elementos formales asumen un carácter de absolutos, como razones fundamentales, a fin de construir una ideología tendente a la simplificación de las operaciones de interpretación y aplicación del Derecho.

En palabras de Hart o Carrió, se intenta no ver los casos de penumbra ni los casos difíciles, tratando a todos como si fueran casos fáciles.

La argumentación de las decisiones se reduce entonces a puras deducciones mecánicas.

Basta una lógica deductiva fundada en simple subsunción y se llega al extremo de reducir a un solo tipo de argumento: el *modus ponens*, el silogismo judicial.

La justificación de las premisas no existe, sino que se limita e identifica con la justificación deductiva. Esto implica que un elemento o aspecto justificatorio de la decisión, que es la deducción, se confunde y a ello se limita la resolución. La crítica no es contra la lógica jurídica sino contra el *logicismo* jurídico que reduce todo razonamiento a sus elementos lógico-formales.

La evaluación formal de los razonamientos implicará que sean atendidos varios aspectos como:

- ▶ Identificar las premisas y la conclusión dentro del pasaje, aspectos que en ocasiones no aparecen claramente conformados o delimitados sino que en una narrativa aparezcan mezclados. Sin embargo para validar una conclusión deben aparecer en las premisas todos los elementos y presupuestos necesarios para justificarla como inferible y no como una imposición arbitraria.
- ▶ Distinguir razonamientos deductivos de inductivos, es importante porque de ello dependerá el valor y la certidumbre de la conclusión que puede oscilar entre verdadera o probable en grados distintos.
- ▶ Traducir mediante proposiciones a notación lógica, poniendo de relieve los conceptos o ideas esenciales para determinadas reflexiones o inferencias. Esto implica construir los esquemas formales o estructurales pertinentes.²⁰³
- ▶ Es a partir de lo anterior que resulta posible construir la prueba formal de validez (*validity*) por una serie de razonamientos conectados o correlacionados (*ars iudicandi* o arte de la verificación).

La dimensión o concepción formal coincide con la justificación interna propuesta por Wróblewski, conforme a la cual, la validez de una inferencia se obtiene a partir de premisas dadas. Es así que a un problema de carácter formal le basta una respuesta de lógica deductiva basada en un esquema bien

²⁰³ Tomar en cuenta lo expuesto en el apartado 3.1.1.

formado que haga válida la inferencia mediante el paso de las premisas a la conclusión.

Incluso esta concepción formal, se corresponde con el argumento principal que propone Toulmin donde el paso de los datos a la conclusión se da, justificadamente, a partir de la garantía.²⁰⁴

MacCormick alude al requisito de universalidad, basado en que la premisa normativa sea la expresión de una norma general o de un principio. Es así que el enunciado normativo indicará: Siempre que se den las razones (A, B, C.) debe tomarse la decisión D; deviniendo en un principio de justicia formal porque será de aplicación universal y consistente para casos iguales o análogos.

A estas ideas agrega que, explicar científicamente un acontecimiento, es no solo mostrar sus causas sino también sostener una hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto.²⁰⁵

El método lógico formal es aplicable para “los casos fáciles” o incluso para determinados aspectos dentro de los casos difíciles donde hayan sido previamente resueltos aspectos de las dimensiones material y pragmática del razonamiento judicial.

3.4.1.2. *Material*

De acuerdo a esta dimensión del razonamiento, lo crucial es la validez o corrección del contenido de las premisas, importa cómo, con qué y para qué se construyan, lo que en filosofía se conoce como el “*ars inveniendi*”.²⁰⁶ Es así que se establece un compromiso con la verdad o corrección del contenido de los argumentos, enunciados o premisas y conclusión, determinantes de su solvencia y seguridad (*soundness*). Coincide con la justificación externa de las premisas,²⁰⁷ recurriendo a teorías no necesariamente formales.

El razonamiento jurídico, en conjunto, que es la materia de análisis o el fondo de todo acto administrativo, demanda o sentencia, no es algo simple; por el contrario, son enunciados que se construyen a partir de discursos complejos basados en datos, información, generalidades en temas jurídicos y no jurídicos, razones e incentivos, entre otros aspectos.

Comenta Atienza (2005: 67-78) que el razonamiento jurídico debe obedecer y contemplar exigencias y finalidades de muy distintos contenidos, entidades y contextos, tales como:

²⁰⁴ Estas ideas han quedado también expuestas en el apartado 3.3.

²⁰⁵ Atienza 1993: 141

²⁰⁶ En el “*ars inveniendi*” o “*inventio*” lo importante es encontrar, descubrir, investigar, aportar e incluso inventar lo pertinente para la correcta o verdadera elaboración de las premisas, puede requerir analizar, separar lo accidental para destacar lo principal; en cambio, el “*ars iudicandi*” se encarga de ajustar discursivamente esos argumentos conforme a reglas lógicas de operación y correlación, aplicaciones precisas que los robustezcan

²⁰⁷ Acordes a la realidad o criterios de válida interpretación del orden jurídico.

- ▶ Lógico formales.—Las reglas básicas de los razonamientos —inductivos o deductivos— a efecto de poder subsumir circunstancias del caso en regulaciones o generalidades que conduzcan a conclusiones o hipótesis válidas.

Sin embargo, este enfoque del Derecho, resulta cerrado, estático e insular, por lo que debe ser apreciado también en relación con perspectivas diversas que son los temas sustantivos de regulación.

- ▶ Sistema social.—Se compone de aspectos muy variados, tales como los morales, políticos, económicos, científicos, tecnológicos y culturales, entre otros, con objetivos y valores que deben ser atendidos. Debe existir, por tanto, un objetivismo mínimo en materia de ética. El realismo supone una concepción dinámica e instrumental del Derecho, limitada a una racionalidad instrumental y estratégica conforme a fines externos. Es así que el Derecho como argumentación, debe ofrecer una reconstrucción satisfactoria de un razonamiento que de cuenta de sus elementos y fundamentos, morales y políticos, dentro de la unidad de la razón práctica.
- ▶ Sistemático.—Identificar, interpretar, construir y aplicar la importancia y tendencias de los papeles que juegan los principios y las reglas dentro de una práctica social compleja. Esto conduce también a ponderar intereses en disputa, hechos y consecuencias, con el fin de solucionar conflictos o atender necesidades, satisfaciendo el interés social a la par de los derechos individuales.
- ▶ Integralidad del Derecho.—Es patente el debilitamiento de la distinción de un lenguaje descriptivo y otro prescriptivo; en cambio, se exige la conexión de ambos a efecto que, la razón jurídica, sea instrumental —medios idóneos— y práctica —alcanzar los fines— reivindicando el carácter práctico de la teoría y la ciencia que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

Si entendemos al Derecho como ciencia social, de carácter instrumental y útil para guiar la conducta de las personas, resulta que los valores o fines últimos están dentro pero también fuera en campos o disciplinas metajurídicas que, en virtud de las normas de reconocimiento, son juridificados.

Por tanto los razonamientos deben apreciarse en su contexto, correlacionados y sistemáticamente vinculados con sus causas, fines y el sistema social al que sirven.

Esto implica que los criterios de validez o corrección se encuentran y dependen de cada campo en que se de la argumentación lo que incluye tomar en cuenta los bienes e intereses relevantes para la moral, política, economía, sociología etc., a fin de asignarles tutela jurídica.

Por lo general los criterios de corrección de las argumentaciones materiales deben ser una buena o adecuada explicación, conjetura, predicción o justificación, basados en máximas de experiencia, leyes científicas o de la sana crítica,

reglas técnicas, principios morales y los fundamentos para avalar la verdad, pasando a un segundo plano el uso de formas argumentales.

Hay problemas materiales que exigen explicar un fenómeno, predecir un acontecimiento, averiguar que algo ha sucedido de tal manera o que tiene tales y cuales características, justificar una acción, recomendar cierto comportamiento, etc., pero lo verdaderamente importante es la actitud de compromiso con lo que se afirma.

El resultado son premisas y conclusiones consignadas en enunciados aceptados por el que argumenta como verdaderos o correctos a partir de razones que dan cuenta de ello. (Atienza 2006: 91-92)

Coincide con esta concepción de los argumentos, la idea de justificación externa, propuesta por Wróblewski, conforme a la cual, no basta sólo la validez de las inferencias sino que también el contenido de las premisas debe estar basado en buenas razones, determinantes de la corrección (normativa) o veracidad (fáctica).²⁰⁸

Esto implica la racionalidad externa de la decisión, de acuerdo a premisas calificadas como buenas según estándares utilizados por quienes hacen la calificación, aportando argumentaciones que pueden no ser deductivas.

MacCormick distingue los casos judiciales fáciles de los difíciles. En relación con estos segundos y tocante a la justificación externa considera que las decisiones deben ajustarse tanto al sistema (de leyes, o de decisiones anteriores) como al mundo debiendo así atender a los requisitos de:

- ▶ Consistencia.—Las premisas normativas de las decisiones no deben entrar en contradicción con normas o enunciados (legales o jurisprudenciales) cuyo sentido esté plenamente consolidado.

En la premisa fáctica, las proposiciones sobre el pasado no deben contradecir afirmaciones verdaderas sobre el presente, sino que deben ajustarse a la realidad en materia de prueba y ser compatibles con hipótesis ya probadas

- ▶ Coherencia.—Asume dos modalidades, normativa y narrativa.

La normativa implica que las decisiones, especialmente ante problemas de interpretación o relevancia, la norma utilizada debe poder subsumirse bajo una serie de valores, principios generales o analogías.

Es dar racionalidad a la argumentación, que sea aceptable en conjunto, además de ponderar el peso de principios y atender a una justificación frágil, débil o derrotable, típica en normas de textura abierta. Son especialmente significativos los argumentos a partir de principios y por analogía.

Conforme a la narrativa y especialmente cuando no existe la posibi-

²⁰⁸ Adjetivo que en inglés es *soundness*, en comparación con *validity* que es propia de la justificación interna.

lidad de prueba directa, el enunciado fáctico debe superar un test de coherencia respecto al mundo fenoménico, explicable en términos de principios racionales y esquemas explicativos revisables (probable y verosímil).

La narración de los hechos debe ser persuasiva, fundada en pruebas y con base adecuada de veracidad. También se exige la ausencia de contradicciones, la exhaustividad y saturación incluyendo que se explique como las eventuales problematizaciones deben tenerse como superadas. La justificación sólo es provisional puesto que los esquemas explicativos son revisables.

- ▶ Consecuencias aceptables.—La justificación de los casos difíciles se da a partir de la interacción entre argumentos basados en principios,²⁰⁹ incluyendo la analogía y otros de carácter consecuencialista, que acaban siendo la base de la argumentación jurídica.

MacCormick distingue aspectos tales como las acciones del juez que producen ciertos resultados como son las decisiones jurídicas y éstas, a su vez, una o varias consecuencias con trascendencia tanto fáctica como jurídica y conectadas con el resultado sea de manera casual o remota.

Las consecuencias han de ser jurídicas, se evalúan en relación con una serie de valores, importando las implicaciones lógicas, siendo los argumentos hipotéticos, no probabilísticos. Las razones utilizadas son finalistas (promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso) o de corrección (de la decisión en sí misma).

3.4.1.2.1. Argumento de respaldo

Cualquier razonamiento jurídico, especialmente si se aprecia desde la perspectiva del modelo de Toulmin, comprende básica y esencialmente un argumento principal, configurado por una **regla** o garantía que permite el paso a la **conclusión** a partir de ciertos **datos** o circunstancias particulares.

Pero la razonabilidad, corrección y validez de las premisas,²¹⁰ depende, a su vez, de otros argumentos que pueden ser denominados de respaldo. Su función es sustentar las aseveraciones que se hagan, tanto de la certeza o probabilidad de los datos o hechos como de la corrección de la regla o enunciado normativo, bases del argumento principal.

Los tópicos²¹¹ en palabras de Atienza (2006: 185) cumplen la función de

²⁰⁹ Entendidos como normas generales que racionalizan a las reglas, lo que implica estén reconocidos por el orden jurídico.

²¹⁰ La **fáctica** que son los datos, circunstancias o hechos del caso y la **normativa** que es un conjunto integrado y fusionado de las normas o reglas adecuadas y pertinentes, adaptadas al caso y debidamente interpretadas y correlacionadas para determinar las consecuencias jurídicas o **conclusión**.

²¹¹ Entendidos como: Expresión vulgar o trivial. Una expresión repetida tantas veces que se ha convertido en vulgar o trivial. Lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o cli-

justificar las decisiones y ser el aval de las buenas razones para construir premisas. Pueden operar como respaldo pero también como garantía de un argumento y ser valiosos para facilitar o incluso resolver cuestiones de relevancia externa.

Es así que el citado respaldo aquilata y fundamenta la importancia, solvencia y la plausibilidad de los enunciados fáctico —datos— y normativo —regla—, en cuanto los conecta, correlaciona y valida, sea en función del mundo real o del sistema normativo a los que pertenecen y son su antecedente.

El Derecho, como ciencia social no es un fin, sino un medio e instrumento, una técnica social que induce a las personas para que asuman determinada conducta, socialmente deseada, ante la amenaza de una medida coercitiva en su contra.²¹²

Es así que los dominios, valores, reglas y objetivos de otras disciplinas o ciencias tales como la economía la política, la moral pública, la ingeniería, etc., son juridificadas o reconocidas por el Derecho. Por lo tanto, al ser adoptadas, reconocidas e incluidas por el sistema jurídico las leyes que rigen en tales disciplinas, resulta que, ahora el Derecho, asume la encomienda de obtener y alcanzar los fines económicos y sociales consiguientes. El resultado es que razones extrajurídicas, como pueden ser las político-económicas, morales, técnicas y otras más, se convierten en razones del Derecho y, en consecuencia, deben ahora lograrse los fines respectivos de la mejor manera posible: la óptima para cada caso.

Bajo ese enfoque resulta que la *ratio* y esencia del respaldo de cualquier enunciado normativo debe tender hacia alguna consecuencia o fin valioso, consignado originaria y típicamente en la ciencia jurídica o fuera de ella.

Para ejemplificar, resulta que para el cabal entendimiento de un concepto ahora normativizado como la proporcionalidad en relación con la capacidad contributiva, regulado en el artículo 31, fracción IV, constitucional, es necesario tomar en cuenta factores y finalidades económicas y políticos involucrados. Análogas consideraciones cabe hacer con otros conceptos tales como medio ambiente sano, poder sustancial en el mercado relevante, competencia desleal entre comerciantes, equidad, certeza y objetividad en los procesos electorales, etcétera.

Por lo tanto, el respaldo de la garantía²¹³ es un argumento material y pragmático que debe armonizar, ser compatible y plenamente aceptable a la luz de la disciplina relacionada y tutelada por el Derecho. Como dice MacCormick, sólo es factible persuadir si los argumentos están justificados, si son conformes con los hechos establecidos y las normas vigentes, dicho en otras palabras, debe ser válido para convencer.

chés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia. Tema general y común. Leyes lógicas o científicas. Hipótesis.

²¹² Kelsen Hans 1985: 22. Estas ideas pueden ser ampliadas tomando en cuenta el concepto de normas de reconocimiento de Hart y positivismo incluyente.

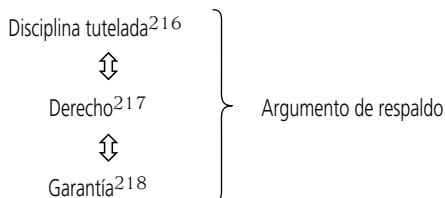
En el análisis económico del Derecho se pretende disuadir por incosteable y onerosa toda conducta ilegal.

²¹³ Entendido como premisa normativa o regla de un argumento principal.

Consecuentemente, en los razonamientos jurídicos el respaldo debe conectar y armonizar para así validar, a la garantía,²¹⁴ tanto con el instrumento (Derecho) como con el valor, principio y sustancia tutelados.

En efecto, el campo jurídico no es terminal o un fin último, sino intermedio e instrumental. Por tanto, el argumento de respaldo no se agota allí ni se concreta solo a los aspectos jurídico-formales sino que debe ser aceptable y acorde con la sustancia y materia de regulación y tutela.²¹⁵ Un razonamiento jurídico que no se ocupe de salvaguardar los intereses prevaecientes en el fondo, es injusto e ilegítimo, por desatender la función tutelar encomendada al Derecho.

Por tanto el argumento de respaldo son razones pertinentes, fundadas en criterios jurídicos y con la función de ser un puente y correlación entre los intereses y principios de la disciplina tutelada y el enunciado denominado garantía a fin de demostrar su legitimidad y corrección.



Pero el argumento de respaldo no sólo debe legitimar y fundamentar la corrección del enunciado normativo o regla del argumento principal sino que también debe acreditar la certeza o probabilidad del enunciado fáctico, referente a los datos, hechos o circunstancias concretas.

En ciertos supuestos los datos o hechos se acreditan a partir de pruebas directas pero, en otros, solamente se dispondrá de indicios, lo que requerirá construir un argumento inductivo, basado en demostrar la existencia de ciertos hechos²¹⁹ que asociados a máximas de experiencia y conforme a las reglas de la sana crítica permitan tener por acreditada, vía inferencia, la existencia de

²¹⁴ Enunciado de carácter abstracto que comprende las generalidades que en un caso concreto sean relevantes.

²¹⁵ En palabras de Toulmin (2007: 92) en cada campo de la argumentación hay que construir el respaldo pertinente y *ad hoc*, sus palabras son: "...el tipo de respaldo al que deberemos acudir para establecer su autoridad (de la garantía) cambiará radicalmente a medida que pasemos de un campo de argumentación a otro.

²¹⁶ Enunciado abstracto y categórico sobre hechos. Valores, principios, consecuencias que en esa disciplina se regulan.

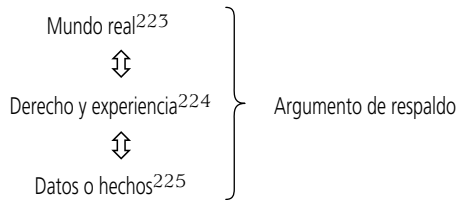
²¹⁷ Criterio interpretativo y justificatorio de cómo el Derecho protege, garantiza y hace funcional la materia o sustancia tutelada. Correlación y pertenencia entre: enunciado genérico, medio instrumental y objeto tutelado.

²¹⁸ Enunciado abstracto e hipotético que funciona a modo de puente entre datos y conclusión pero en el contexto y conforme a la naturaleza y particularidades de la disciplina tutelada.

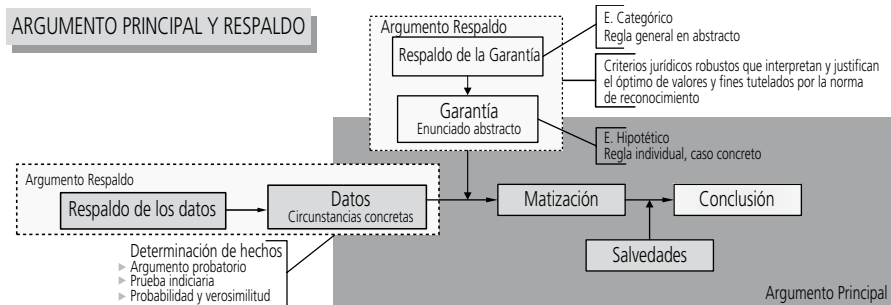
²¹⁹ *Factum probanda* son determinados indicios o circunstancias que a manera de síntomas

determinadas circunstancias. Por tanto, el argumento de respaldo son razones que justifican la corrección y validez material del enunciado fáctico²²⁰ en el que se afirma conforme al resultado de pruebas desahogadas que se está ante determinadas circunstancias particulares o hechos del mundo real, relevantes y suficientes para obtener, válidamente, la conclusión o pretensión.²²¹

Conviene precisar que los datos objeto de la prueba deben ser los referidos tanto a los hechos principales y pertinentes para tomar la decisión como los correspondientes a hechos instrumentales pero necesarios para demostrar o comprobar a los primeros.²²²



Las ideas anteriores se describen en el siguiente esquema:



posibilitan inferir la existencia de otros hechos conocidos como *Factum probandum* o presuntos, siempre tendrán la calidad de probables.

²²⁰ En el vocabulario de Toulmin son los datos, razones o *grounds* que son base de la conclusión o pretensión.

²²¹ El razonamiento se compone de dos o más argumentos suficientes e idóneos tanto para la determinación como para la calificación de los hechos.

²²² Suponiendo en un caso penal que el indiciado al advertir la presencia de policías inicia una carrera y eso hace presumir sospechas.

La coartada de la defensa puede ser que estaba al límite para llegar a tiempo a su trabajo y por eso apresuró el paso. Este argumento debe robustecerse con acreditar la relación laboral, la hora de inicio de la jornada y que hace sentido que decidiera correr si es que estaba retrasado y que apresurando el paso libraría llegar con retardo. Todos estos son datos instrumentales para demostrar, a manera de indicios, la actitud del inculpado.

²²³ Enunciado categórico sobre hechos reales o verosímiles.

²²⁴ Razones y estimaciones de por que hay evidencia sustentable, asociada de máximas de experiencia y razones de sana crítica que le dan el carácter de cierta o probable a la afirmación.

²²⁵ Enunciado esencialmente descriptivo de hechos o circunstancias concretas, relevantes y suficientes que se dan en el caso.

3.4.1.3. *Pragmática*

Las funciones básicas del Derecho son, a partir de su eficacia, encauzar y controlar la conducta de personas y autoridades así como resolver conflictos sociales. Bajo esta concepción se intenta conocer el «para qué» de la argumentación.

Dice Atienza (2006: 92) que las premisas y las conclusiones en la concepción pragmática no son enunciados sin interpretar aunque dotada de validez lógica la inferencia²²⁶ ni enunciados interpretados como verdaderos o correctos²²⁷ sino enunciados aceptados; esto es como consecuencia de un diálogo que produce aceptación o bien, del discurso retórico donde las premisas deben ser aceptadas por el auditorio. El énfasis recae sobre los elementos pragmáticos del lenguaje y en el resultado obtenido.

Es así que el discurso jurídico ha de ser útil y eficaz lo que impone:²²⁸

- ▶ Considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto.
- ▶ Las teorías o doctrinas van dirigidas a un determinado auditorio y tienen un propósito que debe alcanzarse o concretarse.
- ▶ El nivel de abstracción en la construcción de conceptos y teorías debe ser el adecuado, de modo que sean aplicables y cumplan su función de justificación.
- ▶ Una visión instrumental y finalista del Derecho es indispensable para conseguir resolver, prevenir o tratar los conflictos, a la par que se obtengan los fines sociales, junto con los fines internos del Derecho.
- ▶ Es preciso vincular al Derecho con las necesidades prácticas de los hombres
- ▶ Las consecuencias al futuro son definitivas pero deben estar basadas en experiencias del pasado.
- ▶ Los enunciados, como prioridad, deben ser útiles, importando menos su correspondencia con el mundo o la corrección; de ahí la importancia del diálogo.

Cita a Toulmin quien asegura que el pragmatismo es una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado, en que esa teoría, puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres.

- ▶ Se aprende argumentando. No es decir a los jueces y juristas cosas que no sepan, sino recordarles lo que ya saben pero frecuentemente no practican.

Comenta Atienza (2006: 250 y 259) que, en la práctica, como elementos

²²⁶ Lo que corresponde a la concepción formal de la argumentación.

²²⁷ Que sería el resultado del aspecto material de los argumentos.

²²⁸ Atienza (2006: 57)

de la argumentación judicial es posible distinguir entre la perspectiva o concepción dialéctica y la retórica.

El debate dialéctico tiene lugar entre dos o más argumentos que se confrontan en interacciones sea entre los contendientes o ante el auditorio o decisor para concluir en determinada síntesis o conclusión. Para validar el procedimiento o «juego dialéctico» deben acatarse ciertas normas de comportamiento que posibiliten a los contendientes igualdad de oportunidades para examinar los pros y contras, las que gobiernan y dirigen el ejercicio de los papeles de defensor u oponente.

La finalidad puede ser dialógica y consiste en la búsqueda de la mejor opción o la verdad a través de confrontar y comparar posturas que parezcan contradictorias, cooperando los sujetos en ese objetivo. Pero en otras ocasiones se trata de una finalidad estratégica donde la persuasión se consigue defendiendo o, incluso fortaleciendo, ciertos planteamientos propios o descalificando los del adversario, lo importante es vencer al contrario con el mejor argumento o con aquel que ya no pueda ser refutado.

En cambio, el discurso retórico se basa en discursos largos, bien diseñados y articulados estratégicamente, para persuadir con carácter unitario y unidireccional o conseguir que otros acepten o se convenzan de nuestro punto de vista, para lo cual desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o disposiciones o a provocar determinadas reacciones y actuaciones. Es importante convencer²²⁹ pero antes puede ser necesario conmover²³⁰ para lograr la aceptación de la postura que se presenta con elocuencia, recomendaciones que datan desde Grecia y Roma.

Simbólicamente el debate dialéctico se representa por opuestos en contienda ↕ que dan lugar al avance de la discusión como una línea quebrada ↯, en tanto que el discurso retórico asemeja a una línea argumentativa unidireccional, estratégica, planeada y diseñada para convencer ↓ aprovechando todos los recursos provistos por la literatura, psicología, política, estudio de las figuras de dicción y de pensamiento o de las emociones. En la realidad, es difícil encontrar formas puras, mas bien abundan las combinaciones con mayor o menor énfasis de una u otra perspectiva. Figuras de uso frecuente son los argumentos *ad hominem* que explotan especialmente los sentimientos y emociones del auditorio y los argumentos de autoridad que tienen una fuerza convictiva peculiar así como los tópicos o lugares comunes y aceptados como indiscutibles que permiten respaldar y aceptar ciertas proposiciones o conclusiones.

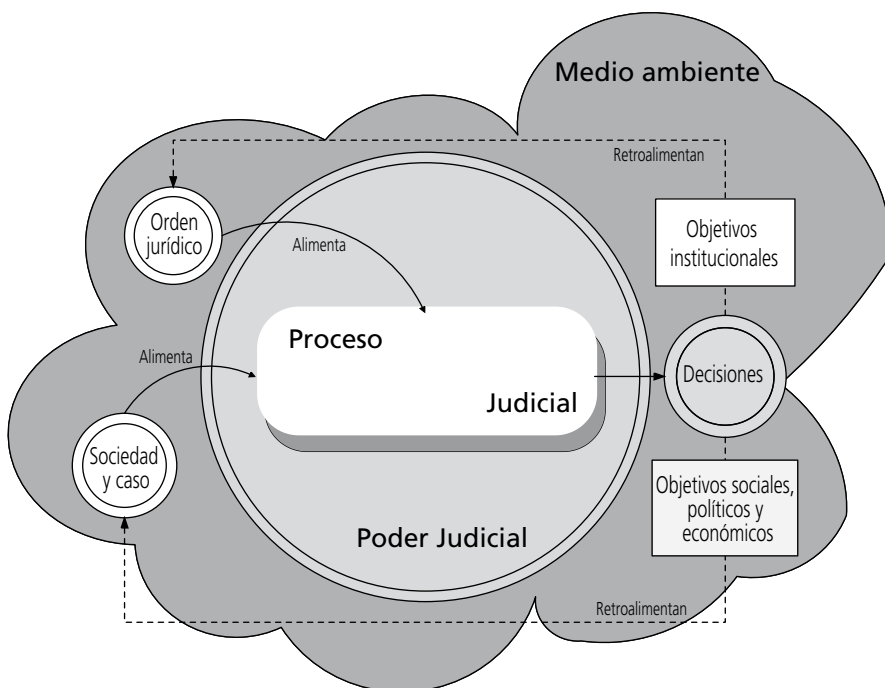
Existe un cierto paralelismo y semejanza entre los aspectos de representación y concepciones de la argumentación, tal como en seguida se enuncia.

²²⁹ Con razones, pruebas razonables

²³⁰ Apelando a las emociones o sentimientos, es aquí donde las falacias pueden ser “coladas” a fin de ganar aceptación.

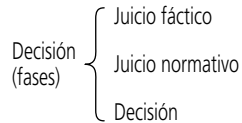
ARGUMENTACIÓN			
Aspecto, representación		Concepciones	
Sintáctico	Relaciones de argumentos	Formal	Estructura
Semántico	Sentido de enunciados	Material	Contenidos
Pragmático	Acto de lenguaje efectuado	Pragmática	Convencer, funciones

La función de las sentencias tiene una honda huella y repercusión en el quehacer social, no en balde Perelman dice que el juez construye la «paz judicial» con sus buenas sentencias e invoca la metáfora de un juez cibernético donde alude a las fuentes que alimentan al proceso judicial pero también como estas retroalimentan a tales fuentes. El proceso judicial debe apreciarse en su justa dimensión, dentro y como parte del proceso social, interactuando de manera recíproca, dinámica y constructiva o destructiva, según sea el caso.



3.5. ENUNCIADOS JURÍDICOS Y JUDICIALES

Los enunciados que se plantean en los juicios, sean las pretensiones de las partes o los que emite el juez, se refieren y tienen un componente o elemento: *a)* fáctico conocido también como *quaestio facti* o juicio de hechos, esencialmente descriptivo; y otro, *b)* jurídico que es la *quaestio iuris* o juicio de Derecho, básicamente prescriptivo.²³¹ Sin embargo ya en lo concerniente a la decisión se aprecian o distinguen 3 fases:²³²



3.5.1. Razonamientos fácticos y normativos (determinación y calificación)

De Asis (2004: 82) dice que en los razonamientos jurídicos es posible distinguir y diferenciar varios argumentos, relativos a la:

- ▶ Determinación de los hechos.—A partir de pruebas directas o indirectas se acredita la existencia de los datos o de la información que son materia del enunciado en el contexto del plano de la realidad, esto es, si existen o no los hechos brutos y los grados de probabilidad de su existencia.
- ▶ Calificación de los hechos.—Consiste en subsumir los hechos en el concepto expresado en la regla con el fin de atribuirles consecuencias jurídicas, para lo que es menester apreciar la realidad en un plano intelectual, elaborar una formulación normativa del presupuesto fáctico.

Permite acotar los hechos a los que la norma se refiere pero también, apreciar el punto de vista desde el que la norma contempla a la realidad. Es la operación valorativa que conduce a incluir determinados hechos, ya probados, en un determinado instituto jurídico u otro. Es calificar jurídicamente lo ocurrido con el fin de atribuirle unas u otras consecuencias de Derecho.

Taruffo (2008: 17) distingue los hechos institucionales —también connotables como hechos en litigio o hechos de la causa— de los hechos brutos. Solo los primeros son pertinentes en el contexto de la toma de decisiones judiciales al estar «cargados de derecho». En cuanto a los hechos brutos cabe distinguir los principales, que se definen en la

²³¹ Estas ideas ya fueron propuestas por Beccaria como elementos del silogismo judicial.

²³² De Asis 1995: 215

norma, en contraste con los meros hechos probatorios o circunstanciales. Esta idea puede plantearse también en otro orden, entendiendo que la calificación jurídica consiste en identificar el concepto jurídico implícito en las circunstancias particulares de los hechos en cuestión. Vannier (2001: 151).

Es así que la apreciación jurídica de los hechos puede estar condicionada por determinada percepción de la realidad, siendo entonces que la realidad, da ahora sentido a la regla, atendiendo los posibles conflictos de intereses y a la luz de los fines y objetivos del ordenamiento, superando decisiones basadas en meras apariencias formales o por un velo jurídico-formal.

En este contexto, puede requerirse una calificación valorativa del concepto normativo y de los hechos mismos, en razón de valores o preferencias sobre todo cuando se está frente a conceptos jurídicos indeterminados²³³ o en casos donde la subsunción produce un resultado excesivo o desproporcionado o deja de producir el deseado. En todo caso se debe optar por la mejor calificación a fin de concretar las óptimas consecuencias jurídicas, la calificación depende entonces de la consecuencia, adecuada y pertinente en razón de determinados hechos reales.

Por tanto, resulta que, en esta etapa, puede darse el error manifiesto de apreciación ya sea jurídico o no jurídico, dependiendo de la naturaleza de los hechos y la calidad o calificación que se les atribuya.²³⁴

Comenta Alonso Mas,²³⁵ que la calificación jurídica se ubica en un plano diferente al de la apreciación y valoración, operaciones que, atendiendo a las peculiaridades, pueden darse antes o después de una previa calificación.

Además, cabe establecer que tales prácticas no se dan en momentos sucesivos, sino que se refieren a supuestos diferentes. El detalle y contenido de las mismas es el siguiente:

- **Apreciación de los hechos.**—Consiste en ponderar o sopesar los elementos fácticos que la norma recoge o permite ponderar, incluso cuando estos sean necesarios para precisar y concretar el sentido de un concepto jurídico indeterminado.

Resulta importante considerar la sustancia naturaleza, significado real, económico de conductas o datos, negocio jurídico involucrado, esencia

²³³ Es peculiar en los casos de conceptos jurídicos indeterminados que la vaguedad normativa requiere de una adecuada y cuidadosa ponderación de los hechos particulares para asignarles las directivas o valoraciones más acordes o pertinentes a su naturaleza y a efecto de obtener las óptimas consecuencias en situaciones específicas o concretas.

²³⁴ Suponiendo que la norma reconoce y atribuye consecuencias a conceptos económicos, contables, científicos o tecnológicos en materia ambiental, es obvio que la calificación de la realidad debe hacerse conforme a los referentes pertinentes.

²³⁵ (1998: 149 y 119).

de la práctica efectos, funciones, objetivos y fines perseguidos para adscribir la consecuencia jurídica pertinente.²³⁶

El resultado es poder subsumir determinados hechos en tales conceptos, cargados de criterios valorativos respecto a las circunstancias del caso y sus consecuencias, para lo cuál es necesario apreciar los fines, hechos y causas en una estrecha relación. Todas estas operaciones o apreciaciones se entienden verificadas en relación con el fin del acto administrativo o decisión y la vigencia de principios y valores.

En casos de abuso o simulación, amerita corregir la decisión, debiendo imponerse la sustancia sobre la forma cuando esta aparezca como artificial o fantasiosa.

Se parte de que los valores están ya determinados en el ordenamiento y solo deben ser interpretados por la Administración.²³⁷

- ▶ Valoración de los hechos.—Implica tanto el ponderar los intereses públicos reflejados —expresa o implícitamente— en la norma; como concretar de entre todos los calificados por el legislador aquellos que el acto o decisión debe perseguir aún cuando la norma fundatoria sea omisa. Es así que la Administración determina los valores a proteger o bien pondera los distintos valores e intereses que han de tenerse en cuenta, sobre todo cuando hay pluralidad de fines a satisfacer, como consecuencias económicas o interés público.²³⁸

La discrecionalidad de actuar depende de un juicio previo del Derecho, sus fines, los hechos y las consecuencias que se deriven de darles una cierta respuesta jurídica.

- ▶ Decisión.—Es la norma individualizada para el caso concreto que adjudica consecuencias a los hechos.

3.5.1.1 Información y argumentación

Los casos reales no siempre coinciden con los supuestos normativos ideales o típicos. Puede suceder que la información disponible coincida o discrepe de la prevista en el supuesto de hecho y ello amerite formular argumentaciones diversas para arribar a conclusiones, atendiendo a que se de cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) Información necesaria y suficiente, donde argumentar consiste en reordenar la información y deducir mediante un silogismo subsuntivo.

²³⁶ En las planeaciones fiscales es común que se construyan «realidades artificiosas» que conducen a aplicar cierto precepto. Descubierta y argumentada tal simulación cabe priorizar la realidad jurídica o económica por encima de formalidades sugerentes, reconduciendo así aplicar la norma conducente a tal realidad y no la relativa a las apariencias.

²³⁷ Aquí también cabe un análisis de error manifiesto, sólo por jueces audaces, no tímidos. Decisionismo vs. Seguridad jurídica (Alonso Mas 1998: 119 y 144).

²³⁸ Alonso Mas 1998: 119 y 144.

- b) Información insuficiente, requerirá de añadir información para luego poder deducir, lo que se logra mediante un argumento analógico que:
- i) incluya el nuevo caso en la norma preexistente alegando que se da una razón semejante²³⁹ o una de mayor peso;²⁴⁰
 - ii) excluya el nuevo caso.²⁴¹
- c) Información excesiva y contradictoria, en este evento, se debe suprimir información mediante un argumento de reducción al absurdo para poder aplicar la deducción. Atienza (2006: 162).

3.5.1.2. Complejidad de los argumentos

Las narraciones que hacen las partes en sus planteamientos, o los jueces en sus sentencias, no son esquemas simples sino combinaciones variadas, complejas y hasta abundantes de distintos tipos de enunciados que a manera de cadenas o de redes se enlazan e interconectan. Vigo (2003: 64) dice cuales son esos componentes a partir de argumentos:

- ▶ Inductivos,
- ▶ Amplificaciones,²⁴²
- ▶ Analógicos,
- ▶ Definiciones,
- ▶ Estadísticos,
- ▶ Polisilogismos,
- ▶ Cadenas de árboles silogísticos,
- ▶ Macrosilogismo, basado en
 - ▶ Expresión constitutiva de la litis (precisar problema a resolver),
 - ▶ Enunciado fáctico,
 - ▶ Enunciado normativo,
 - ▶ Enunciado normativo individual y consecuencias del caso,
- ▶ Razonamiento entimemático.²⁴³

La motivación de la *quaestio facti* siempre parte, ha de estar relacionada y debe darse en razón de la pretensión o las pretensiones deducidas, sea por las partes en juicio o por el acontecimiento que mueve a la autoridad administrativa a actuar. Son los hechos o circunstancias de la pretensión los que deben guardar coherencia y conexión con el acervo probatorio. En efecto, hablar de

²³⁹ Argumento *a pari*.

²⁴⁰ Argumentos *a fortiori*, *a maiore ad minus* y *a minore ad maiore*.

²⁴¹ Argumento *a contrario sensu*.

²⁴² Amplificación.— Desarrollo de idea explicándola de varios modos o enumerando puntos y circunstancias relacionados, fin hacerla más eficaz, conmover o persuadir

²⁴³ En lógica, entimema es el nombre que recibe un silogismo en el que se ha suprimido alguna de las premisas o la conclusión, por considerarse obvias o implícitas en el enunciado. Al entimema se le conoce también como silogismo truncado.

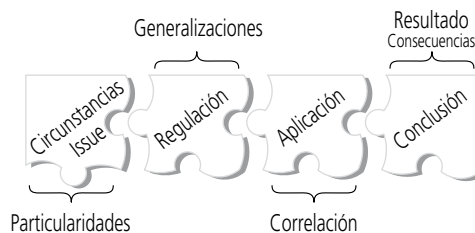
hechos y pruebas relevantes significa hacerlo en esa relación de codependencia.

Las decisiones —actos administrativos y sentencias— usualmente son pluridecisiones encadenadas, derivadas de múltiples pretensiones y decisiones.²⁴⁴ En ese sentido, deben darse tantas *quaestio facti* como pretensiones haya y problemas a decidir. Sobre el particular son muy claras las sentencias del TJCE y ahora también de la CIDH donde se plantean los problemas o puntos de conflicto y luego, en un enfoque dialéctico, se construye la decisión para cada aspecto o tema en específico.

Relatar los hechos, las pruebas que los justifican y su valoración conjunta, exige previamente la valoración singularizada conforme al estilo analítico examinando y calificando todas las pruebas relevantes, requisito de saturación y exhaustividad que incluya y abarque pruebas que conduzcan o avalen la reconstrucción de hechos así como las que sean contrarias, distinguiendo y eliminando las pruebas no relevantes en razón de no pertenecer o ser ajenas a la pretensión deducida.

3.5.1.2.1. Modelo CRAC

En todo caso la estructura de las líneas argumentativas y los enunciados, en general, deben construirse bajo el esquema CRAC²⁴⁵ para guardar un orden y coherencia aceptable.



²⁴⁴ Una sentencia o acto administrativo no es ni implica sólo una decisión sino que hay, usualmente, decisiones instrumentales o previas que son pertinentes e indispensables para llegar, a la postre, a la decisión final.

²⁴⁵ **Circunstancias** o temas del caso concreto, puede requerir precisar un contexto, **Regulación** aplicable, comprende todas las generalizaciones pertinentes o aplicables al contexto fáctico, **Aplicación** lo que incluye la interpretación adecuación y relevancia de reglas a los hechos calificados, subsumir, adjudicar y asignar, es el argumento en si, incluye las explicaciones de prueba y demostración conducentes y pertinentes para llegar a evidenciar que el antecedente o premisas (fáctica y normativa) conduce al consecuente, **Conclusión** que es la tesis que se pretende sostener para lo cual será muy pertinente destacar y reconocer las consecuencias que deben ser las óptimas o más aceptables para las circunstancias prevalecientes, un epílogo que destaque la bondad y supremacía de resultados. En esencia coincide con el discurso oratorio judicial, que en su vertiente clásica, se componía de las siguientes partes: 1) un exordio o proemio; 2) narración; 3) argumentación, y 4) epílogo.

Esencialmente los contenidos de cada uno de los elementos de los razonamientos son:

ELEMENTOS DE UN CASO JUDICIAL			
	Contenido	Finalidad	
C	Circunstancias, tema, trama, tópico, problema, intereses, hechos, debate, discusión, núcleo, esencia, sustancia, materia, realidad ²⁴⁶	Esencialmente descriptiva (cognoscitivas), son particularidades de caso concreto	I Issue
R	Regulación, normas, finalidades, alcance ²⁴⁷	Esencialmente prescriptiva son generalidades	R Regulation
A	Aplicación	Hipótesis o regla particular	A Application
C	Conclusión, consecuencias		C Conclusion, consequences

3.5.2. Juicio de los hechos

La decisión judicial tiene dos contextos fundamentales en los que se debe decidir: el fáctico y el jurídico. Sobre el tema Andrés Ibáñez (2006: 20) comenta:

En este sentido la experiencia jurisdiccional puede tomarse como un fenómeno unitario, que opera como instrumento legal de averiguación o determinación de hechos controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a Derecho. Esta afirmación vierte ya directamente sobre el fenómeno probatorio, que es el que aquí concretamente interesa.

Jurisdicción implica proceso como secuencia de actividades normalizadas y, entre éstas, en todos los casos, las que tienen por fin acreditar que un cierto hecho ha tenido o no existencia real.

Para Ferrajoli (2001: 152-153), son garantías procesales, entre otras, la motivación pública de la decisión mediante la explicación de todas las inferencias inductivas que apoyan la conclusión dispositiva a partir de todos y sólo los datos probatorios ritualmente recogidos en las actas del proceso. En relación con las garantías epistemológicas dice que son las condiciones o criterios de justificación de la inducción judicial.

Para MacCormick²⁴⁸ hay casos difíciles en lo concerniente a establecer y controlar el contenido, solidez o corrección de las premisas. Referente a la *quaestio iuris* hay problemas de: *a*) determinación de la norma aplicable y *b*) interpretación *sensu stricto*. En lo concerniente a la *quaestio facti*, los problemas son de: *a*) prueba y *b*) calificación.

²⁴⁶ La secuela y temas del contenido de este aspecto por orden cronológico de aparición y causal debe ser: Contexto, Hechos y Enunciados, Litis definida, pretensiones y oposición y Problema que debe abordarse.

²⁴⁷ Debe incluir los aspectos de: Lege late. Ancho, contenido o alcance de la ley, lo que comprende o dispone la ley vigente y de Lege ferenda, "cosas a legislar en el futuro", esencialmente a partir de los valores, principios y necesidades regulativas.

²⁴⁸ Citado por Moreso (2005: 122, 126-127).

Todos los enunciados que se plantean en los juicios y, por analogía, en las resoluciones administrativas, sean de las partes o los que emite quien decide, se refieren o tienen un componente fáctico y otro jurídico y cada uno debe ser justificado —garantizado y respaldado en la terminología de Toulmin—. Es así que motivar la *quaestio facti* consiste en: a) consignar los hechos probados, y b) esgrimir las razones para afirmar su existencia, verdad o probabilidad.²⁴⁹

El razonamiento judicial, visto en su integridad, implica:²⁵⁰

- ▶ Determinar hechos. Argumento fáctico, usualmente indiciario, donde a partir de datos ciertos se alcanzan conclusiones fácticas probables del enunciado propuesto, no verdaderas, pero que se convierten en ciertas por determinación de la autoridad, —carácter ilocucionario—. El juicio de hecho es así el presupuesto necesario para la posterior:
- ▶ Calificación jurídica de hechos, que es uno de los elementos del juicio de Derecho, ver a los hechos desde el Derecho, en su justa perspectiva jurídica, merced a la cuál se obtiene la subsunción y atribuir consecuencias.
- ▶ Construcción del enunciado normativo *ad hoc* para resolver el conflicto de conformidad y acorde a la litis planteada.
- ▶ Decisión. Es la norma individualizada para el caso concreto que adjudica consecuencias a los hechos.

Desde un punto de vista explicativo o descriptivo, una decisión dictada en sede judicial o administrativa debe iniciar con un juicio de hecho, tal como Rafael de Asís (1995: 99-101) propone.

De manera preliminar, una idea general del juicio de hecho o de los hechos debe ser aquel, pretendidamente neutro en cuanto se limita a describir acontecimientos o ciertos *status* sin añadir valoración alguna. Lo opuesto es el juicio de valor.

Es así que la motivación ha de consistir en dejar constancia de:

- a) los actos de prueba producidos,
- b) los criterios de valoración utilizados para tener por acreditados ciertos hechos y,
- c) del resultado de esa valoración.²⁵¹

Sin embargo, el tema no es tan simple como aparenta, si es que nos remontamos a la esencia de lo que son los hechos. En ese sentido lleva razón lo expuesto por Calvo González (2006: 2) en el sentido que:

Los hechos han de ser entendidos como un proceso, o mejor aún, como un conjunto de procesos encadenados al flujo de diversos cursos de acción humana. La

²⁴⁹ Gascón (2004: 223).

²⁵⁰ De Asís 2004: 81

²⁵¹ Gascón (2004: 226).

naturaleza de los hechos se ubica y se desprende de esos procesos y del flujo y *continuum* de los cursos, no de sus productos o resultados, fragmentos que simplemente silueteen momentos simbólicos de la acción, que sólo tatúan su marca o signo representativo, pero que no logran estampar la masa y el volumen, ni el correspondiente relieve y densidad, de la entera extensión y superficie abarcada por la realidad concreta del hecho en acción.²⁵²

El *iter* de este juicio comienza por la existencia de hechos (brutos), su invocación y posterior ofrecimiento o aportación en juicio a efecto de determinarlos y reputarlos jurídicamente como probados, con el fin de construir la premisa fáctica.

El juicio sobre hechos²⁵³ presenta tres fases principales:

- i) la propuesta de los hechos,
- ii) la actividad probatoria, y
- iii) la fijación de los hechos.

Esta fase final debe ser una relación estructurada de los hechos probados después de un debate dialéctico. En palabras de Climent (2003: 12-13) consiste en:

A partir de este momento, el juzgador ha de plasmar en la sentencia la valoración probatoria por él realizada, exponiendo los hechos que, habiendo sido alegados por alguna de las partes, considera probados... el juzgador debe proceder a efectuar un relato fáctico en el que exprese lo que su opinión ocurrió en el caso examinado, formulando así su versión sobre los hechos acaecidos, al igual que las partes ya formularon su particular versión de lo ocurrido al tiempo de efectuar sus alegaciones fácticas.

En esto consiste precisamente la fijación de los hechos probados, pues supone la vertebración en la sentencia del relato de hechos que el juzgador considera como probados. No consiste, por tanto, en una mera enumeración, sin más, de los concretos hechos o sucesos que, alegados por alguna de las partes, se reputan probados, sino en un relato fáctico con sentido, expresivo de la versión que el juzgador tiene acerca de los hechos acaecidos, frente a las versiones fácticas expresadas por los litigantes en sus escritos de alegaciones fundamentales.

A partir de ese momento el que decide debe evaluar la fiabilidad e idoneidad del medio de prueba elegido para demostrar los hechos, determinando cuál es el más adecuado para el caso concreto. Paralelamente se debe decidir el significado y verosimilitud²⁵⁴ que los hechos aportados tengan en lo jurídico

²⁵² Calvo González. José. *Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio*, (Universidad de Málaga) 29/8/2006 <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/modelonarrativa.pdf>

²⁵³ De carácter experiencial o cognitivo.

²⁵⁴ La determinación, de los hechos se da a partir de un control judicial sobre las narrativas o descripciones, iniciando con un juicio de verosimilitud que, en su caso, presta valor de verdad a determinados hechos, de carácter interino y provisional. De ser el caso y cuando el relato supera un control de consistencia y coherencia narrativas, que es la construcción discursiva (*ars inventa disponendi*) basada en circunstancias de modo, tiempo, lugar y enlaces inferenciales; es que puede

al tenor de confrontar la actividad probatoria y discursiva con criterios de interpretación o máximas de experiencia que den pauta a la evaluación de lo que se estime acreditado²⁵⁵ para lo que puede resultar significativa la manera en que sean relatados atendiendo a las circunstancias y peculiaridades de una litis o *quaestio facti* determinada. En este momento se puede hacer un corte que permita distinguir la identidad o diferencia entre hechos alegados y los efectiva y eficazmente probados.

Pero a continuación de superar este primer *test*, surge una disyuntiva:

- a) Si la prueba elegida y pertinente para las circunstancias es directa, de inmediato emerge la consecuencia de tener por fijados o como ciertos esos datos para poder construir la premisa fáctica;
- b) En cambio, si la prueba es indirecta, apenas tendrán la calidad de indicios que deben asociarse a una máxima de experiencia o conforme a las reglas de la sana crítica para estar en posibilidad de obtener hechos inducidos o probados indirectamente a fin de integrar la premisa fáctica por medio y a través de un razonamiento inductivo.

En la decisión deberá el juez llevar a cabo un relato fáctico con sentido fijando los hechos sobre los que va a centrar el juicio de Derecho. En la elaboración de este relato la dimensión valorativa del juez vuelve a tener cierta presencia. Normalmente, la actividad judicial en este punto tratará de llevar a cabo una exposición de los hechos que sea susceptible de integración en un supuesto de hecho normativo. Es decir, el juzgador tratará de presentar los hechos como susceptibles de ser analizados desde una perspectiva normativa.²⁵⁶

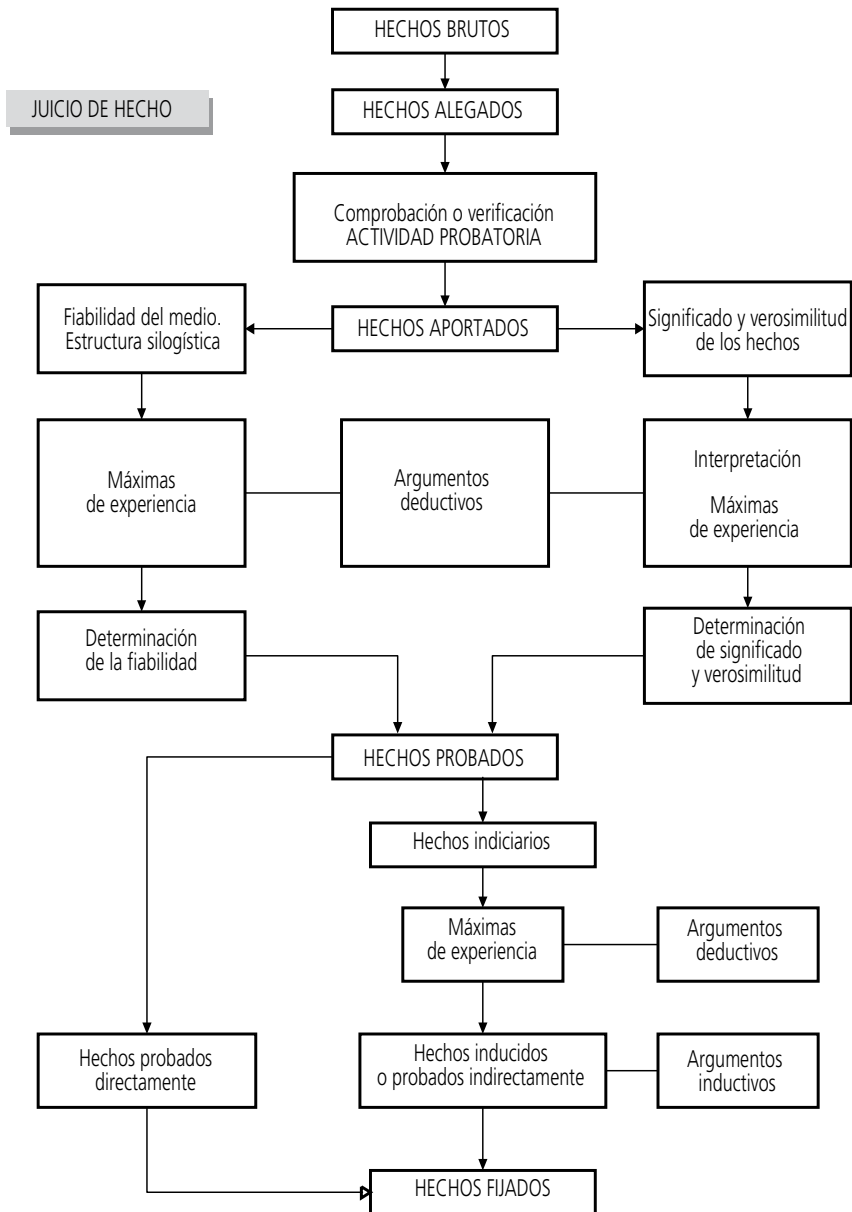
El procedimiento por medio del cual se desarrolla el juicio de hecho se ilustra en el siguiente esquema que es, por demás, elocuente donde algunas de las etapas deben demostrarse a través de razonamientos deductivos²⁵⁷ y otras mediante argumentos inductivos.

adquirir sentido de posible, adscribible en el sistema jurídico a algún supuesto de imputación de acto, situación o acción punible. El trámite procesal subsiguiente a esa posibilidad es la probabilidad. Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud. José Calvo González 22/3/2007 p. 21 <http://www.uv.es/CEFD/15/calvo.pdf>

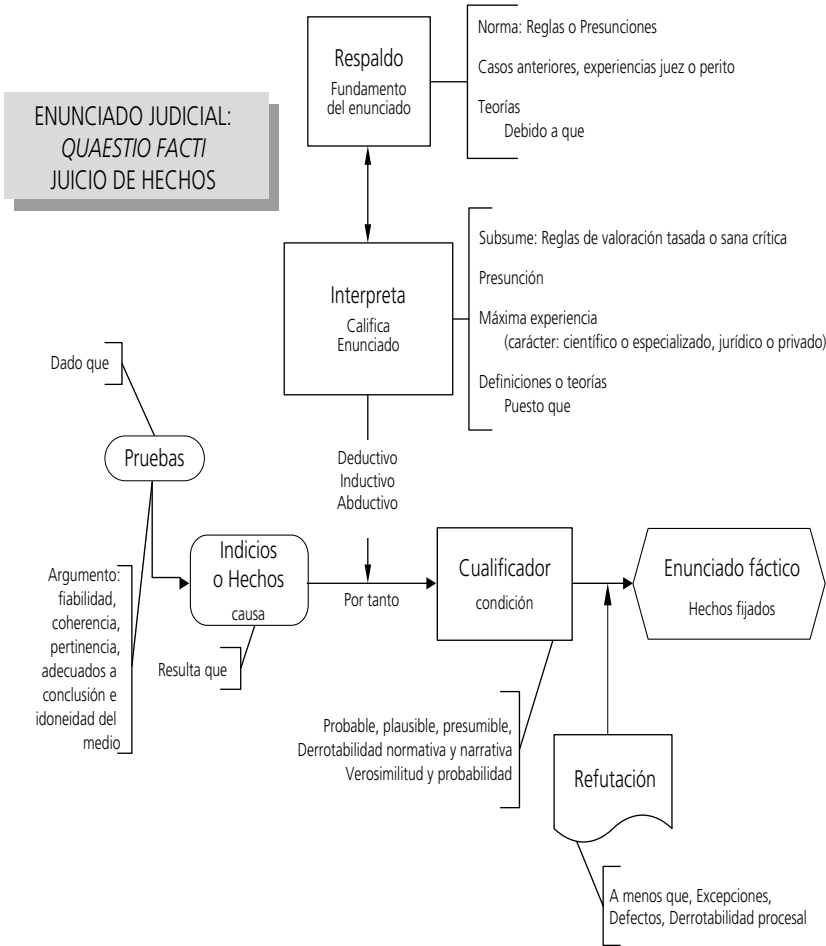
²⁵⁵ Debe incluirse a las pruebas directas, a las de soporte o confirmación y a las de oposición o problematización que jugarían un papel de contrariedad. En ciertas materias o temas, es imposible o infrecuente la prueba directa, son refractarios a ella. Si no es el caso, se debe ser cauto para dar relevancia a la prueba indirecta que es típica en ciertos delitos como los de cuello blanco, en pactos colusorios, en fraudes electorales, etcétera.

²⁵⁶ De Asís Roig Rafael (1995: 101).

²⁵⁷ Los hechos ya determinados son tratados como si fuera una deducción para controlar la calidad y consistencia de la argumentación, no obstante que las reglas utilizadas son máximas de experiencia —exigiéndose el cumplimiento del requisito de saturación o del criterio de totalidad—, lo que no cambia sino que influye y determina la naturaleza probabilística de la hipótesis fáctica, es un test para el control de mínimos sobre la coherencia de los enunciados. De Asís Roig (1995: 158).



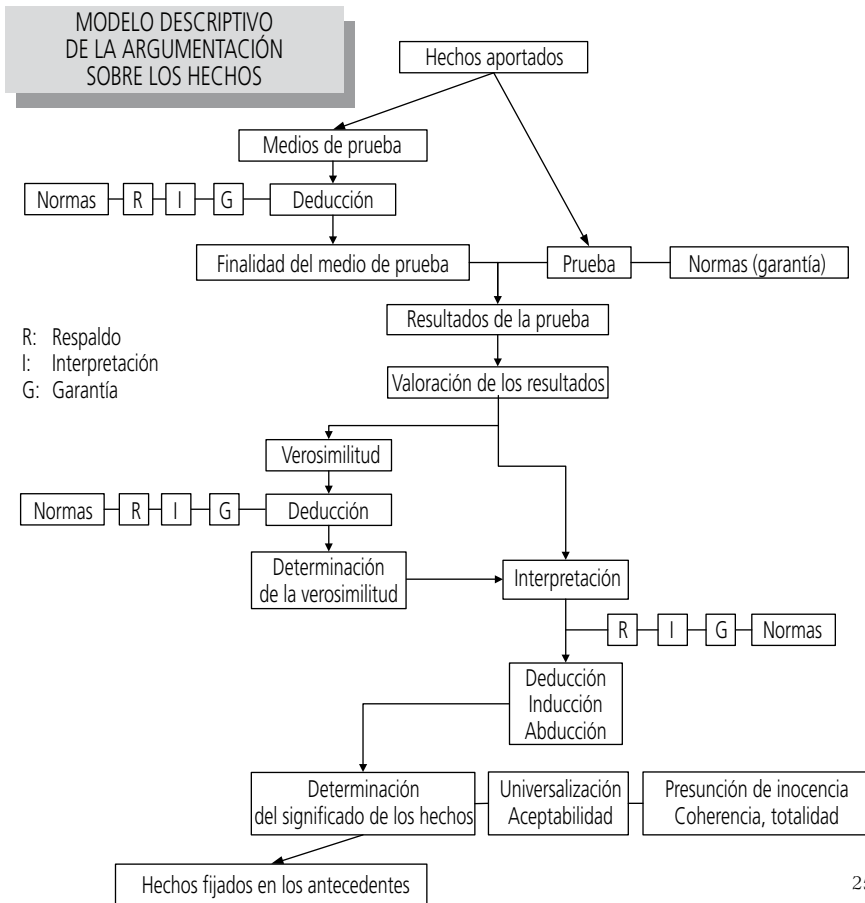
El modelo que Toulmin propone, adicionado a las ideas expuestas sobre los criterios lógicos de derrotabilidad, resultan idóneos para explicar como es que las partes construyen la premisa fáctica de sus pretensiones o el juez como determina el enunciado de hechos que le será indispensable para decidir. En seguida el esquema propuesto:



El proceder de los operadores jurídicos debe concluir con una argumentación donde se haga un pronunciamiento complejo y multifacético que de cuenta, explicando y justificando la *quaestio facti*, ya sea de la pretensión o de la decisión.

De Asis (1995: 159) propone un modelo, para elaborar tal razonamiento, aunque reconoce que esto no sucede en la práctica, considera sería muy conveniente que así se hiciera.

La esencia de su prototipo coincide con el modelo que propone Toulmin, donde las afirmaciones quedarán adecuadamente explicadas y justificadas mediante sendas garantías, interpretaciones y respaldos, respectivamente, tal como lo ilustra el siguiente esquema.



259 De Asis Roig (1995: 159).

El análisis de los hechos, especialmente en casos difíciles, puede darse desde el inicio del juicio de los hechos y reiterarse o ampliarse hasta el momento de la calificación y subsunción bajo enfoques y perspectivas distintas, las iniciales versarían sobre la existencia y las posteriores sobre la mejor o más adecuada asignación de consecuencias jurídicas.

Como colofón cabe citar la frase anónima «*Juicio contra hecho, hace lo tuerto derecho*», esto es, que los resultados o conclusiones torcidas o fraudulentas respecto a los hechos, por supuesto que determinan y trascienden al juicio de Derecho y a la decisión. Más adelante al tratar el tema de las “*stories*” estas ideas serán retomadas.

3.5.3. Juicio de Derecho

Los hechos de un caso que, en realidad, son todas las circunstancias concretas y particulares, asumen la forma y presentación de un enunciado.²⁶⁰

A partir del relato de esos acontecimientos, conductas, actitudes subjetivas,²⁶¹ estado de cosas y sucesos en general, lo que incluye aspectos jurídicos²⁶² del caso particular —premisa fáctica— se debe decidir si es posible o no subsumirlos en generalizaciones, reglas o leyes —premisa normativa— para atribuirles consecuencias.

El juicio de Derecho implica:

- a) la calificación jurídica de los hechos,
- b) la elección, interpretación, construcción y fijación del enunciado normativo para el caso particular,
- c) la subsunción de los hechos a la norma, y²⁶³
- d) la asignación de consecuencias a las circunstancias del caso, que equivale a la norma individualizada.

La calificación o valoración de los hechos es la culminación de un procedimiento que se torna importante, peculiar y complejo en los casos de conceptos jurídicos indeterminados, sea por la vaguedad del supuesto normativo que genera indefinición sobre cuales hechos son subsumibles, pero también cuando la naturaleza de los hechos impone, indica o aconseja asignarles un especial tratamiento y consecuencias que no aparecen explícitos sino que mediante ponderaciones y juicios de valor se construye el argumento justificatorio.²⁶⁴

²⁶⁰ Estos enunciados son estratégicamente contruidos por las partes a manera de “*story*” (dicen los juristas norteamericanos) que resulte ser verosímil y probable para convencer al juzgador.

²⁶¹ Algunos ejemplos son: engaño en el fraude, abuso de poder sustancial en el mercado relevante, confusión o engaño a consumidores, etcétera.

²⁶² En el caso del juicio de amparo contra leyes un hecho es la disposición reclamada; en el amparo directo la sentencia cuestionada o la prueba omitida en su análisis. El acto de autoridad

²⁶³ Dicho en otras palabras es la correspondencia o conexión entre hechos y reglas.

²⁶⁴ Un ejemplo es el interés público, en casos particulares los operadores jurídicos deben determinar cual es la decisión que optimiza o permite obtener las mejores consecuencias. En casos

MacCormick²⁶⁵ dice que hay problemas en la calificación —relativos a la premisa fáctica— cuando se discute si los hechos primarios, que se consideran probados, integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma, lo que implica una dificultad en la exégesis o mejor dicho connotación jurídica de los hechos. Los problemas de interpretación —relativos a la premisa normativa— surgen cuando la norma admite más de una lectura. Por tanto los considera como equivalentes —en tanto unos se refieren a cuestiones de hecho o de Derecho— y en múltiples casos se presentan asociados e interactúan entre sí.

Para concluir dice que las decisiones que ameritan aplicar criterios de razonabilidad, de cara al futuro no tienen valor de precedente.

En una acertada expresión del juez García Ramírez respecto a la calificación o apreciación de los hechos²⁶⁶ dice que es la:

necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos.

Este proceso requiere evaluar y concluir sobre la acreditación,²⁶⁷ apreciación²⁶⁸ y calificación²⁶⁹ de los elementos de la premisa fáctica.

De Asis (1995: 102-103 y 164-168) explica como se construye el juicio de Derecho, a partir de los hechos fijados,²⁷⁰ se elige el material normativo necesario que puede ser un conjunto de enunciados conforme a los cuales se construirá el pertinente, dando lugar a un proceso de aproximaciones donde ahora se aprecian y califican jurídicamente los hechos, moldeándolos hasta llegar a la solución del problema, pues mientras se va justificando o argumentando la construcción de la premisa mayor al mismo tiempo se describen o afinan los elementos de los hechos desde una óptica jurídica.

En efecto, en esta etapa se interpretan, conjunta y simultáneamente,

de simulación o abuso del Derecho la calificación resulta especialmente significativa y trascendente, pues ahí se reconducen los efectos.

²⁶⁵ Citado por Atienza (1993: 139-141).

²⁶⁶ www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc

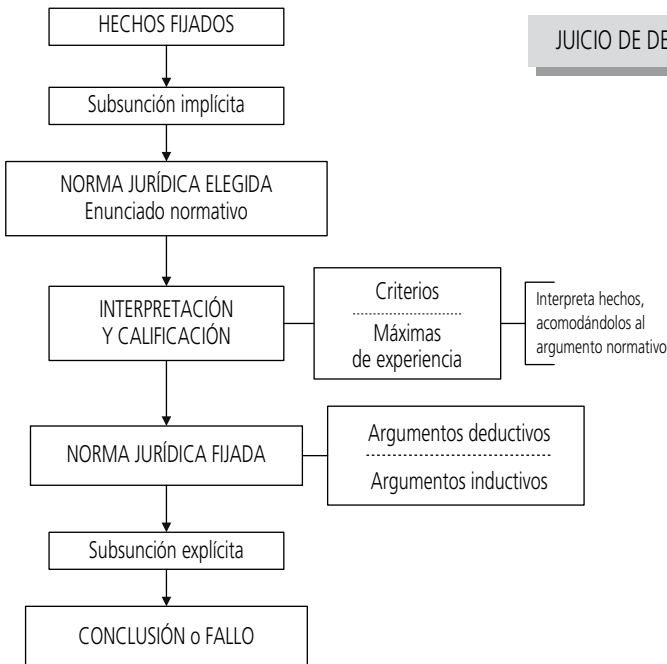
²⁶⁷ Prueba de que los elementos del enunciado existen o son probables en el entorno fáctico.

²⁶⁸ Es interpretar, definir o precisar el significado, naturaleza y funcionalidad de las circunstancias del caso. Esta evaluación requiere tomar en cuenta máximas de experiencia, peculiaridades y reglas de su naturaleza sustancial, objetivos, consecuencias, propósitos, efectos y sana crítica. El objetivo es apreciarlos en su esencia pero en relación y para referirlos luego con los fines que la norma recoge. Sustancia vs. Forma es un conflicto que se da cuando la realidad ha sido encubierta con apariencias legales para intentar una determinada apreciación.

²⁶⁹ Es la realidad pero desde el punto de vista de la norma que puede condicionar la percepción de los hechos y éstos dan sentido a la regla sobre todo cuando es indeterminada. La calificación valorativa de los hechos se da sobre valores, directrices o preferencias del ordenamiento. Es el plano intelectual-normativo de la realidad. Es entonces cuando se concretan los objetivos de la norma, conforme a circunstancias concretas y sólo entonces es posible puntualizar y ponderar que hechos son subsumibles y con cuáles consecuencias. Definir que alternativa satisface de mejor manera el interés público requiere llegar a este momento.

²⁷⁰ En el juicio de hecho que antecede.

normas y hechos con un sentido eminentemente jurídico, siendo posible que afloren o surjan diferencias entre los hechos fijados en los antecedentes y los fijados en la resolución que, en propiedad, serán los que actúen como premisa menor o fáctica del silogismo final. En seguida aparece el esquema que compendia lo anterior:



271

En la práctica judicial los razonamientos no se formulan de una manera tan profusa sino que la representación y expresión común y coloquial, en el mejor de los casos, corresponde a una descripción mucho más sintética y concreta que no favorece a una precisa y puntual expresión de la pretensión o motivación de la decisión.

El proceso de interpretación de las normas y calificación de los hechos se da de manera recurrente y circular hasta que es posible crear las aproximaciones y razonamientos pertinentes para concluir con la elaboración de las premisas del silogismo judicial. Sobre el tema Climent (2003: 15) dice lo siguiente:

El resultado a obtener es, en palabras de ENGISCH, “un conjunto pleno de sentido”, o bien un esquema o conjunto normativo, integrado por varias proposiciones normativas armónicamente combinadas, que se muestran aptas o idóneas para resolver de un modo justo la cuestión litigiosa. Esta tarea “reconstructiva”, para cuya realización no existen reglas predeterminadas, sino que viene condicionada exclu-

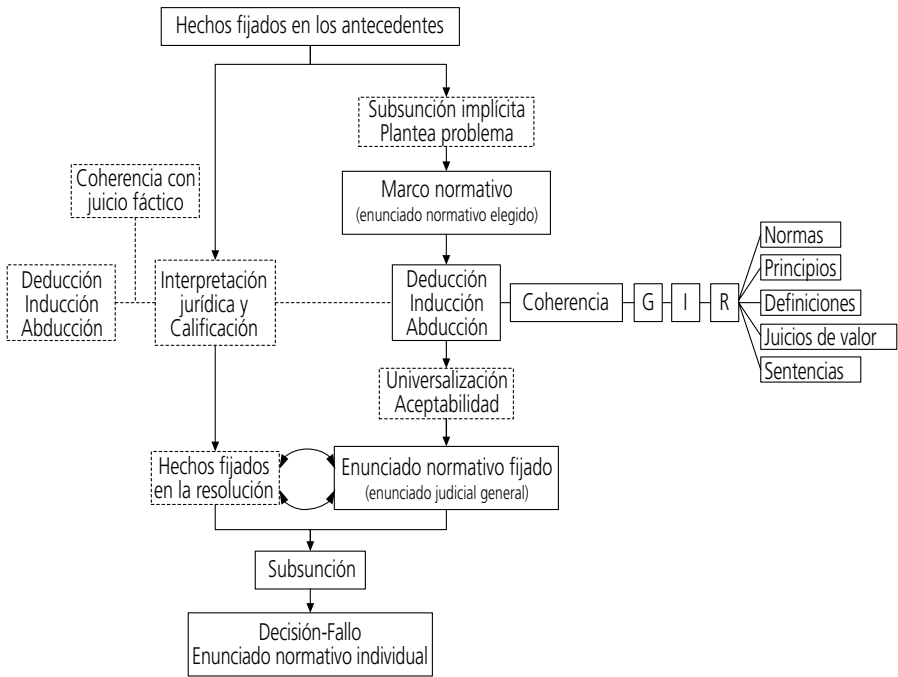
sivamente por los hechos alegados por las partes, se muestra así como algo eminentemente creativo pues, merced al examen y análisis del ordenamiento jurídico, se llega a conformar una norma o un conjunto normativo que es apto para ser aplicado a aquellos hechos.

En esta labor reconstructiva de la norma o del conjunto o esquema normativo intervienen las operaciones de individualización y de interpretación, las cuales se efectúan a un mismo tiempo. Mediante la individualización o concreción de la norma jurídica se procura adaptar una norma o un conjunto normativo a las particularidades del caso concreto; y mediante la interpretación se trata de determinar el contenido y alcance de los conceptos recogidos en las normas jurídicas abstractas, cuando se trata de individualizarlas para adaptarlas al caso enjuiciado.

Es así que el juicio de Derecho se desarrolla —especialmente en los casos difíciles— como un complejo proceso argumentativo donde el operador debe ir integrando, armonizando, concordando y formulando enunciados fácticos y normativos que guarden coherencia; construye el enunciado normativo general a la vez que moldea los hechos.

En efecto, mientras va justificando o argumentando la construcción de esa premisa mayor va describiendo los elementos de los hechos.²⁷²

De Asis (1995: 167) propone el esquema siguiente como explicación sumaria de este proceso.



272 De Asis 1995: 166

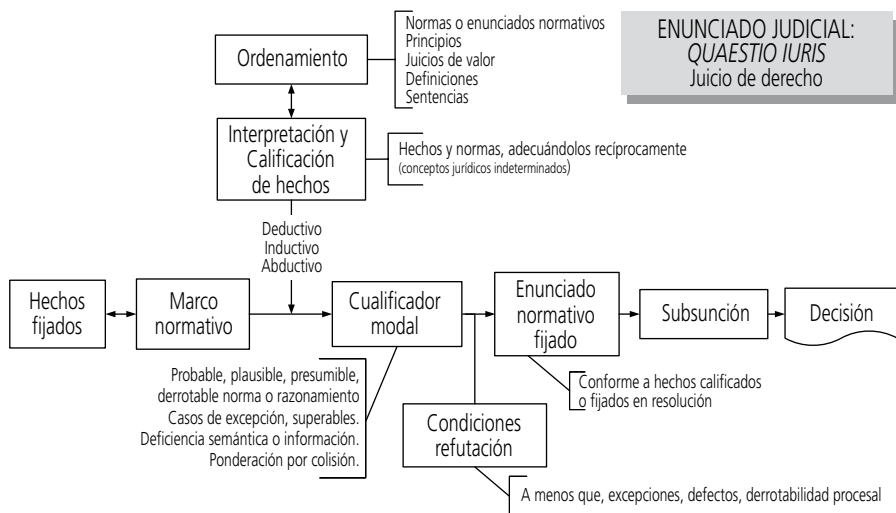
En el denominado silogismo judicial se utiliza el concepto «subsunción»,²⁷³ aunque vale la pena puntualizar, no con la connotación referente a la lógica formal, donde de una manera invariable, rígida, estricta y puntual la inferencia debe provenir de aspectos explícitos, formalmente consignados en las premisas. En el silogismo judicial esta correspondencia entre circunstancias y supuestos normativos es a veces «forzada» a partir de argumentos creativos que devienen de razonamientos dialécticos y pragmáticos.

En este contexto viene al caso citar lo dicho por Climent (2003: 15) en el sentido que:

La subsunción es una de las principales operaciones de razonamiento lógico realizadas en la sentencia.

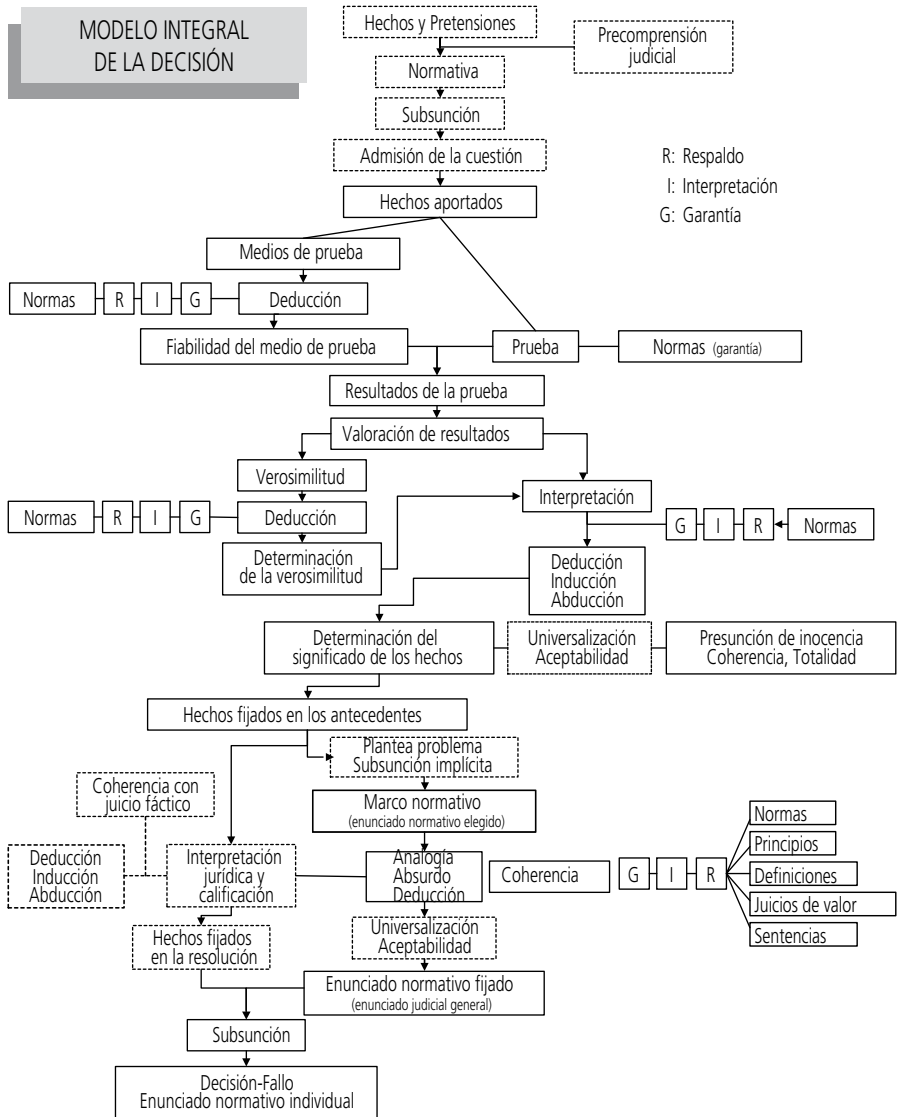
Este denominado silogismo de subsunción permite alcanzar la conclusión de que los hechos fijados como probados en la sentencia constituyen un caso que es insertable o parificable a los casos que aparecen descritos en el supuesto de hecho de la norma aplicable. Y para determinar si existe o no existe similitud ha de efectuar una labor interpretativa, en la que nuevamente intervendrá la lógica aplicada, a través de la dialéctica o teoría de la argumentación. Al tratarse de una cuestión opinable, las partes tratarán de mover al juzgador hacia el convencimiento de que sus respectivas tesis son las válidas o aceptables, procurando la adhesión de aquél a éstas. La lógica horizontal, en los términos precedentemente expuestos, hace otra vez acto de presencia.

Nuevamente recurriendo al modelo propuesto por Toulmin y a los criterios de derrotabilidad se explica como se construye la premisa normativa en el esquema siguiente:



²⁷³ Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Diccionario de la RAE.

La decisión en su conjunto —bien se trate de una sentencia o de un acto administrativo— es mucho más compleja en la medida que debe fundir y correlacionar tanto al juicio de hecho como al de Derecho, lo que da lugar a un esquema mixto que es el siguiente:



Este es el modelo de decisión integral que propone De Asis (1995: 215-219), que consta de tres fases:

- ▶ Juicio fáctico.—Parte de hechos del pasado y se proyecta en *a)* la fiabilidad de los medios de prueba a utilizar, *b)* la conclusión sobre la verosimilitud de los hechos (a partir de razonamientos predominantemente deductivos) y *c)* a descubrir su significado (conforme a razonamientos esencialmente inductivos sobre todo en casos difíciles).

El resultado da lugar a hechos probados que luego serán fijados por el juez a través de un relato que debe poseer coherencia narrativa.

Se aplican diversas disposiciones referentes al ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas.

- ▶ Juicio normativo.—A partir de los hechos fijados que son la base de la litis, será posible plantear los problemas a solucionar, para lo que se elige un marco normativo pertinente, que hará las veces de respaldo del enunciado respectivo.²⁷⁵

Paralelamente se califican los hechos a partir de su interpretación y de conformidad con una perspectiva jurídica, además de que se construye el enunciado normativo; premisas que deben ser justificadas a través de la argumentación. En este proceso que concluye con la «subsunción judicial», se van moldeando hechos y Derecho para conseguir su correlación.

- ▶ Decisión.—Es el resultado de aplicar la técnica de la subsunción a los hechos fijados en el supuesto de la norma creada y aplicar sus consecuencias jurídicas. Este proceso que de manera predominante es el esquema de resolución de los casos, va acompañado de valoraciones y otras formas de razonamiento.

3.5.4. Esquema dialéctico

Una manera muy clara de entender y analizar el proceso judicial es su analogía con el modelo constructivista del conocimiento, desarrollado principalmente por *Piaget*.

En este contexto, se afirma que el conocimiento no es una copia de la realidad, sino una construcción del ser humano que se va produciendo, día a día, como resultado de la interacción entre dos factores: *i)* el producto del ambiente, más *ii)* el resultado de las disposiciones internas de la persona, que son esquemas de representación de los conocimientos previamente adquiridos; pues es con base en los cuales incorpora y acumula la nueva información del medio que la rodea. Los *constructos* dependen de la representación inicial que

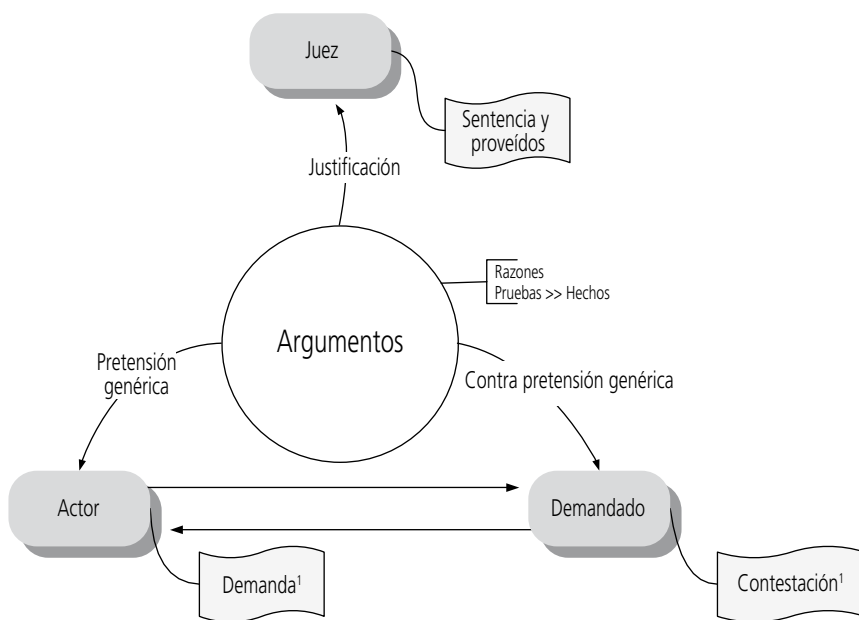
²⁷⁵ Este enunciado, siguiendo la terminología de Toulmin, es la garantía del argumento principal.

la información produzca en nuestros esquemas previos, de ahí los paradigmas.²⁷⁶

Por tanto, es importante desarrollar esquemas básicos de las instituciones judiciales para procesar adecuada y coherentemente la información y asegurar que los *constructos* sean universales.

Por estas razones es que el análisis del lenguaje utilizado en documentos judiciales debe hacerse bajo el esquema de su función, donde refiere a las nociones que cada uno tiene de las cosas. Como la persona es un actor, participante en mutua interacción con otros, el lenguaje es dialógico, connotativo, constructivo, semántico, participativo, creando la realidad uno mismo.

La elemental estructura de cualquier litigio implica una demanda o pretensión de condena o declarativa, un procedimiento donde se de la posibilidad de refutar y una decisión. Este modelo es la base con la cual se elaboran opciones más específicas y complejas.



¹ Pretensión específica: Causa de pedir (hechos y razones)

²⁷⁶ Carretero Mario (1997: 39-71), México Progreso pp. http://www.uls.edu.mx/~estrategias/constructivismo_educacion.doc

Un problema cotidiano, muchas veces difícil de explicar es lo aleatorio de las decisiones, en tanto que, casos análogos o incluso iguales, pueden ser decididos de manera distinta.

Las causas y razones pueden ser múltiples en una acción estratégica como son los juicios, aunado a circunstancias tales como la derrotabilidad normativa, discrecionalidad judicial, personalidad de los jueces y tantas más que el realismo contempla.

Para explicar esta problemática es necesario considerar que los procesos están sujetos a una derrotabilidad procesal de las pretensiones de las partes, lo que es propio del modelo dialéctico o contradictorio y que para la lógica formal es una aporía o problema sin solución.

3.5.4.1. *Stories*

En los juicios, pero también sucede en los procedimientos administrativos, la realidad empírica es la que las partes se proponen y pretenden construir, *ex profeso* y de antemano, a través del planteamiento de circunstancias tales que impliquen un estado de cosas al que podemos llamar resultado, del que deriven las consecuencias que les convenga. Al respecto Wildhagen dice:

Lo primero y más importante que hay que hacer es adoptar la resolución; luego vendrán las justificaciones, que serán tan abundantes como las zarzamoras.²⁷⁷

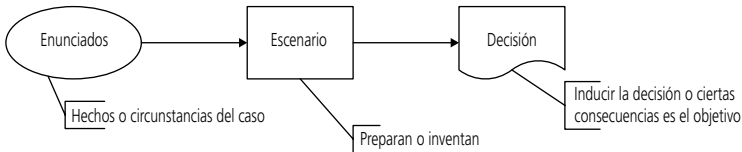
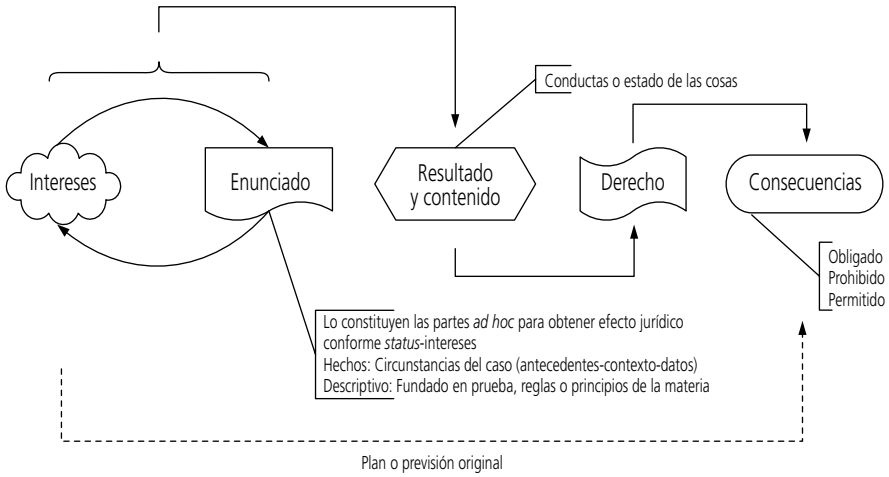
Tal planteamiento de acontecimientos o conductas debe ser o resultar útil, a partir de una previa ponderación basada en el costo-beneficio y que, en mejor medida, satisfaga u optimice las ganancias o resultados. Se habla de un utilitarismo.

Es así, que los interesados o partes, conforme a sus particulares intereses y de las circunstancias del caso, susceptibles de ser probadas, diseñan un enunciado que sea indicativo de una conducta que permita asociarla con ciertas consecuencias.

El escenario así propuesto, serán los hechos del caso que se busca sean asociados o vinculados con ciertas reglas o normas que permitan construir un argumento acorde y que justifique las consecuencias deseadas.

Con el propósito de inducir al decisor o auditorio, se proponen enunciados que hagan evidente un escenario «a modo», con el fin de orientar a tomar la decisión que se desea, esto es, la previamente concebida, tal como en el esquema se explica.

²⁷⁷ Citado por: Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, 1ª edición, p. 73.

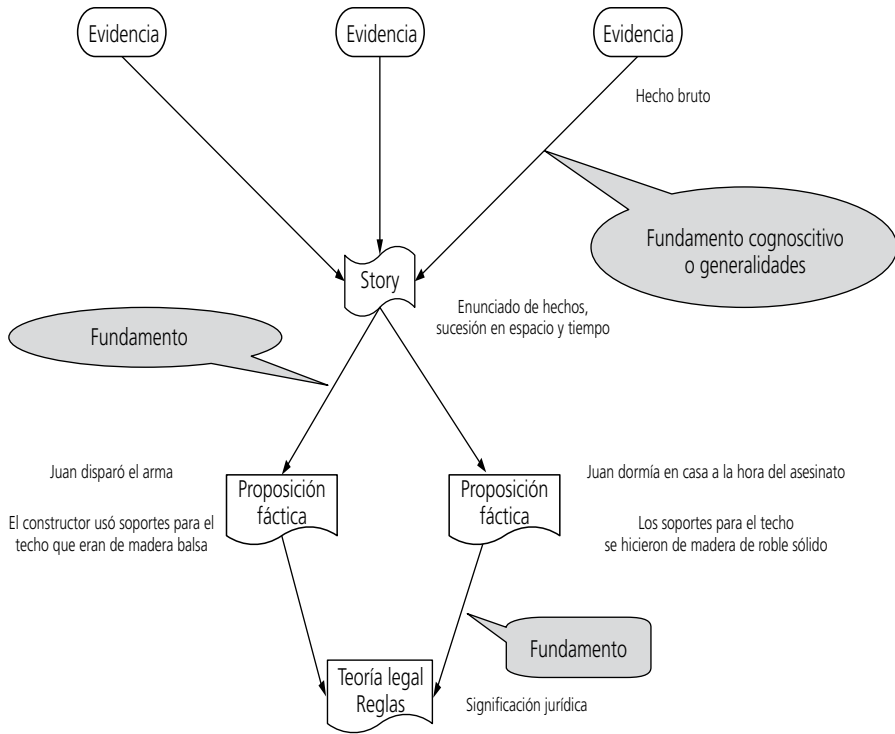


Con tales evidencias, utilizadas como ingredientes, en un cierto orden, cantidad, intensidad y funcionalidad cualitativa,²⁷⁸ se construye una o varias *stories*²⁷⁹ que deben fundarse o cimentarse en una regla de paso o probabilística adecuada. Es así que se elaboran —construyen o inventan— por cada parte y de sentido inverso las proposiciones fácticas que deben tener un soporte o fundamento institucional o de las reglas adjetivas pertinentes y retóricas como factor de calidad convictiva, para obtener un consenso por aceptabilidad racional y merecer justificación por haber seguido los procedimientos institucionales de carácter justificativo y de coherencia tanto en lo externo —vinculado con los aspectos sustantivos— como en lo interno. En seguida aparecen plasmadas esquemáticamente estas ideas.²⁸⁰

²⁷⁸ A la manera de cómo un buen chef elabora un suculento platillo.

²⁷⁹ Expresión de uso arraigado en el lenguaje forense norteamericano y en la doctrina europea, Twining y Taruffo son ejemplo de ello.

²⁸⁰ Bergman (2003: 45-56).



La práctica judicial norteamericana se fundamenta, de manera especial, en argumentos inferenciales capaces de convencer y producir la aceptación del juez o de un jurado.

El procedimiento argumentativo comienza a partir de cierta evidencia, basada en la información que se tenga o pueda obtenerse y a partir de su calidad será más plausible el argumento. Es a partir de ese acervo que el proponente planea y estructura un esbozo de proposición fáctica o hipótesis de trabajo probable, para lo cual se evalúa si es convincente o, en cambio, es fácil que pueda ser problematizada por el adversario, caso en el cual conviene allegarse de más evidencias hasta que se considere disponer de la necesaria para construir, ahora sí, una hipótesis que suene y pueda calificarse de plausible.

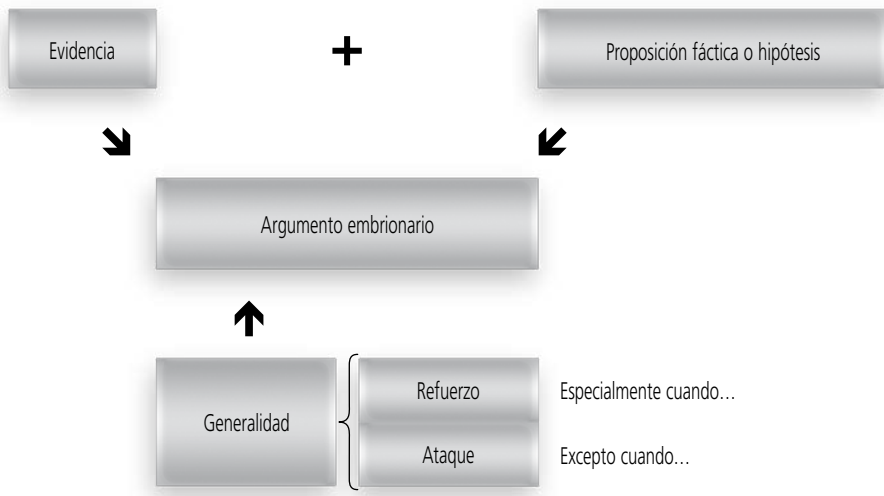
Es en ese momento que puede construirse un argumento embrionario o básico que vinculando y alimentándose, recíprocamente, de la evidencia y la hipótesis merezca credibilidad y produzca convicción.

Sin embargo para reforzar ese argumento embrionario, de ser posible, convendrá adicionar máximas de experiencia o generalidades que lo refuercen. Deberá tenerse conciencia que, también, pueden darse generalidades que sean contrarias u opuestas y prever esa contingencia, tratando de vacunar el caso

para hacerlo inmune, con argumentos que desestimen *a priori*²⁸¹ tales elementos en contra.

En seguida una descripción de esos elementos, ejemplificando con un caso concreto y un esquema que lo ilustra

- ▶ Argumento embrionario.²⁸² Conexión y producto de combinar evidencia importante²⁸³ y proposición fáctica pretendida (hipótesis).²⁸⁴
- ▶ Generalidad o máxima de experiencia.²⁸⁵ Causal o subyacente en la conexión entre la evidencia y la proposición fáctica, fortalece al argumento embrionario.
- ▶ Adjetivando, reforzando, acreditando, especializando o acotando como precisa o adecuada la generalidad al caso particular «especialmente cuando» acontece cierta información complementaria y auxiliar que robustece en autoridad.²⁸⁶
- ▶ Desacreditando o atacando un argumento con el adjetivo «excepto cuando».²⁸⁷



²⁸¹ La saturación, característica de los argumentos sólidos, exige desestimar las hipótesis alternas o contrarias, indicando por que no son relevantes o trascendentes o, en su caso, los efectos o consecuencias que de ellos pueden deducirse, es común emplear la reducción al absurdo; curarse en salud para usar una expresión coloquial.

²⁸² Julián estaba retrasado 20 minutos para una reunión; por tanto manejaba a alta velocidad.

²⁸³ Julián estaba 20 minutos retrasado para una reunión.

²⁸⁴ Julián conducía a alta velocidad, estaba de prisa.

²⁸⁵ Las personas que están retrasadas para una reunión, frecuentemente manejan muy rápido.

²⁸⁶ Especialmente cuando hay cierta información tal como sucede en el caso... reunión para concertar un contrato muy importante.

²⁸⁷ Excepto cuando.... El auto estaba descompuesto y la máxima velocidad que podía desarrollar era de 50 kph. Se invocan generalidades y hechos o circunstancias.

3.5.5. Problematicación y obligaciones argumentativas

Los componentes del argumento —elementos del supuesto de hecho y norma— pueden ser problematizados, refutados, puestos en duda, o bien, que las exigencias y normativa procesal, llegado el momento; requieran blindar, exigir y asegurar la eficacia de su invocación por lo que deben ser justificados o validados de una manera especial, en casos específicos, sobre todo cuando se contiende o lucha contra un principio o presunción como el de legalidad o de inocencia.

La refutación —que en el caso del argumento judicial puede concebirse como condiciones de oposición y contrariedad respecto a la procedencia legal de la pretensión e invocación de excepciones a la misma— incluirá casos de mayor exigencia en ciertas materias o circunstancias —tal como la demostración de agravio e interés en el juicio de amparo o en el contencioso administrativo— que de no darse frustran la eficacia de la pretensión por ser un elemento *sine qua non* de su ejercicio.²⁸⁸

Una pretensión que, por ende, es también una hipótesis o planteamiento, si formalmente está justificada o no da muestra de ser irrazonable total o parcialmente (t/p)²⁸⁹ y no es cuestionada, puede conducir a una decisión favorable. Sin embargo, ante alguna duda que puede surgirse al propio decisor o bien a partir de la oposición dialéctica o problematización de alguien con interés contrario, obliga a estudiar las razones que en contra del argumento, *prima facie*, se aduzcan.

Si las oposiciones resultan aceptables o plausibles o no se controvierten adecuadamente, mediante una respuesta sustancial y adecuada, defendiendo y sosteniendo la original pretensión, el resultado es que la validez del argumento inicial se desvanece, al grado que pueda perder toda eficacia.

Esta secuela puede enriquecerse o complicarse con la invocación —por el opositor al planteamiento inicial, acusado o demandado—, de nuevas y distintas pretensiones estratégicas encaminadas u orientadas hacia otro fin u objetivo, con el propósito de ampliar la temática del caso o litis en un juicio, hasta el momento en que dejen de plantearse aspectos nuevos y que ameriten ser refutados o rechazados que la problemática se puede considerar suficientemente discutida y deba pronunciarse una decisión.

²⁸⁸ En el juicio de amparo la autoridad judicial, oficiosamente, debe cerciorarse de la acreditación de estos extremos. Un ejemplo más, son la serie de requisitos y condiciones que en la casación se exigen o, incluso, la discrecionalidad judicial del tribunal como en el caso del *writt of certiorari* norteamericano.

²⁸⁹ (t/p) Si es en todo la propiedad se aplica de manera absoluta, en cambio, si es solo en parte, la propiedad será relativa. Formalmente justificado, que de la apariencia de estar sustentado en razones y evidencias que aparenten o semejen plausibles y atendibles, en la terminología de Toulmin que haya garantía y respaldo, tanto de esta como de datos.

El contenido de la oposición, comenta Calonje (2007: 181-200) a lo que llama «teoría del cambio» consta de tres actos: *a)* Despertar la necesidad del cambio, censurando al *status quo* para sensibilizar al contrario y al juez mediante un discurso de censura-disuasión; *b)* Articular a manera de *shock* nuevas valoraciones que ganen el apoyo del juez, adquiere importancia el uso de argumentos psicológicos o emotivos mediante un debate psicológico-acusatorio; *c)* Comunicar y proponer una nueva valoración, elogiando con argumentos rigurosos, el nuevo orden de cosas a través de un discurso persuasivo. Es así que los abogados las aducen de tres maneras y grados según las circunstancias, expresando su desacuerdo que es una refutación abstracta aunque real, la disuasión que es una oposición más moderada y la defensa, entendida como enfrentamiento riguroso.

Para ejercer la refutación existen dos métodos: La defensa con pruebas o sin pruebas.

Si hay pruebas disponibles la oposición a la instancia o pretensión puede ser: *a)* Demostrando que los hechos no son como se presentan; *b)* Probando que las valoraciones de los hechos no son las que se corresponden a la gravedad; y, *c)* Admitiendo las valoraciones pero atacando la argumentación.

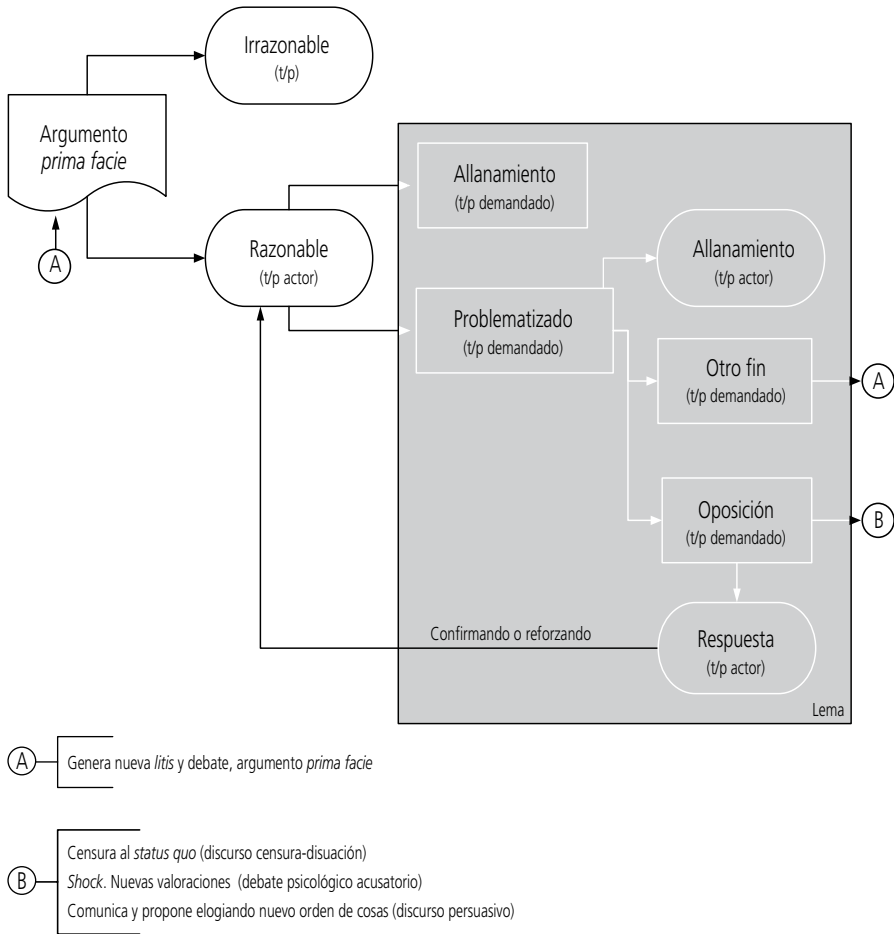
Hay ocasiones en que no se dispone de pruebas o ha faltado tiempo para preparar una adecuada oposición. En esos casos, se puede invocar que la pretensión es contraria a lo previsto en alguna fuente del Derecho²⁹⁰ o a valoraciones contempladas en la Constitución como la igualdad, honor o formalidades esenciales; aspectos que no son necesarios probar de manera estricta y exacta.

Además es posible recurrir a circunstancias externas cuando se debe refutar y no es posible probar, actuando de manera indirecta a través de rodeos o intermediarios.²⁹¹ Algunos ejemplos son: *a)* Desvío de la culpa, se aceptan hechos y valoraciones pero se deriva la responsabilidad en otra persona o cosa; *b)* Concesión, cuando se acepta el hecho para luego eludirlo o refutarlo, aduciendo ignorancia, falta de intención, un accidente o un estado de necesidad; *c)* Réplica de la acusación, cuando se recurre a responsabilizar a otra persona o cosa, invocando una influencia de tercero o incluso una práctica social; *d)* Ruego de perdón e invocar una pena menor, solicitando clemencia.

Una representación básica de lo expuesto aparece en el esquema siguiente:

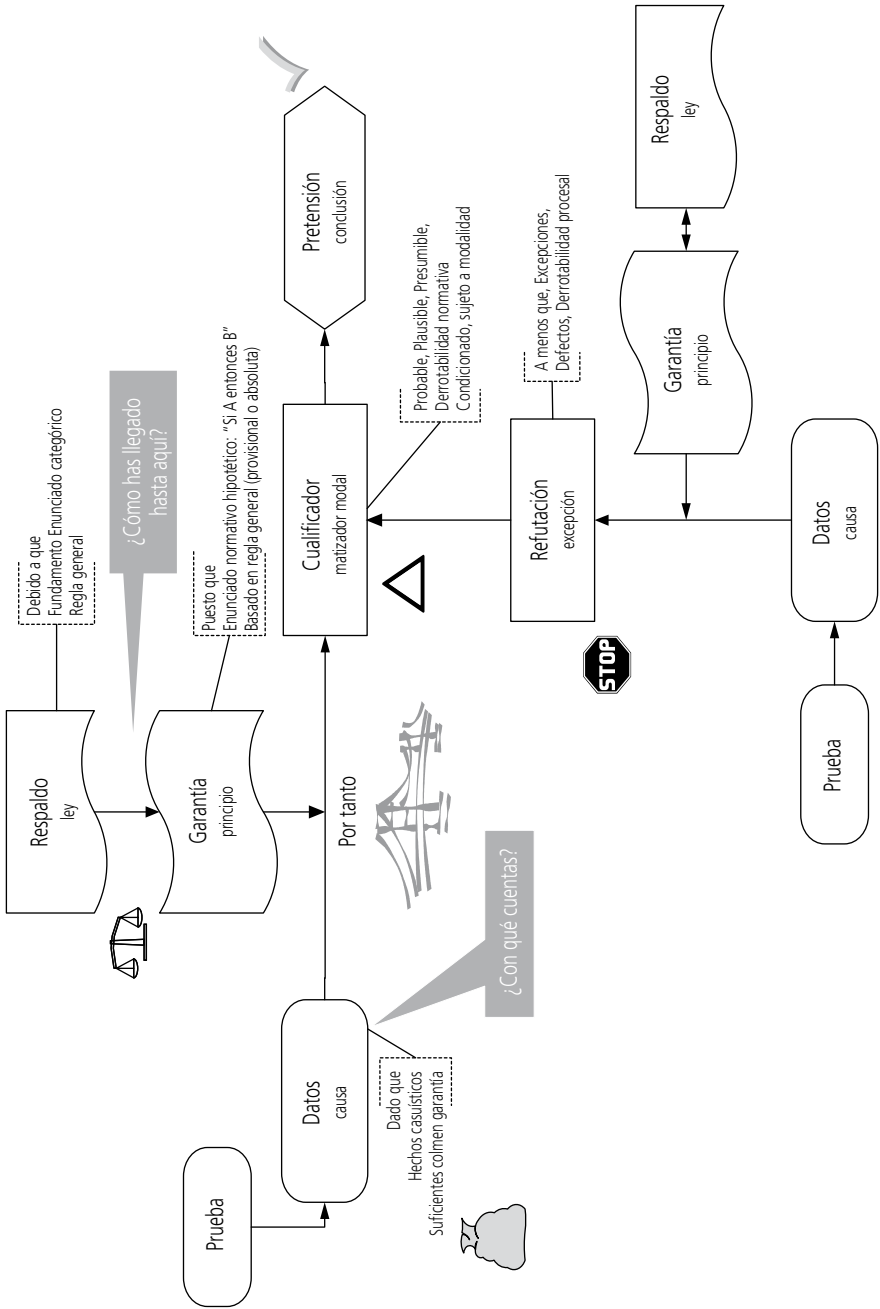
²⁹⁰ Tales son los principios, las normas, la jurisprudencia o la costumbre, por citar unos ejemplos.

²⁹¹ Las reacciones de los niños son ilustrativas, careciendo de habilidades racionales elaboradas, optan por indignarse ante el que acusa o lamentar una parte de la culpa y pedir reducción del castigo.



Estas ideas se comprenden de manera muy clara utilizando el esquema que Toulmin propone donde todo debate o discusión inicia con una pretensión. Si es problematizada o cuestionada mediante el interrogante ¿Con qué más cuentas? Deberá contestarse exponiendo los datos probados y, si a pesar de ello, se cuestiona ¿Cómo has llegado hasta ahí, con esa información a exigir la pretensión? Deberá darse cuenta de la garantía y el respaldo. Por otra parte un argumento que *a priori* esté blindado de objeciones, como es el que debe exponerse en las demandas o soportar las decisiones, debe contemplar, desde un principio, todos y cada uno de los elementos descritos. Toulmin (2007: 133)

La refutación o problematización, para que sea operante debe, a su vez, estar justificada tal como se ilustra en el siguiente gráfico.



3.5.6. Prueba indirecta

La construcción de los enunciados fáctico-descriptivos²⁹² no es libre ni arbitraria, en la medida que debe soportarse o derivar de evidencias demostrables o probables, además que los hechos invocados y más aún los acreditados deben encajar en la «*story*» y esta desenvolverse a partir y dentro del marco fáctico.

Especial comentario merece, el distinguir y matizar entre hechos:

- a) Principales o sustanciales, entendidos como el conjunto de circunstancias que forman la premisa fáctica de la norma aplicable, conducentes a una calificación jurídica y son el presupuesto necesario para que se produzcan o desencadenen los múltiples efectos jurídicos previstos en aquélla;²⁹³
- b) Probatorios o de comprobación, con un carácter funcional o instrumental, pertinentes para acreditar la existencia o inexistencia del principal, son datos o informaciones —en ocasiones a manera de indicios— aptos para probar, cuando se les emplea como premisa menor de un razonamiento inferencial a los que se aplica una máxima de experiencia;²⁹⁴ y,
- c) Medios de prueba.

La prueba directa es la menos común en los casos difíciles y convencionales, de suyo, solo se actualiza en los casos fáciles, por lo que es importante estudiar y atender a los casos de prueba indirecta.

En efecto, al ser imposible o poco probable y verosímil, pretender acreditar ciertos hechos de manera directa, es razonable permitir que síntomas o indicios del objeto de prueba sean suficientes para tenerlo por acreditado o como evidente.

Los indicios son síntomas, evidencias o signos indicativos de otra realidad o hecho que puede ser inducido, con más o menos seguridad, dependiendo que tan contundentes —reales o probables— sean estos indicios y la idoneidad o contundencia de la regla empírica o máxima de experiencia utilizada como vínculo o conexión. Se tiene así una cadena inferencial:

Indicio o hecho probado + Máxima de experiencia o Regla empírica = Hipótesis o Hecho probable

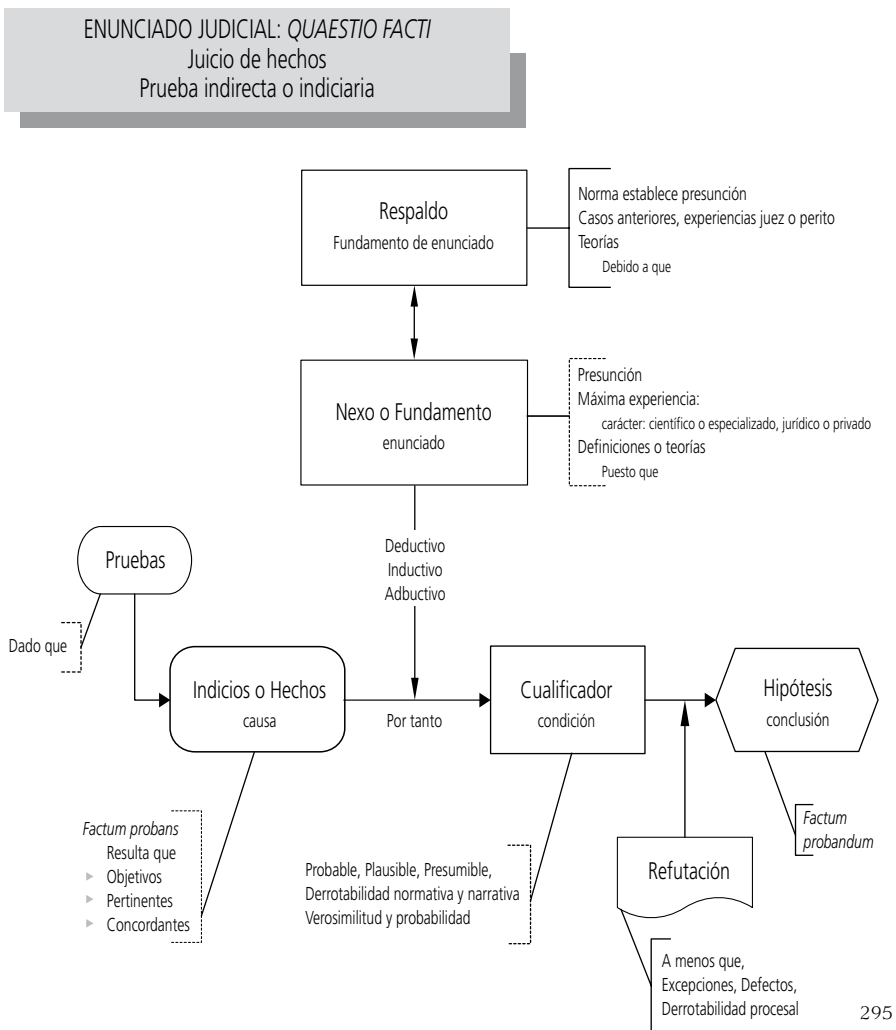
La primera condición para poder asignar valor convictivo o demostrativo a los indicios debe ser que estén probados. La segunda condición es que haya

²⁹² Trabajo artesanal y hasta artístico o mágico (especialmente en un país surrealista como México) encomendado a los abogados litigantes, que debe estar dotado de gran creatividad, excelencia, plausibilidad y fuerza convictiva o inductiva del auditorio o destinatario, emocional y racionalmente hablando. Aquí es crucial la retórica para llevar a un consenso.

²⁹³ *Factum probandum*.

²⁹⁴ Andrés Ibañez (2000: 9-34), son los *factum probans*.

un fundamento cognoscitivo o nexo que permita relacionar, con cierto grado de probabilidad o certeza, la correspondencia o pertenencia entre indicios e hipótesis, al que Toulmin denomina garantía y respaldo. La tercera es que no haya refutaciones, salvedades o indicios en contra y con más fuerza que los de imputación. Una exposición del razonamiento inductivo, es el siguiente esquema.



295 Referente a la premisa fáctica aludo al supuesto de prueba indirecta que es el más complejo. Si fuera el caso de prueba directa esta recae sobre los hechos y no sobre indicios. Hipótesis significa al contenido y alcance que se pretenda atribuir al enunciado fáctico.

Como se advierte, la hipótesis coincide con el *factum probandum* —objeto o hecho fundamental a probar—, a partir de ciertos indicios o evidencias que, a manera de síntomas, permiten inferir el consecuente.

A ese indicio lo denominamos el *factum probans* —objeto o hecho que prueba al otro—, siempre que se expongan las razones pertinentes, que pueden ser máximas de experiencia o, incluso, una presunción legal que es precisamente eso mismo, una máxima de experiencia pero positivada, esto es, reconocida como tal por el legislador e idónea para presumir y tener por cierto el hecho a probar, *factum probans*.

La inferencia y valor de la hipótesis está condicionada a un cierto grado de probabilidad, ya que no es absoluto su valor inductivo, además que puede ser refutado con alguna otra evidencia de mayor peso que condujera a plantear una hipótesis contraria y más sólida.

PRUEBA INDIRECTA. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN.—Una prueba es indirecta cuando de la demostración de la existencia de un hecho secundario (hecho probado) sea posible extraer inferencias que fundamenten la hipótesis del hecho principal (hecho por probar o presunto). Así, la prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis de existencia de un hecho principal, pero a través de un paso lógico, que parte de un hecho secundario. En ese orden de ideas, el grado de apoyo de la hipótesis a probar dependerá de: *a)* el nivel de aceptación de la existencia del hecho secundario, es decir, si ésta está suficientemente probada y, *b)* el grado de aprobación de la inferencia, que se funda en la eficiencia y suficiencia del hecho secundario, cuya existencia ha sido probada, lo que, por lo general, implica acudir a máximas de experiencia solventes y a argumentos basados en la sana crítica. En conclusión, para determinar el grado de aceptación de la inferencia, que parte del hecho secundario o probado hacia el principal o inferido presuntivamente (hecho por probar), es necesario conocer el criterio en el que dicha inferencia se apoya, que comúnmente son enunciados de carácter general que convencen de la pertinencia y suficiencia de los indicios para aseverar la hipótesis o conclusión, también conocidos como máximas de experiencia. Así, mientras más preciso y seguro sea el criterio, mayor será el grado de aceptación de la inferencia.²⁹⁶

COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.—En materia de competencia económica es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo, dado el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio de ello, por lo cual es evidente que, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados, ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen, para lo cual debe hacerse una labor de enlace o adminiculación de diversos

²⁹⁶ No. Registro: 168,580 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXVIII, Octubre de 2008 / Tesis: I.4o.A. J/72 / Página: 2287

hechos conocidos para extraer una presunción o hipótesis a partir de un indicio, y derivar inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal, sin que pueda exigirse un mayor rigor en el acreditamiento de circunstancias y móviles, dada su naturaleza. En ese orden de ideas, acorde con lo dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica como en su reglamento, la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, administrados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a cabo prácticas monopólicas; pues es de esperarse que los actos realizados por esas empresas para conseguir un fin contrario a la ley, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización.²⁹⁷

3.5.7. Razonamientos judiciales y tipos de reglas

3.5.7.1. Sistemas jurídicos: Componentes

El Derecho constitucional resulta especialmente complejo, por la diversidad y naturaleza plural de las materias que comprende, aunado a las varias funciones y vocaciones que está llamado a realizar, así como los fines y valores que debe consolidar.

Atienza (2006: 163-176) dice que las premisas normativas se vinculan y están regidas por tres tipos de normas: Reglas de acción, Reglas de fin y Principios; correspondiendo, cada una, a sendas formas o estructuras argumentativas.

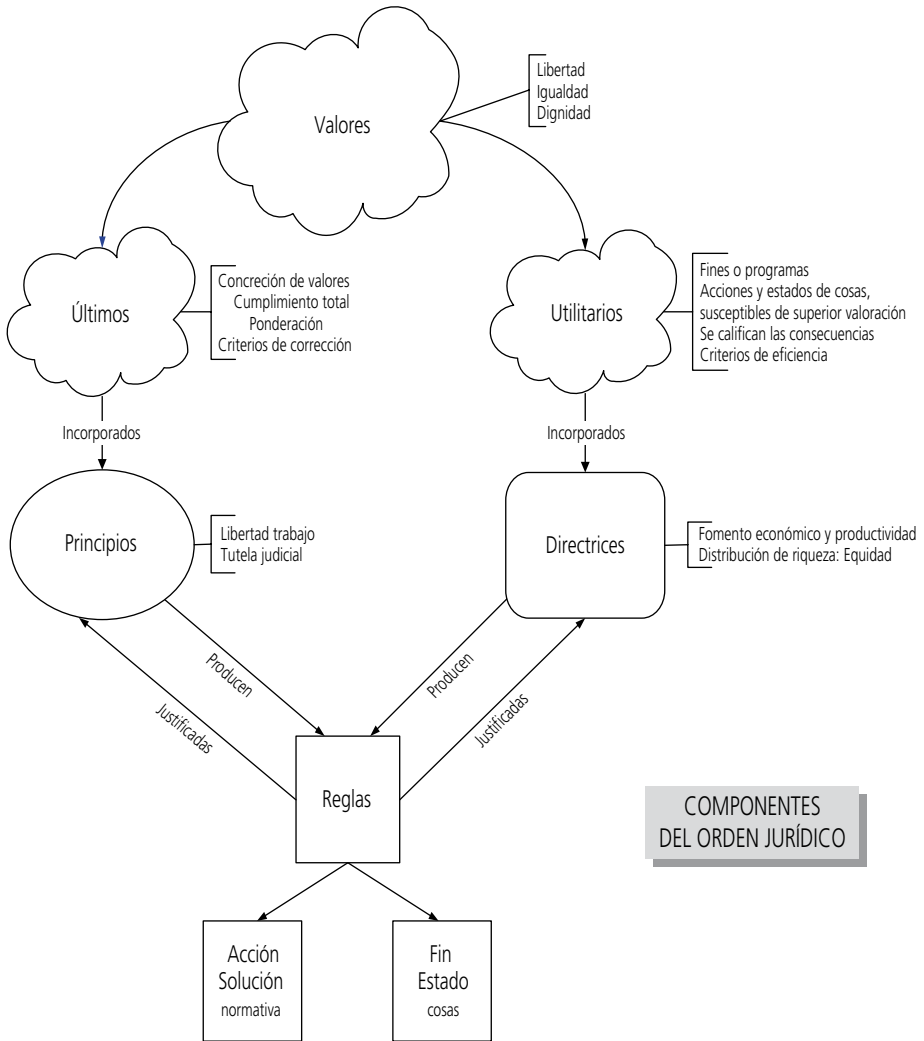
En ese contexto, resulta claro que una estructura basada sólo en reglas²⁹⁸ es insuficiente, por lo que es menester, existan e interactúen variados elementos normativos y axiológicos que lo componen, van determinando su desarrollo y jerárquicamente estableciendo relaciones, fines y propósitos. En ese tenor, resulta que a partir de los valores surgen principios²⁹⁹ y directrices que producen legislativamente reglas³⁰⁰ cuyo contenido estará justificado si reproducen y reflejan los valores y propósitos de sus antecedentes, tal como aparecen dispuestos en el siguiente esquema:

²⁹⁷ No. Registro: 168,495 / Jurisprudencia / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXVIII, Noviembre de 2008 / Tesis: 1.4o.A. J/74 / Página: 1228.

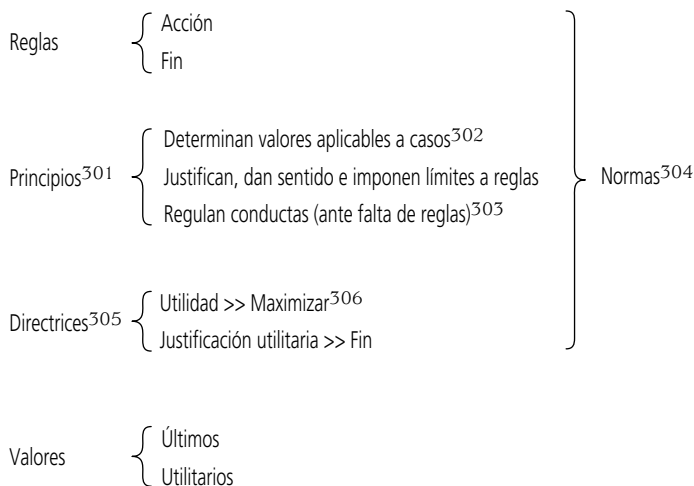
²⁹⁸ Disposiciones normativas. Con una forma condicional hipotética donde se plantea una hipótesis, una razón suficiente y una consecuencia con la notación lógica $p \rightarrow q$ (si p entonces q)

²⁹⁹ La gran mayoría de los derechos fundamentales tienen estas cualidades tales como libertad de expresión, debido proceso legal, etcétera.

³⁰⁰ No todos los principios y directrices generan reglas aunque lo deseable es que así fuera ya que las omisiones legislativas, en muchos casos, sobre todo referidas a las directrices, provocan su ineficiencia, tema que más adelante retomaré al analizar estas modalidades de normas.



Todos estos componentes y sus funciones, se sintetizan en el cuadro siguiente:



Las reglas de acción regulan conductas, prohibiéndolas, ordenándolas o permitiéndolas. En cambio, las reglas de fines plantean o proponen una finalidad, propósito, programa u objetivo que pueda ser la concreción o resultante de valores, es una *lege ferenda*, un ideal a obtener, en la medida de lo posible y de la manera óptima. Las reglas de fines tienen como peculiaridad prever el fin u objetivo pero no los medios más idóneos o *ad hoc* para conseguirlo, decisión discrecional que debe asumir el operador jurídico.

Algunos ejemplos de ello son:

- ▶ Máxima eficiencia del servicio público, 8, fr. I, Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

³⁰¹ En el antecedente o condición de aplicación se prevé la oportunidad que, de realizarse la conducta prescrita en el consecuente, se aplique la solución normativa (prohibir, obligar o permitir)

³⁰² El legislador y Administración deben determinar bajo que condiciones un principio prevalece sobre otro.

³⁰³ También por indeterminación, antinomias o cuando reglas entran en conflicto con los principios que las justifican o con otros del sistema. El juez debe ponderar entre principios para construir así la regla del caso particular y concreto.

³⁰⁴ Varias ideas y conceptos que aparecen en este cuadro son tomados de Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan (2000: 18).

³⁰⁵ El objetivo es dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible. Trazar cursos de acción que aseguren la obtención mediante reglas de fin o de acción idóneas para facilitar el objetivo propuesto. Discrecionalidad para seleccionar los cursos de acción. Se conocen también como normas programáticas.

³⁰⁶ Una acción estará justificada cuando (respetando las normas del ordenamiento que derivan de los principios) es la más eficiente en tanto facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines.

- ▶ Preservar a la familia y proteger a sus miembros en casos de menores, de alimentos o de violencia familiar, decretando medidas precautorias, 941 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- ▶ Custodia del menor al progenitor más idóneo para su desarrollo 273, 275 y 284 Código Civil para el Distrito Federal.
- ▶ En suspensión conservar materia y tutelando en la mayor medida los 3 intereses en conflicto, 124, in fine, Ley de Amparo.
- ▶ Ambiental, elegir la opción que conlleve a la máxima sustentabilidad con el mayor desarrollo posible según las circunstancias, 4 C; 1 y 6 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- ▶ Derecho de la competencia, la opción óptima para favorecer: eficiencia + concurrencia, 10, in fine, Ley Federal de Competencia Económica.

3.5.7.2. *Argumentación subsuntiva o clasificatoria*

La argumentación subsuntiva deriva de aplicar una regla de acción que establece: que **si** se dan determinadas condiciones (premisa normativa genérica) **entonces** alguien debe, puede o está obligado a realizar determinada acción o recibir determinada sanción. El razonamiento es clasificatorio o subsuntivo de la premisa fáctica en la normativa, atribuyendo las consecuencias previstas.

Estructuralmente el razonamiento coincide con el caso típico del silogismo judicial citado en el apartado 3.1.3.2. *Silogismo hipotético o condicional*.

El esquema del razonamiento podría ser:

- ▶ **Si** se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio, prohibido o permitido realizar la acción Y.
- ▶ En este caso se dan las propiedades, X₁ (o sea, se está ante un caso concreto previsto en el genérico).
- ▶ **Entonces**, es obligatorio, prohibido o permitido realizar la acción Y.³⁰⁷

El esquema es como un *modus ponens*, conforme al cual: $p \rightarrow c$, es el caso que se da p, por tanto debe operar c. Es la forma más simple, reduce al mínimo la discrecionalidad, hace abstracción de las consecuencias futuras de las decisiones y proporciona seguridad en los procesos aplicativos.

3.5.7.3. *Argumentación finalista*

Las reglas de fin establecen un objetivo o finalidad en razón de conseguir la satisfacción óptima de ciertos valores, se basa en la idea de adecuación en tanto ordena alcanzar un objetivo en el mayor grado posible a través de un curso de acción o un medio no predeterminado.

³⁰⁷ Atienza (2006: 164-165)

Un ejemplo es la suspensión en el juicio de amparo, donde el mandato u objetivo es mantener viva la materia del juicio a fin de asegurar la eventual restitución, existiendo discrecionalidad para elegir los medios idóneos a la vez de causar la menor afectación a las partes y a la sociedad.

Las licitaciones deben llevar a elegir las mejores condiciones disponibles para la Administración.

Para ello goza de discrecionalidad a efecto de elegir los medios óptimos para conseguir la finalidad impuesta en la regla.

Los elementos del razonamiento consisten en el señalamiento de ciertas circunstancias que, de actualizarse X, hacen obligatorio procurar alcanzar en la mayor media posible F. Para conseguirlo hay que agregar una premisa que establece una relación de condición necesaria entre el curso de acción o medio a emprender M (que discrecionalmente se elige) y el objetivo citado F.

El esquema del razonamiento podría ser:

- ▶ En las circunstancias X, es obligatorio o está justificado procurar alcanzar F.
- ▶ Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F.
- ▶ M es preferible a otros cursos de acción ($M_1, M_2 \dots M_n$) que también conducirían a F.
- ▶ Por lo tanto, es obligatorio o está justificado realizar la acción M.

La premisa normativa en estas reglas se dirige al futuro, señalan un objetivo por alcanzar lo que hace menos predecible su aplicación y hay mayor apertura hacia la discrecionalidad.

La premisa fáctica enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá en el futuro, es un juicio abierto hacia el mundo de las conexiones causales.³⁰⁸

3.5.8. Ponderación de principios

3.5.8.1. Contexto

Hay situaciones o conflictos frente a los cuales: *a*) no hay regla que aplicar (laguna normativa) o existiendo la disposición, *b*) es incompatible con los valores y principios del sistema (laguna axiológica), son supuestos en los que falla el aspecto directivo de la norma al separarse del justificativo. En estos casos los jueces u operadores deben aplicar principios.

Los principios *lato sensu* se dividen en

- i*) principios *stricto sensu* que son normas de acción y en,
- ii*) directrices que son normas de fin, en tanto establecen la obligación o permisión de procurar obtener objetivos —estados de cosas— económicos o sociales. También se les conoce como políticas públicas o *policies*.

³⁰⁸ Atienza (2006: 165-168)

Sin embargo, los principios³⁰⁹ no se aplican de manera directa ya que sólo suministran razones no perentorias³¹⁰ o *prima facie* que deben ser contrastadas con otras.³¹¹ Esto ha determinado que se considere al Derecho como normas inestables.

Pero además, resulta que las condiciones de aplicación son abiertas lo que ocasiona que concurren varios y, en ocasiones, las más, con exigencias contrapuestas.

La ponderación es, precisamente, la manera de encontrar solución a esa situación de tensión. Es así que la aplicación de principios se da en dos fases:

- a) Convirtiendo a la suma de principios en oposición o tensión, en reglas;³¹² y,
- b) Creando una regla específica para el caso concreto, la cuál, se aplica según el modelo subsuntivo o finalista

3.5.8.2. Tipos de ponderación

Atienza (2006: 169-176) distingue que hay dos tipos de ponderación, según que la tensión se de entre:

1. Principios en sentido estricto.—En los casos concretos y circunstancias particulares en que ocurra, uno prevalece sobre el otro.

Supóngase un caso de tensión entre el derecho a la información y la vida privada, donde un menor haya sido víctima de un delito infamante por abuso, parece obvio que la versión pública de la sentencia deberá opacar u ocultar cualquier posibilidad que permita identificar a la víctima a fin de no denostarlo socialmente.

En el proceso de ponderación puede suceder que no sólo participen los principios en tensión sino que, adicionalmente, determinadas directrices pueden contribuir o atribuir mayor peso a alguno de los principios en juego.

En un caso opuesto donde se planteara la intensidad de la información que debe darse a la gestión de un servidor público, directrices como la vida democrática, la transparencia y rendición de cuentas, justificarían dar más importancia y peso al derecho a la información que a la vida privada, aunque el respeto a esta no desaparece, sino que se reduce a un mínimo tal, que no interfiera con la divulgación de la información que debe ser expuesta.

³⁰⁹ Igual reflexión cabe hacer atinente a los derechos fundamentales cuando tienen la estructura de principios.

³¹⁰ No decisivas o definitivas, por tanto, se pueden modificar.

³¹¹ Un claro ejemplo es el derecho a la información que al ser aplicable a un cierto caso es usual que concorra y entre en tensión con la vida privada.

³¹² Eso es a lo que en sentido estricto se le puede llamar ponderación.

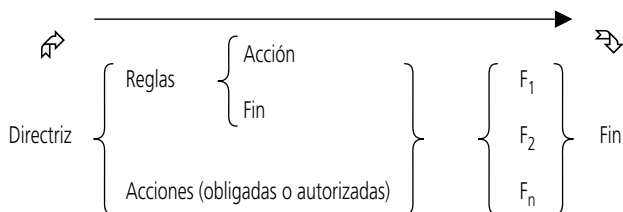
Si se hace abstracción del proceso de argumentación el esquema del razonamiento es:

- ▶ En la situación concreta S, los principios P1 y P2 establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).
- ▶ En la situación S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo P2 sobre P1)
- ▶ Por lo tanto dada la situación S y las circunstancias C, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de C), entonces está prohibido q.

2. Directrices.—Su vigencia y eficacia determina un proceso de concreción, conducente a establecer una serie de medidas, tales como: *i*) reglas de acción, *ii*) de fin o *iii*) medidas concretas que obligan o autorizan realizar cierta acción; a partir de una o varias directrices.

La concreción de objetivos (que preferentemente corresponde al legislador o la Administración) debe ser en armonía con lo derivado de otras directrices o políticas y sin vulnerar, innecesaria o desmedidamente, derechos fundamentales o principios.

La concreción de un objetivo (final) puede requerir alcanzar previamente algunos otros de carácter instrumental, intermedios y necesarios. Pero incluso para conseguir estos puede ser indispensable emitir normas o realizar ciertas acciones también con el carácter de instrumental. Estas ideas se resumen en el cuadro siguiente:



Para ejemplificar vale considerar el derecho que la Constitución confiere a toda familia a una vivienda digna y decorosa. Sin embargo, para alcanzar el objetivo o finalidad de esta directriz o política será necesario promover determinadas condiciones (fines instrumentales) y dictar normas pertinentes para hacer efectivos y consolidar esos objetivos, tales como regular el uso del suelo de acuerdo con el interés general, provisiones para impedir la especulación o el desvío en el uso de los inmuebles, facilitar el financiamiento, fomentar a las empresas desarrolladoras, conceder exenciones fiscales, proveer infraestructura, etcétera.

Pero también debe considerarse que los principios marcan límites dentro de los que se lleve a cabo el proceso de concreción de objetivos de las políticas, pudiendo fortalecer o restringir su alcance.

La justa distribución del ingreso y la riqueza son directrices previstas en el artículo 25, primer párrafo, constitucional. No obstante, de utilizar medios tributarios para esa finalidad, deberá hacerse dentro de los márgenes de proporcionalidad y equidad que como derecho fundamental establece el diverso 31, fracción, IV, aunque imprimiendo determinadas incidencias y repercusiones que merecen también ser ponderadas, en su conjunto y acorde a las consecuencias a favor de los grandes valores que rigen a la sociedad.

3.5.8.3. Ponderación como procedimiento y como resultado

Es el juicio de valor o peso, que se aplica a los intereses debatidos, sobre la base normativa de principios.³¹³

La referencia a los hechos y más concretamente al enunciado fáctico, implica aludir a la totalidad de intereses de las partes,³¹⁴ incluyendo circunstancias y peculiaridades de sus pretensiones que deben ser objeto de análisis, estimación y ponderación a la luz de los principios o derechos fundamentales pertinentes.

Es así que se ponderan, más que los principios o derechos fundamentales, los intereses en debate y los hechos ya cualificados, en razón y conforme al conjunto de los principios aplicables, que normalmente concurren varios y plantean exigencias contrapuestas ya que actúan en un ambiente de tensión.

Cobra importancia especial en el caso de los derechos fundamentales, establecer cuales son: a) los límites internos con especial referencia al fin del derecho, el para qué y su funcionamiento razonable, así como definir adecuadamente cuál es y cómo se protege al bien tutelado, partiendo que debe expandirse hasta donde sea posible, con eficacia irradiante de las libertades; y, b) las restricciones, también conocidas como límites externos o sistémicos, consecuencia de la vigencia y funcionamiento simultáneo de otros derechos.

Y es a partir de ese análisis de las circunstancias, peculiaridades, hechos e

³¹³ En cierta medida es la idea que prima en el artículo 14, *in fine*, constitucional al establecer que los conflictos deben ser resueltos, aún ante falta de reglas, aplicando los principios pertinentes para dirimir la contienda o pugna de intereses. Estas ideas son aplicables plenamente a los derechos fundamentales ya que asumen la estructura de principios o directrices.

³¹⁴ Adecuadamente definidos y en contexto. Lo que mueve o inclina la voluntad de las personas para satisfacer necesidades u obtener un bien, libertad, autonomía o privilegio, digno de ser tutelado por el orden jurídico. El TC español define al interés legítimo como “cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida” (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, y ATC 356/1989). En posterior criterio ha sostenido que: Interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (STC 195/1992, FJ 4o.). Ahora se habla de intereses difusos de incidencia colectiva, con alcances *erga omnes*.

intereses del caso concreto que se puede «balancear» o «ponderar» para estar en posibilidad de determinar cuales principios o derechos fundamentales son admisibles como restricción o límite a otros, en el entendido que deben ser adecuados o idóneos para conseguir los objetivos o fines constitucionales y sólo entonces son evaluados y ponderados para conocer así y declarar en que medida o proporción es factible optimizar su aplicación conjunta y en concordancia práctica; esto es, hallar el punto de equilibrio donde se obtenga el grado óptimo de realización, el sublime, tanto de intereses como de principios o derechos fundamentales, tomando en cuenta que, usualmente, concurren dos o más en una relación de tensión.

En este caso deben ponderarse los principios o derechos fundamentales mediante los sub-principios o mandatos parciales de:

- a) Idoneidad o adecuación.—La medida limitadora ha de ser útil, apropiada o idónea *mandato de adecuación*, ser un medio útil o apto para la consecución del bien público que la prevención tiene como fin. Los derechos fundamentales pueden ser restringidos, sólo a partir de objetivos también constitucionales.
- b) Necesidad.—Debe ser indispensable *mandato de necesidad*, y sin que existe otro medio igualmente eficaz y menos limitativo o restrictivo para satisfacer el fin de interés público.
- c) Ponderación *stricto sensu*.—Implica un *mandato de proporcionalidad* conforme al cual debe darse un equilibrio, balance o razonabilidad entre el perjuicio que resiente el derecho fundamental y el beneficio en favor del bien público (intenso, medio, leve, son los niveles de costo o beneficio) Rodríguez de Santiago (2000: 25)

A partir de ese análisis, que es un *test* eliminativo o secuencial de prioridades, se emite un juicio o decisión respecto del mejor tratamiento o regulación que sea posible asignar a los hechos o intereses del caso concreto, pero de conformidad, a la luz y con la plenitud de los valores que inspiran a los principios pertinentes o derechos fundamentales que están en tensión.

Cabe precisar que es a partir de la ponderación de los principios, como se construye la regla para decidir el caso específico —pertinente y *ad hoc* a los intereses en colisión— de modo que se optimice la armonía, eficacia y funcionalidad de todos los principios concurrentes y en razón, precisamente, de las circunstancias e intereses prevalecientes, esto es, a la luz de los hechos o intereses del caso concreto, evaluando los efectos, las circunstancias y consecuencias particulares y específicas a la luz de una combinación simétrica y balanceada de principios concurrentes. Es un ejercicio para armonizar y cohesionar derechos subjetivos o, si se quiere, concretos.

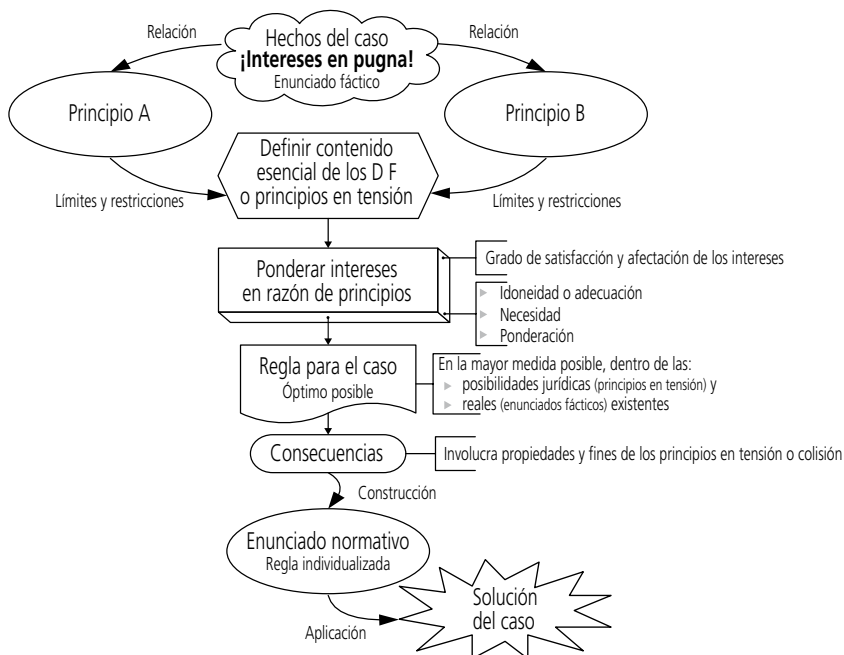
El objetivo, como ya se ha dicho, es ponderar y conciliar, balancear para construir un óptimo en el caso concreto de lo que está en aparente pugna o tensión, en tanto que el real y auténtico conflicto se da entre «intereses o pretensiones» y no entre derechos.

Al ponderar, debemos estimar esos intereses que son las pretensiones del caso concreto, relacionados con los hechos particulares y a la luz de los principios. Debe darse una correspondencia y, más aún, superávit³¹⁵ de ser posible, del fin o propósito buscado por el orden jurídico para las circunstancias del caso concreto, en relación con los eventuales efectos perjudiciales o limitadores.

De manera semejante a lo que ocurre cuando se aplica la *rule of reason* donde se intenta llegar a la mejor solución posible u óptima para el caso y circunstancias particulares, balanceando los pros y contras, costo-beneficio, para construir la solución o alternativa más práctica, eficiente y con las mejores consecuencias posibles.

Es así que los principios en tensión deben pesarse o ponderarse en razón de los intereses que están regidos por los hechos o circunstancias del caso concreto y, con el resultado, se construye la regla para resolver el específico evento.

En seguida aparece un gráfico que intenta reflejar el método de ponderación referido:



³¹⁵ Siempre por la tensión y competencia prevaleciente entre varios principios o derechos fundamentales hay ganancia y pérdida recíproca, un costo asociado a un beneficio. Sin embargo, cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en conflicto, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario; de ahí la metáfora o símil del superávit. Alcanzar el punto de equilibrio en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización.

Comenta Rodríguez de Santiago (2000: 34-35) que es inconcebible la planificación³¹⁶ por la Administración, sin otorgar a quién decide, un amplio margen de libertad conformadora o discrecional. Sin embargo, es evidente que tales facultades y la sujeción a la ley o interdicción a la arbitrariedad, se encuentran en una situación de tensión entre principios.³¹⁷

En ese ámbito, el sometimiento de la Administración a la ley se instrumenta mediante normas que orientan esa competencia a la consecución de metas o fines que, frecuentemente, se encuentran en una situación de tensión o conflicto, unos con otros. Por ejemplo ordenando el desarrollo de la ciudad para mejorar la calidad de vida y protección del medio ambiente, pero también creando las condiciones para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna, sin desatender los intereses de los propietarios, junto con una planeación urbanística con utilización racional de los recursos naturales, asociada al desarrollo de la industria y la agricultura; la protección del medio ambiente y seguridad vial en la planificación de carreteras.

En ese contexto para adoptar la decisión sobre planificación, propia de un Estado de Derecho, es exigible la ponderación de los intereses públicos y privados afectados, a partir de:

- ▶ Identificar los intereses en juego;
- ▶ Atribuirles la importancia que les corresponde; y,
- ▶ Establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de esas metas o fines.

El objetivo es triple:

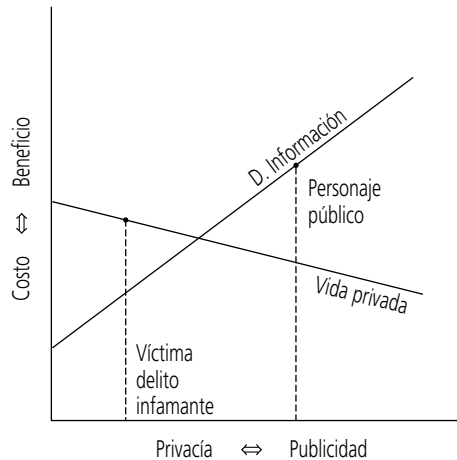
- a) imponer la racionalidad en el ejercicio de la mencionada libertad conformadora —de orden y naturaleza discrecional—,
- b) haciéndola compatible con el control de dicha actividad administrativa y
- c) la protección jurídica del ciudadano.

El sub-principio de ponderación *stricto sensu*, se aplica en casos particulares y concretos, verificando en qué medida un cierto interés y principio merece ser sobreestimado o privilegiado en contraste con otro que será restringido. La idea fundamental es apreciar que tan intensa o leve es la incidencia en cada cual para concluir en el punto óptimo de eficacia de los valores.

³¹⁶ Lo plantea en referencia a las actividades de la Administración relacionadas con la ordenación del territorio, el urbanismo, las carreteras o las aguas continentales. Sin embargo esa facultad discrecional que cotidianamente va en aumento, es mucho más amplia, de ahí la profusión de agencias, comisiones, institutos u oficinas que inciden en el ámbito regulatorio, rodeado de complejidades técnicas y políticas, que determinan un mayor poder y libertad de la Administración.

³¹⁷ Para Rodríguez de Santiago las fases son: Identificación de los principios en conflicto, Atribuir peso o importancia a cada Principio atendiendo a circunstancias del caso, Decisión de prevalencia conforme al criterio «cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario», con Simultánea formulación de una regla de prevalencia condicionada.

Retomando el ejemplo de la tensión que puede darse entre el derecho a la información y la vida privada, es claro que en un caso pesa más uno de esos derechos por la afectación más intensa que resiente en comparación con el otro y la regla que surge de la ponderación determina en tal evento privilegiar la vida privada y en el otro la información, tal como se ilustra en el gráfico siguiente:



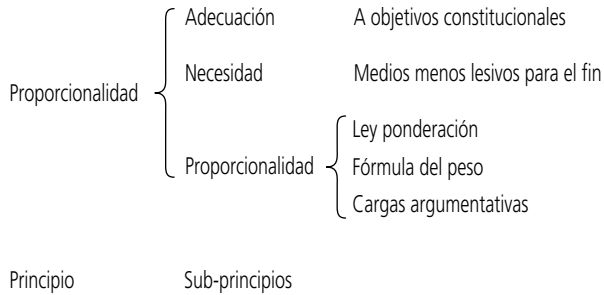
El Derecho pretoriano europeo, conforme al cual, los jueces van creando y construyendo el Derecho, ha implicado una forma de ir sistematizando los fallos y haciendo previsible las futuras decisiones. En este sentido dice Atienza (2006: 171):

La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de supuestos decididos por el Tribunal Constitucional español, en los que entran en contradicción el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, se puede ver como se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte el honor en sentido estricto o el derecho a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones sean o no veraces; que las informaciones tengan o no un interés público, etcétera.

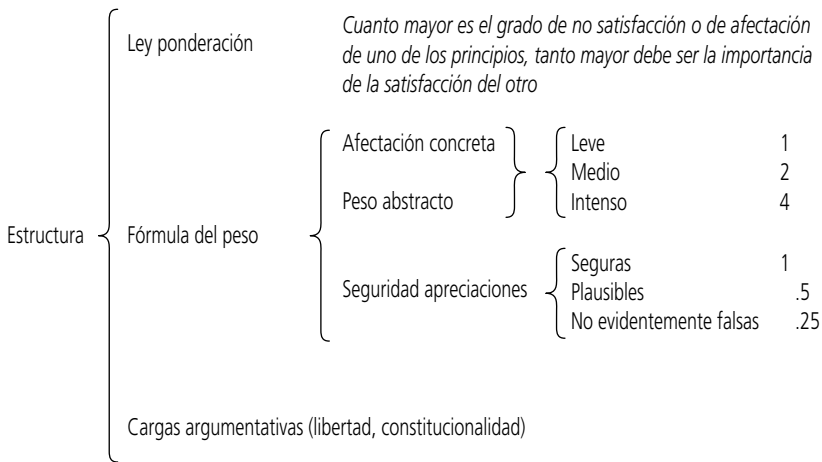
3.5.8.4. Alexy modelo matemático

Robert Alexy³¹⁸ comenta que el principio de proporcionalidad está integrado por tres sub-principios, siendo uno de ellos el de proporcionalidad *stricto sensu*.

³¹⁸ Alexy (2007: 56-65) y Atienza (2006: 172-174)



Respecto del sub-principio citado, propone un modelo estructural de la ponderación, necesario para establecer la relación de precedencia de un principio sobre otro, a partir del siguiente esquema:



Para evidenciar el peso de los principios contendientes hace un uso metafórico del lenguaje matemático a través de la fórmula del peso en la que incluye tres variables:

- El grado de afectación de los principios en el caso concreto **A**.
 - El peso abstracto de los principios relevantes **Pes**, según la concepción de valores predominante en la sociedad —Vg. a la vida puede asignársele un valor superior que al de la libertad—.
 - La seguridad de las apreciaciones empíricas sobre la afectación que el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes **S**.
- La fórmula del peso viene a decir que el peso del principio P_1 en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta

del cociente entre el producto de esas tres variables referidas al principio. P_i , por un lado, y el producto de las mismas variables referidas al otro principio, P_j por el otro. Lo fórmula así:

$$Pes_{i, j} = \frac{A_i \times Pes_i \times S_i}{A_j \times Pes_j \times S_j}$$

Además asigna un valor numérico a cada variable (tal como aparece en el cuadro anterior) de manera que puede efectuarse una comparación que da la idea de un cálculo matemático.

Por ejemplo, imaginemos un caso en el que entran en conflicto el derecho a la vida y a la salud de un menor, por un lado, y el derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro; se trata de resolver si los padres tendrían la obligación de ingresar al menor a un hospital, dado que existe un riesgo para la salud de este último y que la intervención médica que habría que realizar supondría ir en contra de las convicciones religiosas de los padres. Los valores respectivos del derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente) serían: 4, 4 y 1; del derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, 2, 2 y 1. Entonces, el peso del primer principio sería $16/4 = 4$; y el peso del segundo principio $4/16 = 0,25$; de manera que lo que resulta es claramente que el primer principio prevalece sobre el segundo: los padres deben ingresar al menor en el hospital.³¹⁹

Finalmente para el evento que el resultado de la fórmula, comparando el peso de los dos principios fuera un empate, entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad, o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

3.5.8.5. *Criterios jurisprudenciales*

La SCJN viene aplicando este método argumental en múltiples casos. En uno de ellos se discutía la constitucionalidad del artículo 271 de la Ley General de Salud por considerar que violaba la libertad de trabajo al exigir condiciones y evaluaciones por la autoridad federal a los médicos o técnicos que practiquen cirugías estéticas o cosméticas. La decisión consideró que en el caso es más importante el derecho a la salud del público, lo que legitima imponer la regulación y condiciones cuestionadas. Los criterios jurisprudenciales son los siguientes:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.—Ningún derecho fundamental es absoluto

³¹⁹ Atienza (2006: 173)

y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: *a)* ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; *b)* ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, *c)* ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.³²⁰

RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS. — La libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. El juez constitucional al analizar esas restricciones para determinar si son válidas o no, debe comprobar que éstas satisfagan tres requisitos: *a)* que sean admisibles constitucionalmente, *b)* que sean necesarias, y *c)* que sean proporcionales. Si atendemos a que la práctica de la medicina no puede permanecer ajena a una regulación o control por parte del Estado, ya que el ejercicio de esta profesión necesariamente implica la probabilidad de afectación de derechos de terceros, entendemos que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud, satisface el primero de los requisitos antes señalados al ser en principio una restricción de aquellas que son admisibles en el artículo 5o. constitucional. Asimismo, satisface el segundo requisito, pues dicha regulación que puede considerarse como una restricción al derecho al trabajo para el ejercicio profesional de los médicos, se encuentra justificada y es necesaria para garantizar el derecho a la salud, que puede comprender de manera específica el establecimiento de medidas para garantizar la calidad de los servicios de salud, al concretarse a exigir a los

³²⁰ No. Registro: 169,209 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXVI/2008 / Página: 462

médicos que quieran practicar cirugías estéticas y cosméticas a que satisfagan condiciones mínimas necesarias de capacitación, educación, experiencia y tecnología; y que las realicen en establecimientos con condiciones sanitarias adecuadas y en donde se utilicen medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, es decir, a que ofrezcan servicios médicos de calidad, lo cual claramente protege el derecho a la salud. Finalmente, la medida prevista en el artículo 271, segundo párrafo, de la Ley General de Salud, satisface el tercer requisito de análisis para las restricciones a los derechos fundamentales, ya que es proporcional porque el grado de restricción sobradamente es compensada por los efectos benéficos que tiene desde una perspectiva preocupada por garantizar la práctica de las cirugías estéticas y cosméticas bajo los parámetros de profesionalización y calidad que garantizan la protección de la salud de los pacientes.³²¹

Las medidas cautelares en el juicio de amparo implican que en todos los casos se ponderen varios intereses, de la sociedad, del quejoso y del tercero perjudicado, en su caso. En este sentido el criterio de un tribunal colegiado de circuito que dice:

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS.—De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión debe resolverse el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: *a)* idoneidad, *b)* necesidad y *c)* proporcionalidad. El primero se traduce en la legitimidad del principio adoptado como preferente, es decir, que sea el adecuado para lograr el fin constitucionalmente válido o pretendido; el segundo consiste en que no exista otro medio menos oneroso para alcanzar el fin deseado o que afecte en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y, el tercero implica equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del bien público, lo que significa que no se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso al que se desea satisfacer. En ese contexto, cuando en un juicio de amparo se solicita la suspensión contra la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica en cuanto a requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, debe considerarse, por una parte, que de concederse la medida cautelar se afectaría gravemente el interés de la sociedad, pues al permitirse a la quejosa no proporcionar la información y documentación requerida, se paralizaría tal procedimiento —que es de interés social y orden público— impidiendo que se determinara si se realizan o no esas prácticas, lo que haría nugatoria la facultad de investigación de la mencionada comisión, y además, se dejaría de proteger el proceso competitivo, consecuencia de la libre concurrencia económica, que tiene como resultado menores costos, mayor eficiencia, mejores y

³²¹ No. Registro: 169,210 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Laboral / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXVIII, Julio de 2008 / Tesis: 1a. LXIV/2008 / Página: 461.

nuevos productos y mayores servicios para los usuarios y consumidores, que es una finalidad que se encuentra tutelada como derecho fundamental y garantía en el artículo 28 constitucional; y, por la otra, que al negarse la medida no se afectan los derechos de la quejosa, pues la información y documentación requerida no es imposible de rendir o radicalmente arbitraria por inconducente y tampoco se violan sus derechos sustantivos, protegidos por la Constitución, al no verse afectados irreversible o irremediablemente, de manera que se le pudiesen causar daños de difícil reparación, desproporcionalmente mayores a los que pudiese resentir la sociedad, dado que conforme al artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentación que maneja la referida comisión durante la etapa de investigación es estrictamente confidencial y se puede solicitar, e inclusive exigir, que se trate como tal en las posteriores etapas del procedimiento, de modo que se impida su divulgación a los agentes económicos investigados, a terceros extraños o al público en general, salvaguardándose así su confidencialidad y secrecía. Por consiguiente, es claro que debe negarse la suspensión, puesto que el interés de la sociedad prevalece sobre el interés particular de la quejosa, pues el principio que debe primar es aquel que causa menor daño y, por ende, el que resulta indispensable privilegiar, porque evidentemente conlleva un mayor beneficio.³²²

En interesante asunto donde se cuestiona la legitimidad de fotos obtenidas por un paparazzi de una conocida modelo en un lugar privado, el Tribunal Supremo español argumenta que:

Por otra parte, como bien pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, esta Sala no viene considerando de interés general o relevancia pública lo que no tiene interés histórico, científico o cultural relevante, sino que sólo satisface la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o ánimo de lucro por quien obtiene o difunde la información. Así se declara en Sentencia de 18 de octubre de 2004 que el artículo 8-2 de la L.O. 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto de tal clase o en lugares abiertos al público, únicamente se legitima dicha captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de fines publicitarios o comerciales y no predomina un interés histórico, científico o cultural relevante, un imperativo de interés público, lo que no subyace en el mero interés crematístico de la reproducción sin consentimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 24 de junio de 2004, relativa a un caso en el que también se tomaron fotos a distancia, realiza diversos razonamientos de interés al caso, como los siguientes: que la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante; no es posible abstraerse totalmente del contexto en el que se tomaron dichas fotos —sin que lo supiera la demandante y sin su consentimiento— y del acoso

³²² No. Registro: 171,901 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* / XXVI, Julio de 2007 / Tesis: I.4o.A.582 A / Página: 2717.

que padecen numerosas personalidades públicas en su vida cotidiana; la protección de la vida privada para el desarrollo de la personalidad de cada uno, protección que va más allá del círculo familiar íntimo, comporta igualmente una dimensión social, toda persona, incluso conocida del gran público, debe poder gozar de una “esperanza legítima” de protección y de respeto de su vida privada; se impone una mayor vigilancia en cuanto a la protección de la vida privada frente a los progresos técnicos de grabación y reproducción de datos personales de un individuo, y ello es válido igualmente para la realización sistemática de fotografías determinadas y su difusión a un público amplio; aunque existiese un interés del público, al igual que un interés comercial de las revistas que publican fotos y artículos, dichos intereses deben desaparecer, en opinión del Tribunal Europeo, ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada.³²³

El Derecho de defensa de la competencia ha sido un campo fértil para aplicar la ponderación ya que las regulaciones usualmente implican una tensión entre la libertad de comercio y favorecer la máxima concurrencia. En interesante sentencia española se plantea como enfrentar un caso donde se cuestiona y desestima por la autoridad administrativa, una concentración o fusión de empresas solicitada, bajo la perspectiva de no irrumpir, innecesariamente, en la libertad de comercio.

Además el acuerdo del Consejo de Ministros ha sido adoptado siguiendo la jurisprudencia del T.S. y la del TPI. La del T.S. (que no es preciso citar de nuevo con mayor extensión, pues basta con remitirse a la STS de 7 de noviembre de 2005), cuando, en síntesis, afirma: “La prohibición de la concentración únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la exigencia de que las condiciones que, en su caso se impongan sean proporcionadas a los problemas de competencia detectados; el Gobierno tiene un cierto margen de discrecionalidad para elegir, entre varias soluciones posibles, aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos previstos; en caso de que haya más de una condición posible para resolver los problemas concretos de competencia detectados, debe adoptarse la menos restrictiva de la libertad empresarial”.³²⁴

En seguida se citan algunos otros criterios jurisprudenciales de tribunales colegiados de circuito que regulan el método de ponderación y los sub principios en que se sustenta:

ALIMENTOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TOMAR EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROCEDE RESPECTO DE ACREEDORES ALIMENTARIOS MAYORES DE EDAD (LE-

³²³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 789/2008, de 24 de julio de 2008. Resumen de la sentencia: Cantante contra compañía editora y directora de revista. Fotografías obtenidas subrepticamente con teleobjetivos y publicadas sin consentimiento de la persona fotografiada, que estaba en el interior de la finca privada de su propiedad. Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. El derecho a la propia imagen tiene un aspecto negativo como facultad de exclusión y uno positivo, como facultad de aprovechamiento. Determinación de interés histórico, científico o cultural. Necesidad de consentimiento. Perjuicio.

³²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sala Tercera Pleno Fecha Auto: 28/04/2006 Recurso Num.: 47/2006.

GISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).—Los juzgadores deben ponderar, a la luz de las características particulares de cada caso, las exigencias derivadas del conjunto normativo que integra el régimen de alimentos previsto en el Código Civil de la citada entidad federativa, lo cual presupone un estudio cuidadoso de las pretensiones enfrentadas y del grado en que se satisfacen las cargas probatorias, a fin de tomar en cuenta tanto la necesidad de preservar el derecho de los acreedores a recibir los recursos necesarios para hacerse de los medios para ejercer una profesión u oficio, sin considerar la mayoría de edad como un límite infranqueable, como las normas que limitan y condicionan ese derecho con el objeto de evitar demandas caprichosas o desmedidas. La decisión del juzgador siempre debe mantener el equilibrio entre las necesidades de los acreedores y las posibilidades de los deudores que inspira y articula la regulación legal de la institución alimentaria.³²⁵

PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO.—La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcan-

325 No. Registro: 172,099 / Jurisprudencia / Materia(s): Civil / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* / Tomo: XXVI, Julio de 2007 / Tesis: 1a./j. 59/2007 / Página: 66.

zarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.³²⁶

FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN XV, DE LA LEY RELATIVA, QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO EN DIVERSOS COMERCIOS CUYOS GIROS PRECISA, LIMITA Y RESTRINGE DE FORMA INJUSTIFICADAMENTE ONEROSA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD DE COMERCIO.—Cuando una medida legislativa tiene como finalidad privilegiar un derecho fundamental sobre otro, debe acudirse al principio de “necesidad” para corroborar si el acto responde a un interés constitucional y no existe otro mecanismo menos restrictivo por el que pueda alcanzarse dicho objetivo, es decir, la limitación debe ser proporcional al interés que la justifica. En esa tesitura, tratándose de la restricción a la libertad de comercio prevista en el artículo 10, fracción XV, de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco en los establecimientos mercantiles cuyos giros precisa, debe analizarse si aquélla, además de salvaguardar los derechos de terceros, que es una de las hipótesis constitucionalmente autorizadas, es razonable para el fin que se busca, que es, en términos amplios, la salvaguarda de los derechos fundamentales a la protección de la salud de las personas y a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, contenidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese contexto, el citado precepto legal no colma el aludido principio, en tanto que no logra evidenciar que la medida adoptada —restricción a la venta de productos derivados del tabaco— sólo en los establecimientos mercantiles a los cuales se dirige, resulte la única solución o medida necesaria, pues si así fuera, debió prohibirse fumar de manera absoluta, por lo que la restricción a comercializar tabaco en determinados lugares no es condición indispensable para alcanzar el objetivo invocado ni, por ende, imperiosa o forzosa para desincentivar el consumo de tabaco en áreas específicas y menos aún, necesaria para proteger la salud, en virtud de que las indicadas mercancías pueden adquirirse en muchos y variados comercios; aunado a que resulta evidente que al estar encaminada tal disposición sólo a algunos de los múltiples giros mercantiles en los cuales se expenden e, incluso, al no existir restricción para que se porten cigarrillos, no se justifica válidamente que tal medida sea señalada o impuesta como única e imprescindible. Además cabe como probabilidad verosímil, que los adictos al tabaco adquieran y porten el pro-

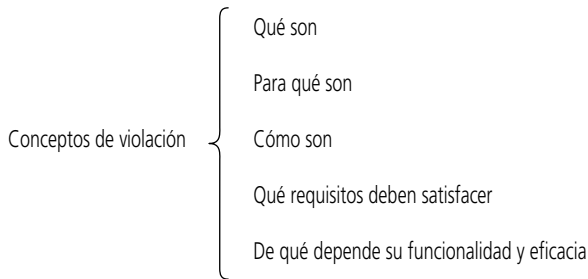
³²⁶ No. Registro: 168,069 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXIX, Enero de 2009 / Tesis: I.4o.A.666 A / Página: 2788.

ducto que estimen van a consumir al asistir y permanecer en restaurantes, bares, etcétera. En consecuencia, el comentado artículo 10, fracción XV, que prohíbe vender los señalados productos en aras de garantizar el derecho a la protección de la salud de los no fumadores y a un ambiente libre de humo de tabaco, no es sustancial ni con alto grado de utilidad o eficacia y sí, en cambio, limita y restringe de forma injustificadamente onerosa el derecho fundamental de libertad de comercio.³²⁷

³²⁷ No. Registro: 168,130 / Tesis aislada / Materia(s):Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXIX, Enero de 2009 / Tesis: I.4o.A.667 A / Página: 2696.

4. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN COMO RAZONES DEMOSTRATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los conceptos de violación son el alma de la demanda de amparo, figura procesal respecto de la que cabe preguntarse:



El objetivo del juicio es que el tribunal de amparo declare inconstitucional o simplemente ilegal un acto de autoridad y restituya al afectado.¹

El antecedente y presupuesto de los conceptos de violación es un acto de autoridad, o una sentencia en el caso del juicio de amparo directo, que gozan y están revestidos de una presunción de legalidad que, necesariamente, debe ser desacreditada o destruida.

Esa presunción, *prima facie*, rige prioritariamente, está predeterminada y se impone por defecto, a menos que sea adecuadamente cuestionada y derrotada. Por tanto, debe de argumentarse y probarse exhaustivamente que el acto reclamado se dictó violando el régimen jurídico pertinente; dicho en otras palabras, que se emitió violando los estándares previstos en la Constitución y leyes aplicables, infringiendo derechos fundamentales, garantías o patrones de legalidad.

Los conceptos de violación son los argumentos conducentes a probar y poner en evidencia esa inconstitucionalidad o ilegalidad del acto reclamado frente al estándar correspondiente. La jurisprudencia ha dicho que la expresión no debe ser formal y sacramentalmente la de un silogismo,² sin embargo al exigir el señalamiento de la *causa petendi*, es obvio que la parte quejosa sí debe demostrar y acreditar —aunque no con esa enunciación escrupulosa— la existencia de una premisa fáctica y una normativa que son complejas en lo que ve a su contenido.

¹ Sucede que en México la legalidad formal y material de los actos de autoridad, susceptibles de causar molestia o privación, se tutela en un rango constitucional como garantía. En este sentido el artículo 80 de la Ley de Amparo.

² Tesis de jurisprudencia de la SCJN 1ª./J. 81/2002.

El concepto de violación en el juicio de amparo es, esencialmente, un argumento de nulidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad y tiene, en una primera aproximación al tema, el siguiente esquema y funciones:³

P mayor	Lo que corresponde hacer a la autoridad ⁴		Derecho ⁵	Garantía Ley
			Hechos ⁶	
	Interés jurídico	Derecho subjetivo Remedio procesal		

P menor	Lo que hizo (fuera de esos estándares)
	Perjuicio causado (agravio a bienes tutelados)

Conclusión	Ilegalidad incurrida, no justificado desacato a garantía o Irregularidad lógica
	Daño causado Obligación de restituir la afectación causada

³ En ocasiones el principio *iura novit curia* o de suplencia en el juicio de amparo liberan al promovente de tener que precisar la norma violada o desconocida y formular el argumento de correspondencia y conexión entre los hechos y el Derecho, sin embargo, esa es una regla de excepción que no invalida a la regla general que, además, rige la mayoría de los casos. Con este esquema pretendo simplificar la totalidad de elementos de los conceptos de violación pero no es exhaustivo.

⁴ Estándar de calidad que el acto reclamado debe satisfacer.

⁵ Esta dualidad obedece a que puede asumir la función de verdadero juicio constitucional —requiere la violación de una garantía constitucional— o recurso de corte casacionista donde basta un problema de ilegalidad. Las leyes violentadas pueden ser jurídicas, lógicas o valoración fáctica que el Derecho explícita o implícitamente acoge y exige sean atendidas. Schreiber invoca la base lógica del lenguaje jurídico y plantea que si el Derecho se sirve del lenguaje, se sirve también de sus leyes lógicas; luego cita un criterio judicial donde se dijo: “La violación contra las leyes del pensamiento es, por consiguiente, una violación del derecho material”. Schreiber Rupert (1999): *Lógica del Derecho*, México, Fontamara, BEFDP, p. 119 y 121.

⁶ Si lo cuestionado del acto reclamado es la premisa fáctica. Prueba y calificación.

Resulta indiscutible que el silogismo judicial no permite establecer ni controlar, válidamente, el contenido ni la corrección de las premisas y es que no es tal su pretensión sino, simplemente, un control formal o estructural de la inferencia y de la justificación interna del argumento con fines anulatorios que no prejuzga ni incide en la solidez material y jurídica de las premisas que deben satisfacer otras reglas y valores.

Sin embargo, el silogismo, lo que sí permite es plantear ciertas inconsistencias del Derecho y, especialmente, del razonamiento jurídico.⁷ Es en ese contexto y perspectiva —formal— que conviene, cuando menos, estudiar a los conceptos de violación como un primer nivel de control de su validez.

En las premisas, deben quedar establecidos y demostrados, determinados extremos y exigencias mínimas, para que la inferencia sea válida, tales como:

- ▶ Precisión mediante razonamientos o enunciados jurídicos pertinentes y adecuados de un marco normativo que es obligatorio.
- ▶ Violación a determinados derechos fundamentales, garantías o estándares de legalidad.
- ▶ Existencia concreta y certera de un agravio a un derecho subjetivo del que se tiene la titularidad.
- ▶ Probada la existencia y efectos —jurídicos y materiales— del acto de autoridad que se estima lesivo.

El concepto de violación debe ser un razonamiento adecuado y eficiente, en virtud del cual es factible y válida una inferencia, por virtud de la cuál, pasamos de una cosa conocida a otra desconocida.⁸

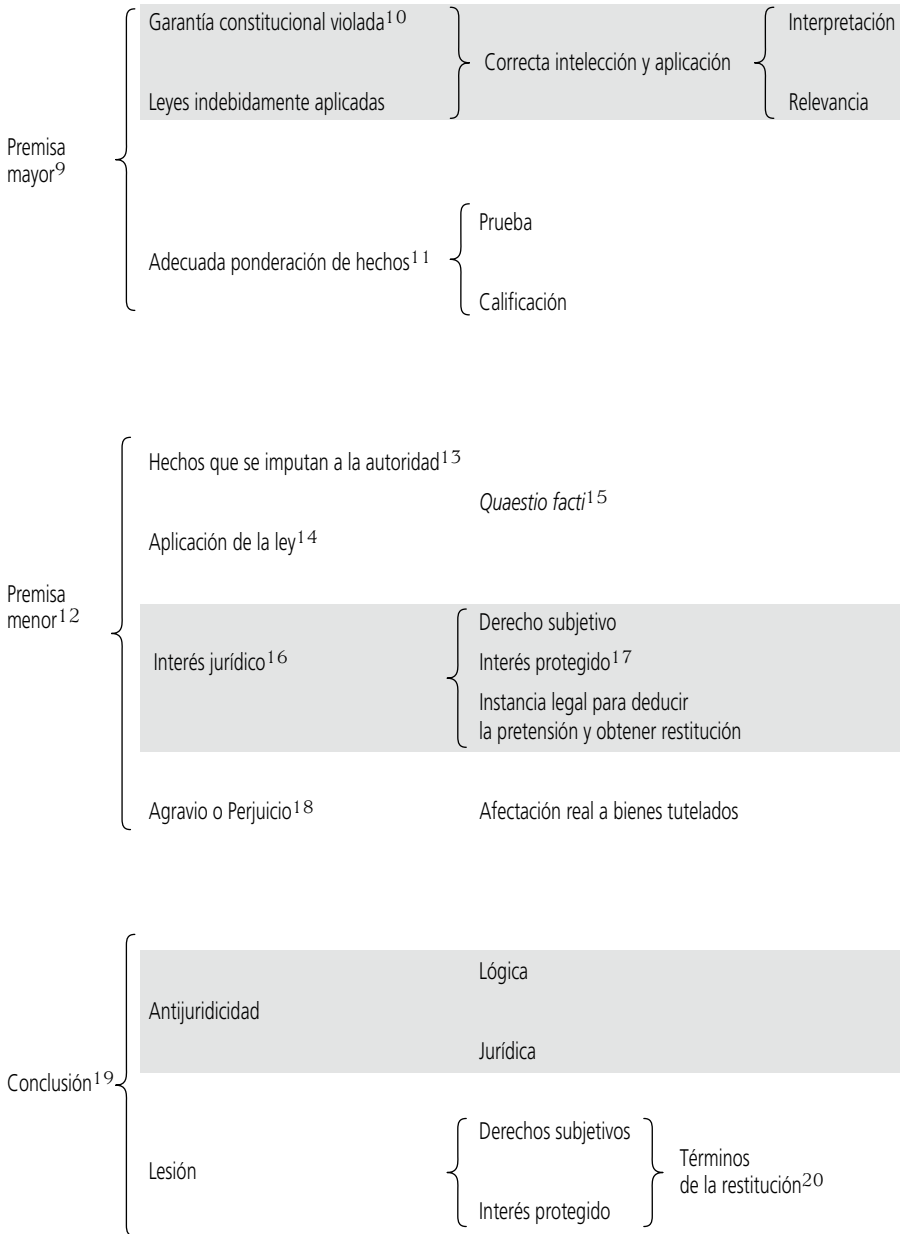
Es el paso o tránsito de lo conocido y demostrado —proposiciones que constituyen el antecedente, particularidades del acto reclamado que se estime ilegal— a lo que se quiere conocer y demostrar —proposición que constituye el consecuente—, en el caso, la calificativa de ilegitimidad del acto. Incluye, por supuesto, invocar la conexión o ilación que legitima el tránsito o discurso, que es la consecuencia o razones de la pretensión de constitucionalidad.

Esta será el marco y patrón normativo que debe regir y haya sido, en el caso, violentado. Es una cadena argumentativa conformada por: antecedente, consecuencia y consecuente.

El cuadro siguiente intenta compendiar de manera estructurada los elementos de un concepto de violación válido desde el entorno formal o estructural, lógico y procedimental jurídico.

⁷ Vigo (2003: 63)

⁸ Un acto de autoridad con presunción de validez a una probable descalificación y condena de ese acto.



4.1. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN COMO CÉLULA JUDICIAL ARGUMENTAL

El propósito esencial de los conceptos de violación es expresar —explicar y demostrar— el por qué cierto acto de autoridad se estima inconstitucional, diciendo en que estriba la infracción o inexacta aplicación o valoración de los hechos y el Derecho, para lo cual deben acreditarse ciertos requisitos mínimos pertinentes. Son propiamente pequeños silogismos que, en conjunto, conforman las premisas y conclusión del universo que constituye la pretensión de inconstitucionalidad.²¹

⁹ Enunciado prescriptivo. Es la regla general, el escenario ideal y perfecto que se debiera satisfacer. Su carácter es conceptual en tanto recoge la cita e interpretación de preceptos constitucionales, legales o precedentes jurisprudenciales, mediante razones jurídicas que los desarrollen, conformando la *quaestio iuris*. Comprende la totalidad de condiciones positivas y excepciones o limitantes. En teoría de argumentación es la ley de paso entre las razones del caso y el *petitum*.

¹⁰ Pueden ser conceptos jurídicos indeterminados o principios que requieren de normas subconstitucionales o de ponderación para poder simplificarlos o reducirlos a reglas que permitan la subsunción o su entendimiento indiscutible, deben actuar como *topoi*.

¹¹ Conforme a las normas que regulan a los medios de prueba y la calificación de resultados, tasada o libre, y al tenor de las pruebas desahogadas en el juicio natural, plantear aquí como se debieron evaluar y calificar los hechos invocados, sobre todo partiendo de las máximas de experiencia pertinentes. Definir las reglas para poder inferir la mala estimación de los hechos materia de prueba son, por lo general, vicios de juicio lógico. Debe plantearse la manera ideal y adecuada como pretensión de estándar.

¹² Enunciado descriptivo. Indicativos de la violación reclamada, que es lo que sucede en el caso, la condición del acto reclamado y sus consecuencias sobre los bienes tutelados.

¹³ En general, es la conducta que se imputa a la autoridad responsable. Algunos elementos del supuesto pueden ser de contenido jurídico.

¹⁴ Para el supuesto que el acto reclamado sea una ley, debe probarse la aplicación en el caso concreto sea como heteroaplicativa o autoaplicativa. Si se está frente al amparo-recurso o casación, deben aparecer los elementos para acreditar la incorrecta aplicación o interpretación de leyes secundarias que determinarían la ilegalidad del acto.

¹⁵ Es el contenido del acto reclamado que se opone a la garantía y contra ella se constata para deducir la oposición. Puede ser un enunciado conceptual e incluso con componentes y valoraciones jurídicas.

¹⁶ Es un presupuesto indispensable de procedencia del juicio de amparo de cumplimiento indispensable o *sine qua non*.

¹⁷ La tendencia jurisprudencial es a exigir la titularidad de un derecho subjetivo de contenido patrimonial e individualizado, sin embargo, ya se comienza a reconocer, en ciertos precedentes, intereses que la Constitución o la ley confieren *erga omnes* y de contenidos diversos como son los sociales, del medio ambiente, etcétera.

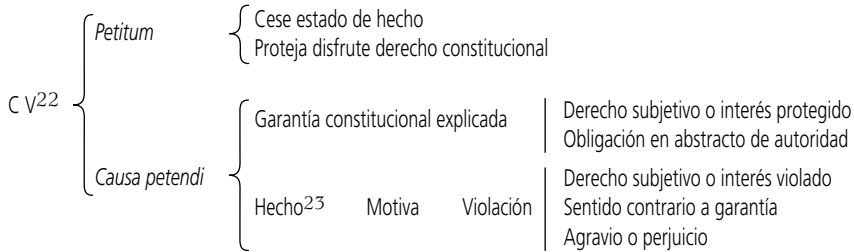
¹⁸ Descripción de las razones, datos, motivos o condiciones del caso, determinantes del perjuicio, lesión o agravio concreto, que se deduce o deviene de la violación u oposición a la premisa mayor. Deben estar plenamente acreditados como presupuesto indispensable de legitimación.

¹⁹ Es el resultado de la confronta entre las 2 premisas. Debe terminar con una subsunción, un planteamiento razonado que enlace e infiera a partir de las premisas. El concepto de violación es la *causa petendi* de la pretensión. Incluye como consecuencia legal la obligación de restituir la afectación causada.

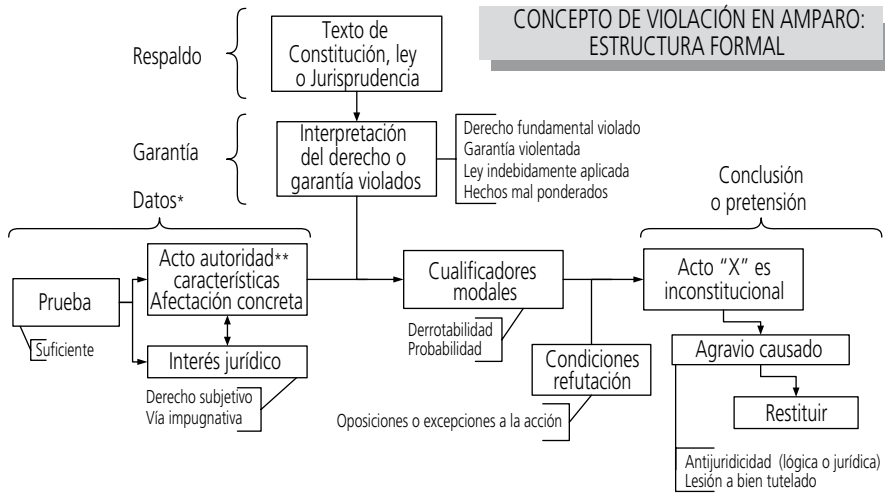
²⁰ Quedar determinada y concretada, que sea posible y práctica la restitución.

²¹ Ideas en lo general tomadas de Briseño Sierra (1990: 615-616).

Es así que los conceptos de violación se entienden como pretensiones enfocadas a obtener una sentencia en la que se declare condenada una autoridad por haber cometido un acto inconstitucional y el mandato, basado en un derecho adquirido o título ejecutivo, para restituir al quejoso en el disfrute de la garantía que fue violada. Rigen, en lo general, las reglas de prueba, argumentación y existencia de un interés jurídico, inherentes a toda pretensión. En seguida se expone un cuadro descriptivo:



El esquema de célula argumentativa de Toulmin es perfectamente aplicable a los conceptos de violación con el diseño siguiente:



* Incluye aspectos y condiciones *sine qua non* de procedencia jurídico procesal

** Acto administrativo, Sentencia o Ley

22 Los conceptos de violación deben expresar el: por qué y en qué consiste la violación.

23 En el caso debe ser un acto de autoridad.

24 Datos: Son las circunstancias que describen fácticamente al caso particular, indicativas y alusivas a la afectación concreta en derechos tutelados, que permitan una relación de implicación

Del diagrama que precede pueden obtenerse las siguientes afirmaciones.

La conclusión es un híbrido o combinación de elementos o componentes previstos tanto en los datos como en la garantía; un producto o corolario que se pueda inferir de esas causas, con la peculiaridad que no basta la violación a la Constitución sino que, además, se deben alcanzar determinados efectos o consecuencias, necesarias y exigibles, tales como un agravio real, actual y directo que conlleva a una necesaria restitución, por así establecerse normativamente.

Decir que un acto es inconstitucional no es únicamente afirmar que viola garantías sino además se debe acreditar que causa un agravio, una lesión en derechos subjetivos.²⁵ Es un *topoi* o exigencia legal, a manera de petición de principio, que el acto reclamado cause un agravio o perjuicio en la órbita jurídica.

El fundamento formal o pragmático del concepto de violación, exige aportar razones concluyentes o, cuando menos, convincentes; sobre todo en casos difíciles.

En efecto, habrá casos donde no aparece como irrefutable y explícita la infracción a lo establecido en la norma, no obstante, si las consecuencias que genere el acto reclamado son contrarias a las que prevea directa o indirectamente el ordenamiento, parece razonable y pertinente eliminar esa antinomia, conflicto o cuando menos tensión. En esos casos un argumento apagógico pueda ser determinante para hacer plausible el reclamo.

e inferencia entre hechos y agravio causado. Los extremos del interés jurídico, por disposición legal deben estar satisfechos, pues de lo contrario el juicio de amparo es legalmente improcedente, requisito procesal, formal y estructural de procedencia.

Garantía: Es el enunciado o argumento de carácter prescriptivo (general y universal) que debe expresar el contenido y sentido de la norma o institución aplicable prevista en el sistema jurídico vigente señalada como reclamada. Enlaza o relaciona a los datos relevantes con el respaldo o exigencia constitucional puntualizando cómo debe ser el acto reclamado, exponiendo las razones luego para inferir los defectos. El juicio de amparo puede tener como presupuesto: *a*) un acto inconstitucional que violente derechos fundamentales o garantías o *b*) defectos de legalidad que se reflejan en leyes mal aplicadas o interpretadas o hechos incorrectamente ponderados.

Respaldo: Los preceptos, normas, regulaciones, precedentes y principios que rigen y determinan la inconstitucionalidad alegada.

Conclusión: Decir que es inconstitucional implica sostener y demostrar que causa agravio o lesión en derechos tutelados, artículo 107-I constitucional. Incluye invocar y acreditar por inferencia para concluir así en los elementos de inconstitucionalidad que el caso conlleva, al tenor y con base en el referente que establece como condición la Constitución y la Ley de Amparo, deben darse en la especie todas las exigencias, incluyendo un agravio concreto que es un *topoi* o exigencia legal *sine qua non*. El agravio en la esfera jurídica del quejoso es una petición de principio que ha de ser materia de pretensión por disposición constitucional y demostrada; a veces es considerada como entimema. El objetivo de afectación es distinto y peculiar en cada caso, sin embargo, debe existir, ser denunciado y factible de inferir a partir de lo expuesto en los datos y la garantía. Incluye también como consecuencia ineludible, la restitución. De no satisfacerse todas estas condiciones harían improcedente el juicio de amparo.

²⁵ Artículo 107, fracción I, constitucional, El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada. Artículo 103, fracción I, constitucional, Por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales.

Artículo 4 Ley de Amparo perjudique, 5 agraviado, 73, fracción V, afecten intereses jurídicos.

Como toda pretensión, debe apoyarse en una causa de pedir, concretamente las razones o datos —características o peculiaridades del acto de autoridada, debidamente probados— que sean indicativos y permitan inferir la existencia evidente de un perjuicio causado. Esencialmente implican la *quaestio facti*.

Cabe puntualizar que, en ciertos casos, atendiendo a los intereses en conflicto, la legislación y precedentes jurisprudenciales exigen la demostración plena de inconstitucionalidad, es así que se habla de pleno derecho por oposición a supuestos de suplencia. Esa exigencia implica acreditar y demostrar, fehacientemente, y con toda corrección, la ley de paso de la inferencia que es la interpretación y descripción del derecho o garantía violada y el texto de la Constitución, ley o jurisprudencia aplicable; que en la terminología de Toulmin son la garantía y el respaldo que certifican la validez de los argumentos.

Otra alternativa se da cuando procede suplir deficiencias en la formulación de los conceptos de violación, supuesto que no es absoluto. En efecto, aún en ese evento, cuando menos, hay ciertos requisitos o condiciones mínimas que la jurisprudencia exige sean satisfechos y, estos son, siguiendo el esquema y terminología de Toulmin, los elementos fundamentales de los datos o premisa fáctica. La razón de ello es por una parte, acatar principios lógicos fundamentales²⁶ además de observar el principio dispositivo, que rige en los procesos judiciales.

Análogamente a lo que acontece con todo enunciado judicial, el concepto de violación puede ser derrotable, probable, verosímil o plausible, lo que determinará sus modalidades; en tanto que, las condiciones de refutación, serán las excepciones o falta de prueba ya sea que: *i*) se deduzcan de la presunción de legalidad del acto reclamado o, *ii*) sean invocadas en el informe previo o el escrito de alegatos del tercero perjudicado, como justificaciones o causas de sobreseimiento.

Finalmente, cabe reiterar cual es el resultado final del juicio de amparo, que es el cumplimiento de la sentencia, e incluye tanto el cese de la violación como reparar o restituir el perjuicio causado.²⁷

4.1.1. Concepto de violación contra ley

El juicio de amparo contra leyes puede darse en dos vías:

► Amparo indirecto.—Donde el acto reclamado es una ley que causa

²⁶ Para fundar así la racionalidad esencial de la pretensión o conclusión, son las razones que den un sustento mínimo para disipar un planteamiento dogmático o arbitrario —non sequitur— basado en asertos infundados o irrelevantes para la pretendida inferencia y conclusión.

²⁷ En ciertos casos al cesar la violación, *ipso facto*, se da la reparación (derecho de petición). En otros es por separado (Vgr. reconocer y declarar que: Artículo *x*, de Ley *y*, viola Gtía *z* + Devolver impuesto pagado + Liberar para futuro de la obligación pago del impuesto declarado inconstitucional).

lesión por su sola vigencia o por un acto de aplicación. La sentencia favorable tiene efectos *ex tunc* y constituye un derecho para el quejoso, por virtud del cuál no se le puede volver a aplicar ese ordenamiento. Consta de dos instancias, ante juez de Distrito y ante la Suprema Corte de Justicia o tribunal colegiado de circuito la segunda.

- ▶ Amparo directo.—Lo reclamado es una sentencia de última instancia en la que se aplica una norma que se tilda de inconstitucional. El efecto es que el pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo anula la sentencia y no puede ser invocado en posteriores actos de aplicación. El trámite es ante tribunal colegiado de circuito y excepcionalmente una segunda instancia ante la Suprema Corte de Justicia.

La hipótesis del juicio de amparo cuyo contenido y fin sea la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, debe tener, peculiarmente, satisfechas determinadas condiciones. Siguiendo el esquema de Toulmin son las siguientes:

4.1.1.1. *Datos*

Condición esencial es la prueba de su aplicación al quejoso.

Si el artículo reclamado es de carácter autoaplicativo, el interesado debe probar ubicarse en el supuesto normado, esto es, que sus condiciones coinciden con lo estipulado en el supuesto de hecho e incidencia de la disposición.

En cambio, si es heteroaplicativa la norma cuestionada, se debe demostrar que existe el acto de aplicación bien sea llevado a cabo por una autoridad o por un particular autorizado o vinculado.

Otra carga probatoria consiste en acreditar las características del precepto reclamado y los aspectos fácticos de los que dependa la afectación que produce en la esfera del inconforme. Incluye la expresión de cuantos hechos sean necesarios y relevantes para justificar tal incidencia y las pruebas pertinentes a tal enunciado, así como a las consecuencias; Vg. la afectación patrimonial causada por un determinado impuesto o el deterioro en la privacidad por los datos personales que se deben revelar merced a una ley que ordene su divulgación.

El interés jurídico exige demostrar la titularidad del derecho subjetivo lesionado así como la existencia y procedencia de la vía impugnativa. En términos generales se trata de un enunciado descriptivo aunque incluye aspectos jurídicos.

4.1.1.2. *Garantía*

Es quizá, la parte más creativa del concepto, donde se debe formular la interpretación, definición y precisión del sentido y alcance del derecho fundamental o de la garantía que se estima violada.

Se trata de un enunciado de carácter prescriptivo que exprese de manera general y universal como debe ser, o entenderse idealmente considerado, el

estándar frente al cual se hará la constatación o confronta de inconstitucionalidad.

En la construcción de este enunciado se aplican argumentos tanto de autoridad, derivados de precedentes jurisprudenciales como apagógicos referentes a las consecuencias que deben obtenerse según la recta y adecuada interpretación del fundamento o respaldo y sus valores axiológicos.

4.1.1.3. *Respaldo*

Las razones por las que una ley pueda resultar inconstitucional son vicios en que incurra el legislador, derivados de no atender reglas constitucionales de:

- ▶ **Competencia.**
 - ▶ Previsión en contra, puede suceder que la facultad legislativa esté conferida a diversa autoridad por lo que su ejercicio es ilegítimo. También puede suceder que sea injustificada la limitación a determinada materia, se habla entonces de incompetencia material.
 - ▶ Reserva de ley, hay espacios de regulación que son exclusivos del legislador y si éste emite una regulación deficiente o incompleta o reenvía a una tercera fuente no autorizada, desatiende la encomienda del constituyente.
- ▶ **Procedimiento.**
 - ▶ Constitucional, el proceso de creación legislativa generalmente y en lo sustancial, esta contemplado de modo integral en la Constitución y en estos casos apartarse de él genera ilicitud.
 - ▶ Ley reglamentaria, en ciertos casos la remisión de la Constitución es a otra ley que desarrolle el procedimiento, generándose igual vicio en caso de infracción, pues se trata de disposiciones reglamentarias de la carta magna.
- ▶ **Órdenes o mandatos del constituyente incumplidos.**
 - ▶ Hay casos en que la Constitución, de manera expresa y enfática, prohíbe u obliga a una acción u omisión del legislador. Supóngase el caso que, ante una prohibición, la ley secundaria disponga permitir o facultar, por ejemplo, a que las autoridades censuren previamente publicaciones. También el caso que, ante un mandato obligatorio para el destinatario de la ley, como pudiera ser el derecho de petición, ésta lo matice y sólo faculte a la autoridad administrativa para que discrecionalmente conteste o deje de hacerlo.
 - ▶ Regulación incompleta o reenvío, es un problema pandémico que el constituyente disponga derechos fundamentales y mande al legislador reglamentarlos para darles eficacia sin que luego atienda tal disposición.
 - ▶ Calificar hechos como condición, especialmente sucede en la con-

cesión de facultades extraordinarias, donde el presupuesto requiere confirmar una situación de hecho y puede que falte esa calificación o sea inadecuada.

- ▶ Contenido de los derechos fundamentales lesionados.
 - ▶ Los derechos fundamentales, en buena medida, reflejan valores o principios que la ley debe desarrollar o complementar; sin embargo, puede ser el caso que resulten contradictorios o se dicten reglas incompatibles con ellos.
 - ▶ Limita o restringe el objeto al regular, si bien los derechos fundamentales tienen límites y restricciones que deben consolidar los legisladores, es factible que traspasen esa facultad y los restrinjan de manera desproporcionada o innecesaria.
 - ▶ La materia de una ley aparezca ya regulada en la Constitución, resultando incompatible la reglamentación legal que se oponga o límite.
- ▶ Jurisprudencias explicativas, que interpretan y establecen el alcance y sentido de los derechos fundamentales o garantías, no pueden ser contradictorias por el legislador por ser el reflejo o sombra de aquellos e indirectamente lesionarlos.
- ▶ Consecuencias.
 - ▶ Puede ser el caso que, por la peculiaridad de los derechos subjetivos de que sea titular determinado sujeto, los efectos y consecuencias que despliegue una ley sean lesionados sin una razón que lo valide o justifique.
 - ▶ Todas las repercusiones que se deriven de acatar una ley y puedan ser contrarias al sustrato axiológico de la Constitución.²⁸

4.1.1.4. *Conclusión*

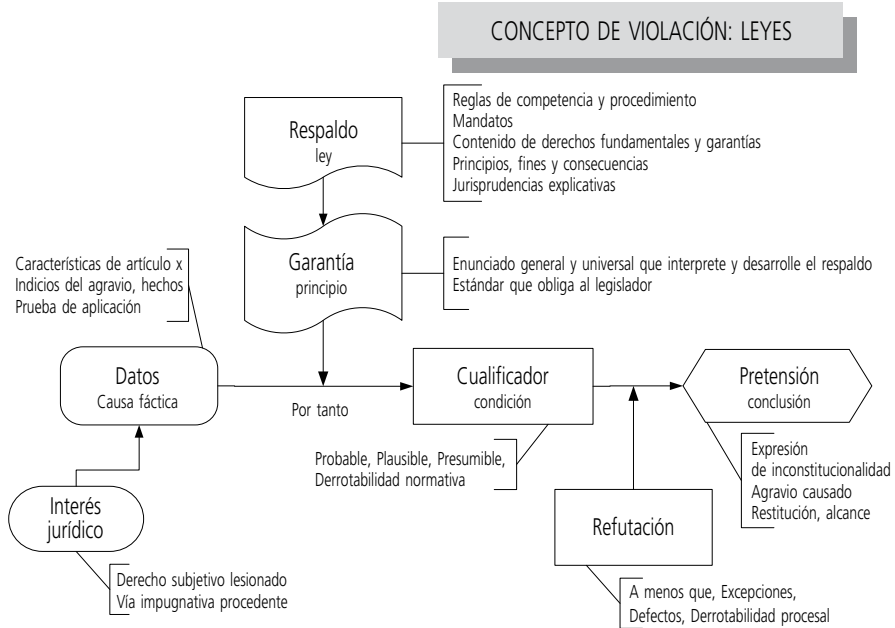
La pretensión de inconstitucionalidad de una norma o la conclusión del argumento respectivo debe incluir, expresar razones de esa afirmación, inferidas a partir de lo expuesto en los datos o circunstancias del caso y en la garantía o enunciado prescriptivo que viene a ser el estándar constitucional que la ley ha de atender. Debe exponerse la contrariedad entre la ley reclamada y el derecho fundamental o garantía que se estima violada.

Como consecuencia de lo anterior debe expresarse como se infiere el agravio causado en la esfera jurídica del gobernado.

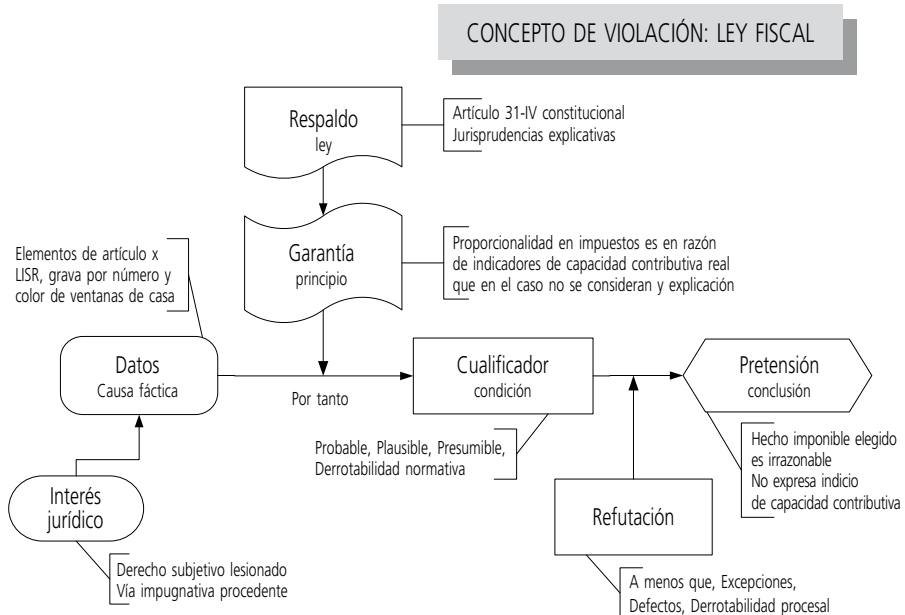
El contexto y contenido de la restitución y la desincorporación de la norma de la órbita jurídica u obligaciones a cargo del quejoso a quién ya no se debe aplicar, en el futuro si es que la sentencia se obtiene en un juicio de amparo indirecto; o la nulidad de la sentencia reclamada por apoyarse en un fundamento espurio.

²⁸ Agradezco cumplidamente al señor licenciado Miguel Bonilla López haberme dado a conocer el borrador de un trabajo que ha elaborado y del que tomé ideas fundamentales. Para una mejor comprensión del tema sugiero leer ese artículo.

En seguida aparece un esquema de lo descrito.

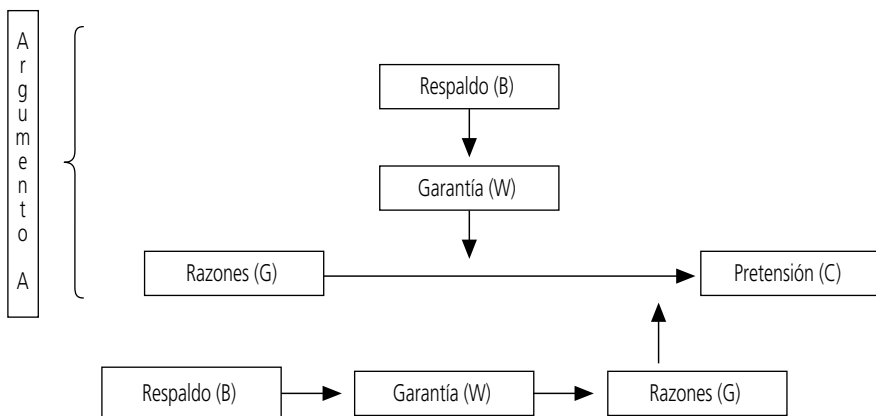


Este es un caso hipotético y si se quiere fantasioso pero ilustrativo, de cómo debe estructurarse un concepto de violación enderezado para controvertir la constitucionalidad de un precepto fiscal.



4.1.2. Concepto impugnación electoral

Este es un esquema muy genérico de un argumento planteado en un juicio electoral donde claramente aparece la refutación vía causales de improcedencia.²⁹



Tercero Perjudicado (Causales de Improcedencia)

- B1a) El promovente no presentó documentación que acredite su ciudadanía mexicana. → No hace falta en el caso.
 - B1b) No se impugnó conjuntamente por el propietario y el suplente. → No es necesario.
 - B1c) La resolución está consumada de modo irreparable (muerte/incapacidad) → No es sustitución.
- IFE (Causales de Improcedencia)**
- B2a) El acto impugnado es propio del PRD no de la autoridad. → Es un acto del IFE no de partido político.
 - B2b) Falta de agravios del actor. → Los actos sí generan agravio al actor.

²⁹ Documento aportado por el Dr. Luis Raigosa catedrático del ITAM

4.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE INOPERANCIA

4.2.1. *Disfuncionalidad e ineficacia argumentativa de los conceptos de violación*

La jurisprudencia mexicana, en relación a la patología que puede aquejar a los conceptos de violación, parte de una clasificación que puede tener dos niveles:

4.2.1.1. *Inoperantes*

En apariencia existen, *pro-forma*, pero su estructura formal y validez inferencial es tan deficiente³⁰ que al no reunir los presupuestos básicos mínimos ni contemplar en las premisas las condiciones suficientes para soportar lo que se afirma en la conclusión, no permiten validar la inferencia pretendida y carecen de funcionalidad lo que impide su análisis en cuanto al fondo.

La jurisprudencia añade otras condiciones o presupuestos procesales de carácter preliminar y fácilmente perceptibles, que de no actualizarse frustran su funcionalidad, tales son, esencialmente, las causales de improcedencia.³¹

Algunos de los conceptos de violación son inoperantes por entimemáticos cuando no es clara ni indiscutible como *topoi* la premisa faltante o se está en casos de estricta formalidad.

4.2.1.2. *Infundados*

Satisfacen los requisitos y exigencias de funcionalidad formal pero su eficacia se frustra porque falta solidez en cuanto al contenido de las premisas, tienen problemas de justificación externa o, en lo general, sus planteamientos no son válidos ni demostrativos de la inconstitucionalidad del acto de autoridad reclamado. En estos casos se tiene un problema de argumentación material deficiente o incorrecta.

Las razones pueden ser deficiencias al construir la premisa fáctica o la normativa, no ser fiel y adecuado reflejo del respaldo o fundamento por interpretar inadecuadamente o contrariar el sentido y contenido de precedentes jurisprudenciales.

4.2.2. *Causales de inoperancia de los conceptos de violación según criterios jurisprudenciales*

En seguida propongo una clasificación de las razones por las que los con-

³⁰ No alcanzan a satisfacer la estructura mínima que se exige para conceder funcionalidad en razón de la forma. De acuerdo al fin que se persigue y al tipo de violación que se denuncia, los elementos estructurales existenciales y funcionales varían y tendrán exigencias específicas. El defecto es que faltan los presupuestos necesarios de la pretensión.

³¹ Especialmente destacan aspectos tales como el interés jurídico, evidencia del agravio, posibilidades evidentes y prácticas de restituir, no consentimiento previo del acto y otras más.

ceptos de violación pueden ser inoperantes por deficiencias de carácter formal o procesal:

Presupuestos estructurales de los C. V. ³²	{	Exhaustividad de puntos que agravien ³³
		Intrascendencia o irrelevancia del reclamo ³⁴
		Insuficiencia o superficialidad del argumento ³⁵
		Inimpugnabilidad de temas cuestionados y ³⁶
		Límites a la <i>litis</i> ³⁷

La calificativa de inoperancia —dada la compleja estructura y múltiples elementos que conforman a los conceptos de violación— va más allá de aspectos estrictamente pertenecientes a la lógica formal e incluye, otros de legitimación y procedencia, relacionados con el fondo. Los requisitos de operancia deben ser una demostración *prima facie* de la violación a garantías aunado al acreditamiento del agravio y perjuicio jurídico.

En efecto, la inoperancia puede darse por defectos lógico formales, tales como no impugnar consideraciones que tienen la presunción de legalidad, insuficiencia del argumento en cuanto a lo que serían los datos o garantía³⁸

³² Los criterios de corrección estructural o formal se definen y determinan en razón de su factible o falible funcionalidad y eficacia. En el mismo sentido de las advertencias y reservas que propone Genaro Carrió al plantear las causales de arbitrariedad de las sentencias, esta clasificación que sugiero, no tiene la pretensión de ser nítida, exacta o precisa ya que las categorías presentan zonas de penumbra y superposición.

³³ Deja intocadas consideraciones relevantes o esenciales para la decisión y sentido, equivale a un consentimiento tácito.

³⁴ Argumento *non sequitur* desatiende y se desvía de la causa que debe cuestionar, o sea, las razones determinantes y torales del contenido y sentido del acto reclamado o, bien, combate aspectos secundarios o temas ya superados.

Inoperante en razón de las consecuencias, ya que aún de existir la violación reclamada, el sentido y contenido del acto reclamado no podría ser distinto, es análogo a las irregularidades no invalidantes.

Es el caso de reclamar una ley como inconstitucional si el recurrente no se ubica en los supuestos de la norma, tesis XXIV/2009 Segunda Sala de la SCJN.

³⁵ Bien sea por falta de razones o de pruebas, se limita a criticar pero sin proponer las razones que lo justifiquen.

Se plantean como dogmáticos, arbitrarios o inconcusos cuando, en realidad, merece ser demostrada y probada la inconstitucionalidad del acto reclamado que, generalmente, goza de una presunción de validez, la cual, invariablemente, ha de ser cuestionada con razones y motivos concluyentes. Puede decirse que falta la ley de paso o en la terminología de Toulmin la garantía y el respaldo.

³⁶ Obedece a principios legales procesales, donde el contexto de impugnabilidad se contrae a lo discutido y planteado en el procedimiento o antecedentes que originaron el acto reclamado, semejante a lo que sucede con la apelación, no se puede innovar o cambiar la contienda original; hacerse extensivo a actos no reclamables en amparo; cosa juzgada en amparo anterior. También por consentimiento, si la violación pudo haber sido deducida en otra oportunidad y no se aprovechó.

³⁷ Incoherencia por desbordar la *litis* o desatender reglas sobre límites de temas impugnables. Temas novedosos no materia del juicio o del acto que es antecedente.

³⁸ Según el modelo y terminología de Toulmin.

pero también por no considerar en las premisas todas las condiciones de la conclusión o pretensión.

Además hay otros presupuestos o razones más de inoperancia que se vinculan con requisitos o condiciones legales de carácter procedimental —tales como falta de interés jurídico o la no titularidad o inexistencia de un derecho subjetivo violentado—. Otra causa puede ser un acontecimiento que en la práctica sea imposible de actualizarse, tal como la restitución. Igualmente asumen un papel estratégico y fundamental reglas adjetivas de preclusión u oportunidad en reclamos.

El perjuicio, agravio o trascendencia, es condición también necesaria para tener como reclamable un acto de la autoridad, pues de no causar esa afectación, se está ante ilegalidades no invalidantes que limitan o excluyen, por razones jurídicas prácticas, tramitar procedimientos que sean ociosos e inútiles; la razón es que faltarían condiciones esenciales para la procedencia del juicio de amparo.

En forma general puede afirmarse que, en todos los casos donde sea evidente, *a priori*, que no se podrá conceder el amparo o protección constitucional, son supuestos de inoperancia de los conceptos de violación. Se trata de una apreciación preliminar de la eficacia del medio impugnativo, tal como sucede en el caso del *fumus boni iuris*.

Es así que la jurisprudencia ha acotado diversas causales que pueden agruparse en clases y por las razones siguientes:

4.2.2.1. Cuadro de categorías connotativas

CONNOTACIÓN Y CONTENIDO	RAZONES QUE IMPIDEN EL ESTUDIO
Intrascendente	
➤ Intocados o insuficientes, respecto a pronunciamientos esenciales.	EXHAUSTIVIDAD
➤ Aspectos irrelevantes son los combatidos	INTRASCENDENCIA DEL RECLAMO
➤ No sería posible resolver de manera distinta a pesar de la violación cometida	INTRASCENDENCIA DEL RECLAMO
Ocioso o inútil	
➤ No combate las razones del acto reclamado.	EXHAUSTIVIDAD
➤ No desvirtúan las consideraciones del acto reclamado, las soslayan	EXHAUSTIVIDAD
➤ Insisten en impugnaciones anteriores pero no expresan razonamientos para atacar o desvirtuar los nuevos argumentos o razones que pudieran agraviar	INTRASCENDENCIA DEL RECLAMO
➤ Simples manifestaciones u opiniones. No demuestran las violaciones, solo enuncian	SUPERFICIALIDAD
➤ No razonan respecto a consideraciones o fundamentos del fallo ni desvirtúan (no superan valor de presunción de validez de actos de autoridad), solo formulan opiniones	SUPERFICIALIDAD
➤ Cuestiones novedosas o ajenas. A menos que autoridad revisora introduzca (Vgr. En la apelación)	INIMPUGNABILIDAD Y LÍMITES A LA LITIS

Temas inimpugnables	
➤ El acto reclamado no se puede estudiar por impedimento legal, pues se exceden las causas de procedencia del juicio de amparo Arts. 114 y 73 Ley de Amparo	INIMPUGNABILIDAD
➤ Preclusión si en un amparo anterior no se adujo una violación que ya existía desde entonces	INIMPUGNABILIDAD
➤ Desborda la litis	INIMPUGNABILIDAD Y LÍMITES A LA LITIS
➤ No innovar o variar la contienda a menos que el juzgador emprenda el examen oficioso de nuevos aspectos en casos de suplencia.	LÍMITES A LA LITIS
➤ Vinculación con amparo anterior, no puede discutirse la cosa juzgada	INIMPUGNABILIDAD
➤ El acto reclamado debe afectar derechos subjetivos de la titularidad del quejoso, causar agravio y la restitución debe ser factible en la práctica	INIMPUGNABILIDAD
➤ Satisfacerse requisitos de oportunidad y legitimación en el ejercicio de la acción	INIMPUGNABILIDAD

En razón de lo expuesto considero importante avanzar en la racionalización y adecuada clasificación y ordenación conceptual y funcional de los criterios de inoperancia de los conceptos de violación, considerando que este trabajo es apenas un primer intento de clasificar y conceptualizar el problema que carece de lineamientos y pautas metodológicas.

4.2.3. Tesis relevantes sobre conceptos de violación

Ahora expongo criterios recientes que abordan, desde distintos enfoques, ópticas y escenarios, el tema de los conceptos de violación y los agravios inoperantes, instituciones que estimo son análogas.

Los actos de autoridad y especialmente las leyes gozan de una presunción que es necesario derrotar o desvirtuar de manera fehaciente, no bastan meras opiniones, sino que se requieren rigurosos argumentos relevantes.

La causa de pedir es elemento *sine qua non* que debe proponer el quejoso, así lo establece la tesis siguiente, sin embargo, no define cuál es el contenido de tal concepto.

LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD.—La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, según se trate, basta con expresar la causa de pedir; sin embargo, ello no significa que los quejosos o recurrentes puedan limitarse a realizar afirmaciones sin sustento, pues a ellos corresponde exponer las razones por las cuales estiman inconstitucionales los actos reclamados. Por tanto, en virtud de que toda ley goza de la presunción de constitucionalidad que es preciso desvirtuar, en razón de la legitimidad de los órganos que la emiten, corresponde a quienes la impugnan, la carga de la prueba, pues sólo así es posible analizar si la ley

reclamada contraviene o no la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³⁹

En este criterio se reconoce la institución de la suplencia y los requisitos mínimos de la *causa petendi*, entendiendo como tales al señalamiento del agravio y sus motivos como condiciones para validar la inferencia.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.—El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe abandonarse la tesis jurisprudencial que lleva por rubro “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR.”, en la que, se exigía que el concepto de violación, para ser tal, debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados y la conclusión la contraposición entre aquéllas, demostrando así, jurídicamente, la inconstitucionalidad de los actos reclamados. Las razones de la separación de ese criterio radican en que, por una parte, los artículos 116 y 166 de la Ley de Amparo no exigen como requisito esencial e imprescindible, que la expresión de los conceptos de violación se haga con formalidades tan rígidas y solemnes como las que establecía la aludida jurisprudencia y, por otra, que como la demanda de amparo no debe examinarse por sus partes aisladas, sino considerarse en su conjunto, es razonable que deban tenerse como conceptos de violación todos los razonamientos que, con tal contenido, aparezcan en la demanda, aunque no estén en el capítulo relativo y aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo, sino que será suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, para que el Juez de amparo deba estudiarlo.⁴⁰

La impugnación de ilegalidad del acto reclamado debe ser concreta, exacta y adecuada a la casuística particular, no siendo pertinentes las imputaciones genéricas.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES CUANDO LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL QUEJOSO O EL RECURRENTE SON AMBIGUOS Y SUPERFICIALES.—Los actos de autoridad y las sentencias están investidos de una presunción de validez que debe ser destruida. Por tanto, cuando lo expuesto por la parte quejosa o el recurrente es ambiguo y superficial, en tanto que no señala ni concreta algún razonamiento capaz de ser analizado, tal pretensión de invalidez es inatendible, en cuanto no logra construir y proponer la causa de pedir, en la medida que elude referirse al fundamento, razones decisorias o argumentos y al porqué de su reclamación. Así, tal deficiencia revela una falta de pertinencia entre lo pretendido y las razones aportadas que, por ende, no son idóneas ni justificadas para colegir y concluir lo pedido. Por consiguiente, los argumentos o causa

³⁹ No. Registro: 177,264 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* / XXII, Septiembre de 2005 / Tesis: 1a./J. 121/2005 / Página: 143.

⁴⁰ No. Registro: 191,584 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* / XII, Agosto de 2000 / Tesis: P./J. 68/2000 / Página: 38.

de pedir que se expresen en los conceptos de violación de la demanda de amparo o en los agravios de la revisión deben, invariablemente, estar dirigidos a descalificar y evidenciar la ilegalidad de las consideraciones en que se sustenta el acto reclamado, porque de no ser así, las manifestaciones que se viertan no podrán ser analizadas por el órgano colegiado y deberán calificarse de inoperantes, ya que se está ante argumentos no sequitur para obtener una declaratoria de invalidez.⁴¹

Expuestos en un juicio contencioso administrativo los elementos esenciales de la *causa petendi*, consistentes en los hechos y circunstancias del acto impugnado, siempre que sean elocuentes o indiciarias de su ilegalidad, es procedente la acción de nulidad.

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ERROR EN LA DENOMINACIÓN Y FUNDAMENTO DEL RECURSO INTERPUESTO EN SEDE ADMINISTRATIVA CONTRA UNA SANCIÓN NO ES MOTIVO PARA DESECHARLO, SINO QUE DEBE SUPLIRSE POR MEDIO DE LA INTERPRETACIÓN.—Cuando la intención de un servidor público es inconformarse contra una resolución que le impone una sanción administrativa, la incorrecta denominación y fundamento del recurso (de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en lugar de revocación previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos), es una cuestión formal que no altera la vía, fondo o sustancia del medio de impugnación procedente y, por tanto, la autoridad del conocimiento no debe desecharlo sino suplir el error por medio de la interpretación. Para ello debe tomar en consideración, en primer lugar, que los elementos esenciales de la causa de pedir, esto es, la expresión de los hechos y las circunstancias del caso, son la condición necesaria e indispensable para resolver la pretensión de ilegalidad; en segundo lugar, que el principio *iura novit curia* establece un postulado contenido en la generalidad de las leyes administrativas y códigos procesales, a saber, la cita errónea de fundamentos debe ser corregida —verbigracia los artículos 92 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, 237, párrafo tercero, del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta el 31 de diciembre de 2005 y 79 de la Ley de Amparo— y, en tercer lugar, que el recurso de revocación procedente tiene una regulación carente de formulismos, en tanto permite tramitarlo únicamente con el escrito en donde se expresen: *i)* los agravios que a juicio del servidor público le cause la resolución y, *ii)* el ofrecimiento de las pruebas que estime necesario rendir, amén de que el desechamiento tendría un efecto denegatorio de tutela, contrario a lo establecido en el artículo 17 constitucional.⁴²

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES SI NO SE REFIEREN A LA PRETENSIÓN Y A LA CAUSA DE PEDIR.—Los conceptos de violación o agravios deben indefectiblemente encontrarse vinculados y relacionados con el contexto litigioso que se sometió a la jurisdicción ordinaria. Como antecedente conviene puntualizar el contenido de la frase “pretensión deducida en el juicio” o *petitum* al tenor de lo siguiente: *a)* La causa puede

⁴¹ No. Registro: 173,593 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXV, Enero de 2007 / Tesis: I.4o.A. J/48 / Página: 2121.

⁴² No. Registro: 174,608 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXIV, Julio de 2006 / Tesis: I.4o.A.532 A / Página: 1370.

ser una conducta omitida o realizada ilegalmente, o bien, el acto ilícito que desconoce o viola un derecho subjetivo que es motivo de la demanda y determina la condena que se solicita al Juez que declare en su sentencia, es decir, es la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio; b) La pretensión o *petitum* es la manifestación de voluntad de quien afirma ser titular de un derecho y reclama su realización; c) El efecto jurídico perseguido o pretendido con la acción intentada y la tutela que se reclama; y, d) El porqué del *petitum* es la causa *petendi* consistente en la razón y hechos que fundan la demanda. Así las cosas, los conceptos de violación o agravios deben referirse, en primer lugar, a la pretensión, esto es, al qué se reclama y, en segundo lugar, a la causa *petendi* o causa de pedir, que implica el porqué de la pretensión, incluyendo los fundamentos o razones y los hechos de la demanda, así como las pruebas (que son la base de lo debatido). La conexión o relación de estas últimas sólo debe darse con los hechos, que son determinantes y relevantes para efectos de la pretensión, en virtud de ser el único extremo que amerita y exige ser probado para el éxito de la acción deducida, tal como lo establecen los artículos 81 y 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En tal orden de ideas, si la quejosa no señala la parte de las consideraciones de la sentencia que reclama, motivo de controversia, o se limita a realizar meras afirmaciones, bien sean generales e imprecisas o sin sustento o fundamento, es obvio que tales conceptos de violación son inoperantes y no pueden ser analizados bajo la premisa de que es menester que expresen la causa de pedir.⁴³

El concepto de *causa petendi* en el juicio de amparo tiene sus peculiaridades y reviste cierta complejidad su connotación.

CAUSA DE PEDIR EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (APÉNDICE 1917-2000, TOMO VI, MATERIA COMÚN, TESIS 109, PÁGINA 86).—Del texto de la jurisprudencia número 109, de rubro: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR”, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en la página 86 del Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, así como de las diversas opiniones doctrinarias, se entiende que la causa *petendi* es lo que Carnelutti llama “motivo o título de la demanda”, lo que si bien es fácil determinar al inicio de las controversias judiciales ante las responsables, no lo es tanto en el juicio de amparo por la diversidad de agravios que aducen los quejosos. Ahora bien, la tesis de jurisprudencia señalada precisa la necesaria concurrencia de dos elementos para la integración de la causa *petendi* en el juicio de amparo: uno consistente en el agravio o lesión que se reclame del acto que se combate y otro derivado de los motivos que lo originen. Así, la causa de pedir requiere que el inconforme precise el agravio o lesión que le cause el acto reclamado, es decir, el razonamiento u omisión en que incurre la responsable que lesiona un derecho jurídicamente tutelado del gobernado. Sin embargo, la *causa petendi* en el juicio de amparo no se agota ahí, sino que es necesaria la concurrencia de otro requisito, que es el motivo o motivos que originan ese agravio y que en el amparo constituyen el argumento jurídico que apoya la afirmación de la lesión. Por ejemplo, si

⁴³ No. Registro: 180,929 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XX, Agosto de 2004 / Tesis: I.4o.A. J/33 / Página: 1406

en un juicio civil, ante el tribunal de segunda instancia, la parte demandada cuestiona la valoración de la prueba testimonial que hizo el Juez de primera instancia, porque sostiene que fue indebida, lo cual le irroga agravio y para tal efecto aduce como motivos que hubo contradicción en el dicho de los testigos, que le demerita valor a su testimonio, pero si al analizar y desestimar este agravio, la responsable sostiene que fue correcta la valoración de primera instancia, dicha determinación se convertirá en el agravio que le cause al quejoso el acto reclamado si insiste en su argumento y controvierte la respuesta del tribunal de alzada. Sin embargo, los motivos para ello deberán ir de acuerdo con los antecedentes del caso y deberá evidenciar con la prueba correspondiente que la responsable apreció indebidamente ese medio de convicción, lo que originó la incorrecta valoración y, en tal tesitura, acreditar sus motivos. Sin embargo, no constituirá el mismo motivo y, por ende, se cambiaría la causa de pedir, si en lugar de aducir el quejoso en amparo, como motivo de la lesión o agravio, la contradicción entre el dicho de los testigos que sostuvo ante la responsable, en cambio, que la indebida valoración de la prueba testimonial se debe (motivo) a que los atestes se contradijeron con su oferente, ya que en este último supuesto existe un cambio en uno de los elementos de la causa de pedir que origina que se declare inatendible el concepto de violación, por no haberse formulado en esos términos ante la responsable.⁴⁴

Cuando se advierta *a priori* que el acto reclamado es irregular, pero al mismo tiempo no sea factible la restitución al agraviado, que es la *ratio* del juicio de amparo, la inoperancia de los conceptos de violación debe declararse por inutilidad de la anulación de un acto de autoridad que, si bien, puede adolecer de una ilegalidad de naturaleza formal, no es susceptible de causar un agravio sustancial o material a la esfera jurídica del quejoso, resultando ociosa la pretendida anulación por inconstitucionalidad. Esto obedece a que el juicio de amparo es procedente, sólo cuando sea factible y posible reparar y restituir agravios reales y no para casar violaciones formales *per se* que en el mejor de los casos solo pueden generar agravios teóricos o académicos; en ese mismo sentido tal es la razón de ser de las ilegalidades no invalidantes.

CONCEPTOS DE VIOLACION FUNDADOS, PERO INOPERANTES.—Si del estudio que en el juicio de amparo se hace de un concepto de violación se llega a la conclusión de que es fundado, de acuerdo con las razones de incongruencia por omisión, esgrimidas al respecto por el quejoso; pero de ese mismo estudio claramente se desprende que por diversas razones que ven al fondo de la cuestión omitida, ese mismo concepto resulta inepto para resolver el asunto favorablemente a los intereses del quejoso, dicho concepto, aunque fundado, debe declararse inoperante y, por tanto, en aras de la economía procesal, debe desde luego negarse el amparo en vez de concederse para efectos, o sea para que la responsable, reparando la violación, entre al estudio omitido, toda vez que este proceder a nada práctico conduciría, puesto que reparada aquélla, la propia responsable y en su caso la Corte, por la vía de un nuevo amparo, que en su caso y oportunidad se promo-

⁴⁴ No. Registro: 186,809 / Jurisprudencia / Materia(s): Civil / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XV, Junio de 2002 / Tesis: XVII.5o. J/2 / Página: 446.

viera, tendrían que resolver el negocio desfavorablemente a tales intereses del quejoso; y de ahí que no hay para qué esperar dicha nueva ocasión para negar el amparo.⁴⁵

El agravio debe ser real y actual y el juicio tener la funcionalidad de restituir, de otro modo estudiar conceptos de violación o agravios es ocioso pues no se obtendría la razón fundamental del juicio de amparo.

AGRAVIOS INOPERANTES. SUSPENSIÓN. ACTOS NEGATIVOS O CONSUMADOS.—Conforme al artículo 86 de la Ley de Amparo sólo está legitimada para interponer el recurso de revisión aquella de las partes, o aun terceros extraños al juicio, a quien la resolución recurrida viene a causar un perjuicio real y actual. O sea que un perjuicio puramente teórico o académico no justifica la interposición del recurso, ni el recargo de asuntos en revisión a los tribunales colegiados de amparo. En consecuencia, si la suspensión fue concedida por el Juez *a quo* para el efecto de que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, esa suspensión así concedida no puede causar ningún perjuicio a la autoridad responsable que pretende su revocación con base en la afirmación de que el acto es negativo, pues el conservar la situación en nada la obliga a actuar. Ni tampoco para perjuicio el que el acto pudiera estar consumado, como alega, pues en esas condiciones el mantener las cosas como están, mientras se falla el juicio, tampoco le para perjuicio, puesto que no la obliga a restituir la situación anterior. Luego en estos casos los agravios resultan inoperantes. Es cierto que si el acto no es del todo negativo, o si tiene efectos o consecuencias positivas, éstas no podrán ejecutarse, y que si no está del todo consumado, no podrá terminarse su consumación. Pero si es esta la situación, los agravios resultarían contrarios a los hechos y, por ende, infundados, y la medida cautelar quedaría mas que justificada para evitar al quejoso perjuicio de difícil reparación, o para impedir que las cosas se lleven a un punto en que se dificulte el retorno a la situación anterior en caso de que se conceda el amparo, en términos del artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo.⁴⁶

ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE “ILEGALIDADES NO INVALIDANTES” QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO.—Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgar la oportunidad al gobernado para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, ya que no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido, en el caso, declarar una nulidad cuando la *ratio legis* es muy clara, en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, condu-

⁴⁵ No. Registro: 805,194 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Séptima Época / Instancia: Tercera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* / 187-192 Cuarta Parte / Tesis: / Página: 81 / Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 28, página 29. / Informe 1984, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 67, página 61.

⁴⁶ No. Registro: 250,480 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Séptima Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* / 151-156 Sexta Parte / Tesis: / Página: 21.

centes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones. Y es así, que el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como “ilegalidades no invalidantes”, respecto de las cuales, por supuesto, no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego entonces, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada.⁴⁷

Los conceptos de violación o agravios deben focalizarse a cuestionar o derrotar la *ratio decidendi* del acto cometido por lo que si no lo atacan y, en contrapartida, dejan intocado el razonamiento y apenas combaten impugnaciones que ya han sido resueltas, son argumentos *non sequitur*.⁴⁸

AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE SÓLO PROFUNDIZAN O ABUNDAN EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, SIN COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.—Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que una de las modalidades de la inoperancia de los agravios radica en la repetición de los argumentos vertidos en los conceptos de violación. Al respecto, conviene aclarar que si bien una mera repetición, o incluso un abundamiento en las razones referidas en los conceptos de violación, pueden originar la inoperancia, para que ello esté justificado es menester que con dicha repetición o abundamiento no se combatan las consideraciones de la sentencia del Juez de Distrito. Este matiz es necesario porque puede darse el caso de que el quejoso insista en sus razones y las presente de tal modo que supongan una genuina contradicción de los argumentos del fallo. En tal hipótesis la autoridad revisora tendría que advertir una argumentación del Juez de amparo poco sólida que pudiera derrotarse con un perfeccionamiento de los argumentos planteados ab initio en la demanda. Sin embargo, también puede suceder que la repetición o abundamiento de los conceptos de violación no sea más que un mero intento de llevar sustancia a la revisión, siendo que las razones sostenidas tanto en los conceptos de violación como en los agravios ya fueron plenamente respondidas por el juzgador. En estos casos, la autoridad revisora debe cerciorarse de que el fallo recurrido presenta una argumentación completa que ha contestado adecuadamente todos los planteamientos de la demanda de amparo, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, para estar en aptitud de declarar la inoperancia de los agravios al concluir que aun cuando el recurrente intenta abundar o profundizar sus conceptos de violación, con ello no combate la *ratio decidendi* del fallo recurrido.⁴⁹

47 No. Registro: 180,210 / Tesis aislada / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XX, Noviembre de 2004 / Tesis: 1.4o.A.443 A / Página: 1914.

48 Se denomina *non sequitur* (en latín «no se sigue») a un tipo general de falacias lógicas en las cuales la conclusión no se deduce («no se sigue») de las premisas. En sentido amplio, se aplica a cualquier razonamiento inconsecuente.

49 No. Registro: 174,556 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia:

Con tal argumento el quejoso no combate la *ratio decidendi* del fallo recurrido; a lo sumo, refuerza el razonamiento que planteó en sus conceptos de violación, en el cual señalaba que el precepto era impreciso por no determinar con claridad quién era el “quejoso” en la descripción del tipo penal. Con ello, insiste en su alegato inicial en el sentido de que en el proceso penal que se siguió en su contra le fue aplicado el artículo impugnado como producto de una indebida interpretación analógica en la que se dio al término “quejoso” un alcance indebido.

En efecto, un agravio genuino sería aquél que, mediante razones, cuestionara, combatiera o pusiera en entredicho lo argumentado por el *a quo* con respecto a la negativa del amparo. Como se dijo líneas arriba, las razones del juez fueron esencialmente las siguientes:

a) Que el texto del precepto es claro porque la intención del legislador fue identificar al “quejoso” con el “promoviente” del amparo; y

b) Que el precepto impugnado no fue aplicado al quejoso analógicamente, porque la aplicación analógica proscrita en materia penal se refiere a la imposición de penas no prescritas en el tipo penal correspondiente.

Sin embargo, con la reiteración y abundamiento de lo aducido en sus conceptos de violación, no puede decirse que el quejoso ataque esas razones. No señaló que lo argumentado por el *a quo* no estuviera justificado, sino que se limitó a denunciar que el propio Juez de Distrito llevó a cabo una indebida interpretación por analogía derivada del vicio de la norma impugnada.

Podría decirse que el problema de constitucionalidad planteado por el quejoso en su demanda de garantías constituye un primer nivel de argumentación, mientras que en un segundo nivel el Juez de Distrito valora —concediendo o no la razón— el planteamiento inicial. Un adecuado combate, propio de un recurso de revisión, consiste en atacar precisamente las razones del segundo nivel y no, como hace el quejoso, regresar no sólo a sostener, sino a abundar, en las mismas razones de primer nivel que ya fueron desestimadas por el juzgador de amparo, sin que ello suponga, en el caso concreto, un combate a lo aducido por el *a quo*.

Así, las razones que da el quejoso como agravios fueron ya analizadas y valoradas por el Juez de Distrito que conoció del asunto, y no se encuentra en el escrito de agravios otro tipo de razones dirigidas a combatir en modo alguno el fallo recurrido. De ahí que el agravio que se analiza devenga inoperante.⁵⁰

Conviene apuntar que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que una de las modalidades de la inoperancia de los agravios radica en la repetición de los argumentos vertidos en los conceptos de violación. Al respecto, conviene hacer los siguientes matices:

Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXIV, Agosto de 2006 / Tesis: 1a. CXXIII/2006 / Página: 252.

⁵⁰ Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2005, Tesis: 1a./J. 6/2003, Página: 43: AGRAVIOS INOPERANTES EN LA REVISIÓN. SON AQUELLOS QUE REPRODUCEN CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, SIN COMBATIR LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA.—Son inoperantes los agravios, para efectos de la revisión, cuando el recurrente no hace sino reproducir, casi en términos literales, los conceptos de violación expuestos en su demanda, que ya fueron examinados y declarados sin fundamento por el Juez de Distrito, si no expone argumentación alguna para impugnar las consideraciones de la sentencia de dicho Juez, puesto que de ser así no se reúnen los requisitos que la técnica jurídico-procesal señala para la expresión de agravios, debiendo, en consecuencia, confirmarse en todas sus partes la resolución que se hubiese recurrido.

Una mera repetición o, incluso, un abundamiento en las razones referidas en los conceptos de violación, pueden dar origen a la inoperancia, pero para que ello esté justificado, es menester que con dicha repetición o abundamiento no se combatan las consideraciones del Juez de Distrito. Este matiz es necesario porque puede darse el caso de que el quejoso insista en sus razones y las presente de tal modo que supongan una genuina contradicción de los argumentos del fallo. Para ello, la autoridad revisora tendría que advertir una argumentación del Juez de Amparo poco sólida, esto es, con puntos débiles que pudieran ser derrotados con un perfeccionamiento de los argumentos planteados ab initio en la demanda.

Sin embargo, también puede suceder que la repetición o abundamiento de los conceptos de violación no sea más que un mero intento de llevar sustancia a la revisión, siendo que las razones que se sostienen tanto en los conceptos de violación como en los agravios, ya fueron *plenamente* respondidas por el juzgador. En estos casos, la autoridad revisora debe cerciorarse de que el fallo recurrido presenta una argumentación fuerte y completa que ha dejado contestados de manera adecuada todos los planteamientos de la demanda de amparo, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. Luego de ese examen, podrá concluir que aun cuando el recurrente intente en su agravio abundar o profundizar en sus conceptos de violación, con ello no lograría derrotar la *ratio decidendi* del fallo recurrido, como ocurre en la especie.⁵¹

⁵¹ Amparo en revisión 898/2006. Juan Manuel Hernández Magallanes. 7 de junio de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

5. ESQUEMA FORMAL DE LAS SENTENCIAS

5.1. ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO JUDICIAL

La estructura de cualquier objeto, institución o práctica obedece a una funcionalidad que deben cumplir sus elementos cuando interactúan y ser conducente a un fin o propósito, producción de un resultado y diferente de los efectos parciales o instrumentales. La corrección estructural de los argumentos, se mide o evalúa a partir de la justificación en su enfoque: interno y externo.

La lógica formal determina la justificación interna. Es la condición y el esquema de corrección formal y estructural, mínimo y necesario de: *a)* la argumentación de las partes —pretensión y contra-pretensión— y *b)* la decisión del juez, en el sentido que sus enunciados y razonamientos deben ser congruentes y consistentes entre sí, además de atender lo dispuesto en los primeros principios y en las reglas y condiciones del razonamiento deductivo e inductivo.¹

En cambio, la justificación externa de la sentencia atiende a la validez o corrección al momento de construir las premisas lo que implica ser congruente, consistente y coherente con las pretensiones deducidas.² En este sentido hay algunas tesis jurisprudenciales.³

El razonamiento jurídico, en conjunto, que es la materia de análisis o fondo de cualquier acto jurídico,⁴ no es algo simple; por el contrario, son enunciados que conducen a discursos complejos basados en datos, información, generalidades en temas jurídicos y no jurídicos, razones e incentivos, entre otros aspectos.

Comenta Atienza⁵ que el razonamiento jurídico debe obedecer y contemplar exigencias y finalidades de muy distintos contenidos, entidades y contextos, tales como: Lógico formales, del sistema social, tomar en cuenta que el Derecho —cuando menos en teoría— es sistémico e integral y atender a objetivos de tipo pragmático.

Esta concepción parece dar cuenta de lo que ha de ser y la función que ha de cumplir un concepto de violación o una sentencia. Conforme a tal visión es evidente que el “fondo” o sustancia es algo muy complejo que, especialmente en el caso de potestades derivadas de facultades discrecionales que puedan ser

¹ Identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente; las vinculaciones lógicas y formales de los elementos que componen a las premisas, tales como causa-efecto, antecedente-consecuente.

² Para algunos autores, a su vez, las pretensiones de las partes deben corresponderse con los principios y valores normativos y con la realidad empírica, Wróblewski y MacCormick.

³ 1ª. /J. 33/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y 1.4º. A. 371 A del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁴ Donde por supuesto caben las demandas, promociones judiciales y las sentencias.

⁵ Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación* en la obra: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, México IJ UNAM, 2005 páginas 67-78.

materia de enjuiciamiento, impone atender variados fines, por y para los que fueron concedidas.

El juicio tiene una fase de instrucción durante la cual se reciben las pretensiones y oposiciones pertinentes que las partes presentan para construir una litis a base de planteamientos estratégicos; este es el mundo o universo dentro del cual el juez puede navegar y debe decidir.⁶ Otra es la fase decisoria en la que el juez construye, con la información aportada:

- a) hipótesis que dan lugar a las premisas del caso, y
- b) argumentos que demuestran la validez y corrección de lo decidido, en el orden siguiente:

Instrucción		Decisión	
Recolección de información		Construcción de Hipótesis	Justificación de la decisión
Conocimiento		Premisas ⁷	Razones o Motivos
$\left(\begin{array}{c} p^8 \\ CP^9 \end{array} \right)$	$\left(\begin{array}{c} N^{10} \\ A^{id.} \\ H^{id.} \\ Pr^{id.} \end{array} \right)$	$\left\{ \begin{array}{l} *Fáctica \\ *Jurídica \end{array} \right.$	$\left\{ \begin{array}{l} *Forma^{11} \\ *Fondo^{12} \end{array} \right.$

La formalidad en los juicios no es un fin en sí misma sino apenas una herramienta de carácter instrumental, conducente a definir, ordenar, encauzar y justificar los planteamientos y orientar así los pronunciamientos de carácter sustancial que, en el fondo, deben emitirse. Es solo el cómo, medio para ordenar, regular y construir la decisión de manera exhaustiva. Por tanto, en momento alguno debe ser un impedimento o limitación para que se deduzcan y hagan efectivos los derechos de los contendientes y, especialmente, para construir una alternativa que dirima el conflicto e insatisfacción social a fin de dar eficacia y funcionalidad a los principios *pro actione* y tutela judicial efectiva.

⁶ Hay una corriente surgida en los Estados Unidos de Norteamérica luego recibida y asimilada en Europa, conforme a la cual lo destacable es que el juez descubra cuales son los intereses debatidos, más que las expresiones, y con un criterio liberal se concentre en idear una solución *ad hoc*, conforme a un sano juicio.

⁷ Deben construirse sólo son síntesis pero, integralmente, comprendiendo todos los aspectos de la litis.

⁸ Qué.

⁹ Por qué.

¹⁰ Con base en qué.

¹¹ Requisitos lógico formales, racionalidad.

¹² Razonabilidad de argumentos retóricos y mérito en la decisión.

5.2. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Para que una resolución se encuentre debidamente motivada, la autoridad debe pasar por un proceso decisorio, basándose en los antecedentes fácticos y jurídicos del caso específico y considerar las normas pertinentes, planteándose la hipótesis que el contexto le induzca, debiendo cuidar que las proposiciones indicativas o descriptivas referentes a la realidad —pertinentes para construir la premisa fáctica, esencialmente descriptiva— sean verdaderas o probables y las normativas —definitorias de la premisa jurídica, predominantemente prescriptiva—, sean validas o correctas.

Es así que se dan dos contextos:¹³

1. **Descubrimiento y construcción** de la decisión.—Son las razones explicativas de por qué se tomó una determinada decisión. En efecto, la solución de un problema o conflicto jurídico implica analizar los planteamientos sobre pretensiones —hechos y Derecho en conexión e interrelación—, a fin de construir la decisión pertinente.¹⁴ Es la explicación del procedimiento a partir del cual se van construyendo las premisas conducentes a fin de establecer una serie de conclusiones que conforman la decisión; y,¹⁵

2. **Justificadorio**.—Consiste en validar la tesis decisoria, confrontándola con la realidad de los hechos, con la validez de las normas que la rigen y ponderando las consecuencias que genera, para evaluar así su validez. Es justificar¹⁶ tanto la construcción de las premisas como la conclusión, aduciendo razones —que pueden ser buenas o, mejor aún, persuasivas— en favor de los enunciados: *a)* cognoscitivo y *b)* prescriptivo.

Los razonamientos —también conocidos como proceso de subsunción o ponderación— pueden ser: *i)* formales —lógico deductivos— o *ii)* materiales, esto es, aceptables —basados en la dialéctica o retórica—.

¹³ Esta distinción de contextos, típica de la filosofía neopositivista de la ciencia, es llevada al terreno judicial por Wasserstrom con el propósito de refutar las tesis realistas a las que acusa de falacias irracionales. En el contexto de descubrimiento importa la producción de una hipótesis o teoría, el hallazgo y la formulación de una idea, la invención de un concepto, relacionado con las circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas, económicas o tecnológicas que gravitaran en la gestación del descubrimiento o influido en su aparición; en cambio, el contexto de justificación aborda cuestiones de validación sobre autenticidad, verdad o justificación del descubrimiento, así como de evidencias que apoyen las afirmaciones. Atienza (2006: 100).

¹⁴ Por cuanto es comprobable, cognoscible, empíricamente verificable y razonable, usualmente, regido por leyes de lógica formal (principios de congruencia y exhaustividad). Tiene como limitantes la pretensión deducida y es el resultante de un procedimiento dialéctico controversial. Para más información sobre el tema Atienza (2006: 99-106).

¹⁵ Esta decisión es una tesis que sólo se construye o descubre de manera certera obvia en los casos fáciles; en tanto que en los difíciles el proceso consiste en avanzar de posibilidades a hipótesis para finalmente arribar a una tesis, vista como decisión o conclusión. Estas ideas surgen de pretender comparar o asimilar al proceso jurisdiccional el método científico, Atienza dice que hay coincidencia con la *inventio*.

¹⁶ Dar razones de validez (enunciados prescriptivos) y de verdad razonable (enunciados descriptivos o cognoscitivos).

El ideal, plantean algunos autores, es que las razones, además de justificar la decisión, expliquen adecuadamente las causas, indicando cómo es que se tomó la decisión.¹⁷

La adecuada expresión de la *ratio decidendi* implica para la autoridad, dar cuenta del procedimiento y del contenido de los argumentos.

El círculo decisorio queda así integrado por:

- a) Causa —concepto eventualmente complejo— que orienta y determina la voluntad y, más aún, la validez formal y material de la decisión en cuanto concurre al fin institucional;¹⁸
- b) Motivo que impulsa al decisor después de conocer el problema tras evaluar y sopesar las hipótesis que se formuló en razón de los estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones para alcanzar las consecuencias o fines institucionales; y,
- c) Razón que —consistente y vinculada con la causa— justifique racional o razonablemente la legitimidad de la decisión asumida. Dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, en casos difíciles, implica un argumento general y terminal, pero sustentado en conjuntos parciales que conforman las líneas argumentativas dirigidas a resolver un problema o a esclarecer y defender una tesis o conclusión, sea intermedia o final.

Comenta Atienza (2003: 254) que:

Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar la decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Lo que exigimos de los órganos que toman decisiones públicas es que justifiquen sus decisiones; el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a justificar decisiones.¹⁹

Llegado ese momento, se deben invocar razones capaces de justificar la decisión por medio de valoraciones jurídicas, razonamientos y argumentaciones, sean de carácter lógico formal o pragmático²⁰ con tal que logre convencer al auditorio, bien sea, de la racionalidad o cuando menos de la legitimidad de su resolución. Sin embargo, el caso no es tan simple, Dworkin habla que solo hay «una solución correcta» y se obtiene directamente de aplicar las reglas o principios relevantes al caso particular; sin embargo, sucede en la práctica que quien decide se ve influido por múltiples factores²¹ que pueden llevarlo a tomar

¹⁷ Sobre el particular, Guarino (1994: 282) sostiene: *La validez se refiere a la relación entre el supuesto normativo y el supuesto concreto. El acto es válido si la correspondencia entre ambos supuestos es completa; inválido si existen vicios.*

¹⁸ En el acto administrativo los presupuestos son la causa en los juicios, el conflicto que subyace.

¹⁹ Parece que una lectura finalista del artículo 16 constitucional lleva a incluir en el concepto «motivación» explicar, justificar y comunicar la decisión o el acto de molestia.

²⁰ Dialéctico y retórico.

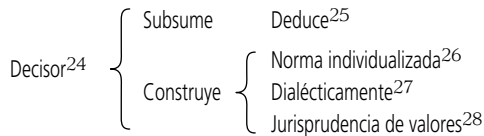
²¹ Algunos con cierto reconocimiento, relevancia y ponderación jurídica, otros que responden sólo a concepciones subjetivas de quien decide. Estas no son deleznable *per-se* ni reprochables si

decisiones de lo más variadas. Esto obedece a que el contexto decisorio se ve influido por consideraciones o fines de origen político, social, económico, cultural, religioso, etc., factores determinantes de la decisión que, eventualmente, pueden asumirse y siempre en razón de la subjetividad de las personas.

Y es que la realidad de los problemas, supuestos y conflictos cotidianos que merced a una resolución deben abordarse y decidir, desborda en mucho a las previsiones teóricas y legislativas que *a priori* pueden formularse. En efecto, el decisor puede verse influido, no a simplemente subsumir hechos en un supuesto normativo que las más de las veces es incompleto, desfasado o indeterminado y, por ende, incierto, lo que obliga a construir la regla del caso particular, partiendo, eso sí, del insuficiente e incompleto orden jurídico. Otras veces sucede que, los hechos del caso resultan atípicos,²² o bien, que los fines de interés público pueden incidir en interpretaciones predeterminadas en razón de privilegiar y obtener determinadas consecuencias con el fin de beneficiar los intereses de la comunidad.

Es así que el decisor, sólo en casos fáciles, se limita a subsumir hechos concretos en una regla o premisa universal, en tanto que, en los difíciles, debe construir la decisión, entiéndose las premisas del silogismo.²³

Atendiendo a la simplicidad o complejidad de la decisión y sus consecuencias, se tienen las opciones siguientes:



es que responden y pretenden una solución justificable conforme a las circunstancias del caso, los fines legales y la plausibilidad de las consecuencias.

²² Los supuestos de hecho de las normas se construyen, en el mejor de los casos, con la suma de experiencias de lo que ha ocurrido o lo que se puede prever, sin embargo, la realidad desborda esas previsiones y es así que el enunciado fáctico de un caso concreto y real puede corresponder a dos o más supuestos de reglas o principios que prevean consecuencias distintas. Estos son casos difíciles pues las normas, *per-se* no presentan síntomas de antinomia o de tensión pero el caso obliga a aplicarlas en sinergia y relación sistemática lo que origina problemas de consecuencias opuestas. La solución es aplicar principios para ponderar en el caso y construir así, el enunciado normativo más adecuado y consecuencialista.

²³ Esto implica que no hay regla universal y absoluta que resuelva el problema, apenas máximas de experiencia o reglas pero sujetas a un alto número de excepciones. Otras veces los hechos son solo probables por lo que la conclusión final es de valor relativo.

²⁴ Entendido como alguien que decide, puede ser un juez o la Administración.

²⁵ A partir solo de premisas claras e indiscutibles.

²⁶ Sucede en los casos difíciles, cuando ocurren conceptos jurídicos indeterminados y en casos de tensiones entre principios y directrices donde deben ponderarse para construir la regla del caso.

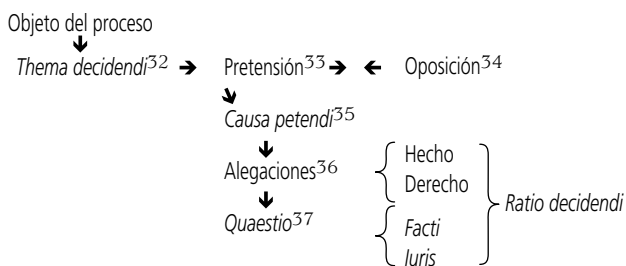
²⁷ Se conoce como justificación pragmática la resultante del contradictorio dialéctico donde sujetos interactúan, el objetivo es persuadir sobre algo, defender o atacar una tesis y lograr que se acepten posiciones. Lo central son los efectos del debate o discusión; la dialéctica como la retórica son muy importantes. Atienza (2006: 85-86).

²⁸ Apoyo y factor de validez de la decisión que incluirá la corrección de reglas al tenor de los valores o principios que inspiran al orden jurídico así como a la actividad y función administrativa.

La estructura, contenido y secuencia de lo que configura e integra una resolución es una **síntesis** del debate o litis propuestos a partir de los intereses, pretensiones, planteamientos y, en general, todas las alegaciones de las partes en los juicios. Son el material que constituye el objeto del proceso.

Conducente a una mayor claridad y funcionalidad comunicativa, puede ser recomendable que los aspectos relevantes de tales planteamientos, para efectos de su debida decisión y pronunciamiento, incluso pueden dividirse en temas o problemas,²⁹ a los que debe darse una respuesta y forman parte de lo que, en general, se conoce como *thema decidendi*.

A partir de ahí se estará en posibilidad de particularizar o concretar la o las pretensiones deducidas cuyo elemento más importante y destacado es la *causa petendi* que se compone de alegaciones tanto de hecho³⁰ como de Derecho que deben corresponderse con los premisas de la decisión, guardando simetría y proporción con los debates que han de ser atendidos y resueltos, esto es, la *quaestio facti* o juicio de hecho y la *quaestio iuris* o juicio de Derecho, mediante argumentos decisorios congruentes, exhaustivos y soportados o informados con razones, explicaciones y justificaciones que, en conjunto, son la esencia de la *ratio decidendi*³¹ que viene a ser el pronunciamiento del decisor, todo ello a fin de no incurrir en arbitrariedad. Estas ideas se compendian y presentan en el siguiente cuadro:



38

²⁹ Que sean objeto de líneas argumentativas específicas.

³⁰ Lo que por supuesto incluye los enunciados sobre prueba del contexto fáctico.

³¹ La *ratio decidendi* es el argumento que funda la decisión administrativa o judicial en los aspectos de contenido tanto fáctico como jurídico que incluye el criterio decisorio seguido por el juez o autoridad y los principios de Derecho proclamados en la decisión. Estos pueden ser escrupulosamente los pertinentes a la respuesta concreta y exacta a la litis o ser más amplios e ilustrativos, abarcando e incluyendo el *obiter dictum*, proposiciones jurídicas no necesarias para la estricta decisión pero que son parte del contexto o apoyo para asumir la decisión.

³² Litigio propuesto, temas de litis y del conflicto que debe ser resuelto. Lo introducen las partes. Debe ser congruente lo que se decida.

³³ Es el: Qué se pide.

³⁴ Problematización o refutación de lo aducido en la pretensión en un contexto dialéctico (tesis, antítesis y síntesis).

³⁵ Razones de por qué se pide.

³⁶ Debiendo distinguir y ponderar las sustanciales de las no sustanciales o accesorias.

³⁷ Son dos disputas o desacuerdos sobre los que debe haber un pronunciamiento y que deben ser resueltos.

³⁸ Colomer (2003: 347-348 y 364-365).

Atienza (1993: 243-245) propone asumir un modelo argumentativo que permita la reconstrucción racional del proceso de argumentación, para lo cual, distingue que el antecedente —siguiendo a MacCormick— pueda ser un caso fácil o difícil. Este segundo puede incluir cuatro tipos de problemas jurídicos que puedan darse al momento de construir las premisas o la conclusión. En ese contexto la tipología de casos puede darse a partir de las variables que se aprecian en el cuadro siguiente:

Tipo de caso	Premisa	Problema de:
Fácil	P. Normativa P. Fáctica Conclusión	Ninguno
Difícil	P. Normativa P. Fáctica	Relevancia ³⁹ Interpretación ⁴⁰ Prueba ⁴¹ Calificación ⁴²

Una vez establecido, él o los problemas del caso,⁴³ habrá que analizar y evaluar si tal problemática surge por insuficiencia o exceso de información que determinará una argumentación *ad hoc*.⁴⁴ A partir de ello, se debe construir la hipótesis de solución para luego pasar a justificarla de la manera más idónea

³⁹ Cuando hay dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso o, más aún, con qué normas es que puede construirse el enunciado normativo o regla jurídica aplicable al caso concreto y particular. En múltiples casos la solución requiere construir una norma *ad hoc* a partir de varias reglas y principios que sea menester conjugar.

⁴⁰ El cómo ha de entenderse la norma aplicable o cuando el enunciado normativo se ponga con más de una regla o principio la manera de obtener su funcionalidad máxima y plena, acorde a los principios jurídicos más convenientes y socialmente más adecuados y prácticos.

⁴¹ Cuando hay dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar y más concretamente un enunciado descriptivo —especialmente si la definición implica tomar en cuenta conductas o elementos subjetivos o ponderativos que se prevén en el supuesto de hecho de la norma tal como si un sujeto hizo algo voluntariamente o con determinado ánimo— y la concatenación compleja de acontecimientos que puedan ser paradójicos, tomar en cuenta ciertas evidencias o la totalidad y el orden que se les asigne puede conducir a evidenciar diversas situaciones. Como las pruebas de hechos pasados e irrepetibles son limitadas, los enunciados fácticos se construyen con base en presunciones que puedan tener más o menos margen de probabilidad.

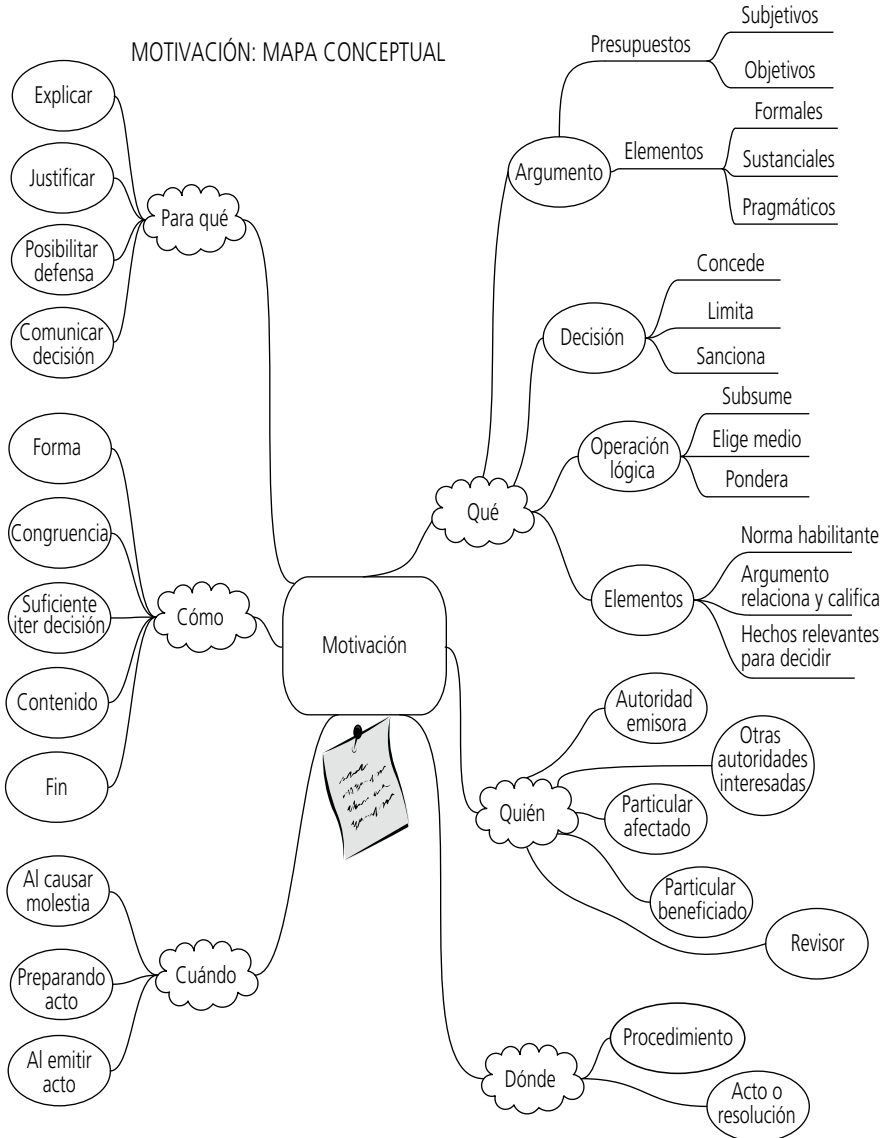
⁴² Dudas sobre si un determinado hecho se subsume, esto es, si cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado contenido —previsto en el supuesto de hecho— o en la consecuencia jurídica de la fórmula normativa que puede estar compuesta por una serie de normas y prevista en ella como hipótesis.

⁴³ Este señalamiento es sólo indicativo, en la realidad, hay casos que presentan varios tipos de problemas conjuntos.

⁴⁴ Usual y preferentemente, la analogía se emplea ante la insuficiencia; la reducción al absurdo frente al exceso de información.

y razonable; es en este momento que, final y definitivamente, se construyen las premisas del argumento que justificará la decisión, esto es, la conclusión.

Una concepción o mapa conceptual de la motivación que comprende la descripción del para qué, cómo, cuándo, qué, quién y dónde de la institución, se describe en el siguiente esquema que tiene, invariablemente, su origen o inicio en la actualización de una situación de hecho.



Usualmente los debates sobre la insuficiente o indebida motivación se hacen depender de, si existen y se expresan en la medida suficiente, los elementos constitutivos o estructurales, básicos e indispensables, que vienen a ser el «qué», generándose discusiones bizantinas y estériles. El resultado más recurrente son aporías —problemas sin solución—, lo que aconseja a que el análisis ha de centrarse, más bien, en el «para qué» de la práctica que se relaciona con la funcionalidad y finalidad de la institución que es el objeto de la motivación para poder concluir sobre la calidad, en el caso concreto, de los elementos de la motivación dependiendo y a partir de si satisfacen o no la función y cometido pertinente.

Una aplicación de estas ideas aparece en la jurisprudencia siguiente:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.—El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y *ratio* que el justiciable conozca el “para qué” de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.⁴⁵

Un problema cotidiano es que en ciertos casos, más o menos complejos, ya sea porque se acumulen varias pretensiones, se invoquen hechos excesivos, abundantes y poco relevantes de acuerdo a la premisa jurídica en que se funda la tutela del interés debatido, haya normas o principios que no estén claramente perfilados o correlacionados; resulta que el juez elabora concentrados de información a veces divorciados o no relacionados con las pretensiones. Esto afecta a la congruencia y exhaustividad o, cuando menos, dificulta evaluar si se han atendido esos principios.

En efecto, esta falta de sistema se presenta, peculiarmente, cuando el juez al construir la *quaestio facti* —con la información proveniente de todas las pruebas respecto de cada uno de los hechos y de las pretensiones, dispuestas

⁴⁵ No. Registro: 175,082 / Jurisprudencia / Materia(s):Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / Tomo: XXIII, Mayo de 2006 / Tesis: 1.4o.A. J/43 / Página: 1531.

en un conjunto mezclado— hace, un *totum revolutum* que dificulta su procesamiento y justificación, además que genera inseguridad y defecto en la motivación pues no se sabe, bien a bien, como es que se evalúa y da respuesta, congruente, integral y motivada, a cada uno de los aspectos de las pretensiones y oposiciones y, sobre todo, en una relación de correspondencia entre sí.

Sería ideal que se hiciera por separado el análisis de cada pretensión así como de cada uno de los elementos respectivos de la *causa petendi* —pruebas que acreditan de modo suficiente la existencia de cada hecho $P \Rightarrow H$ y las normas cuyos supuestos de hecho, en el caso, son colmados.

Sólo entonces se debe hacer la referencia, ya en conjunto de todos estos elementos, lo que da lugar a las premisas, fáctica y jurídica del caso.

La estructura de los razonamientos jurídicos y más especialmente de los judiciales está vinculada o encadenada al contexto, especialmente a la norma que rige en el enunciado.

5.2.1. *Criterios sobre fundamentación y motivación de resoluciones judiciales*

Las resoluciones judiciales, sobre todo las de trámite o preparatorias, se dan dentro de un contexto donde el referente es un proceso judicial en que ampliamente se tutelan las formalidades. Por tanto las exigencias de fundamentación y motivación son más laxas y semejantes a la motivación *per relationem* e implícita donde basta que el sentido y alcance de lo resuelto sea acorde a lo previsto en el ordenamiento aunque formalmente no se satisfagan los extremos que si son exigidos a los actos administrativos especialmente cuando inciden en actos de privación.

En seguida algunos precedentes aplicables a partir de los cuales es fácil apreciar que la logística de las decisiones y los referentes que se deben tomar en cuenta.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE.—Entre las diversas garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustento de la garantía de audiencia, está la relativa al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como de debido proceso legal, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional que concluye con el dictado de una resolución que dirime las cuestiones debatidas. Esta garantía obliga al juzgador a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, considerando todos y cada uno de los argumentos aducidos en la demanda, en su contestación, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos los puntos litigiosos materia del debate. Sin embargo, esta determinación del juzgador no debe desvincularse de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que impone a las autoridades la obligación de fundar y

motivar debidamente los actos que emitan, esto es, que se expresen las razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado, los cuales deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad. Ahora bien, como a las garantías individuales previstas en la Carta Magna les son aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional en términos de su artículo 133, es indudable que las resoluciones que emitan deben cumplir con las garantías de debido proceso legal y de legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, en el estudio de las acciones y excepciones del debate, apoyándose en el o los preceptos jurídicos que permiten expedirla y que establezcan la hipótesis que genere su emisión, así como en la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso.⁴⁶

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS.—La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepciones del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa.⁴⁷

⁴⁶ No. Registro: 176,546 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXII, Diciembre de 2005 / Tesis: 1a./J. 139/2005 / Página: 162.

⁴⁷ No. Registro: 191,358 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional, Común / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XII, Agosto de 2000 / Tesis: P. CXVII/2000 / Página: 143.

SENTENCIAS, FUNDAMENTACION DE LAS.—No es requisito indispensable que en la sentencia reclamada se citen los preceptos en que la resolución se apoya, si el fallo se encuentra adecuado a las disposiciones legales relativas.⁴⁸

5.3. SENTENCIAS ARBITRARIAS

5.3.1. *Congruencia, exhaustividad y motivación de las decisiones*

Las reglas básicas de carácter formal de toda decisión son: congruencia, exhaustividad y motivación.

Partiendo del esquema dialéctico del juicio, la congruencia exige que la decisión corresponda exacta y puntualmente con el análisis contradictorio de lo planteado en la pretensión y su contraria. Los conflictos usualmente plantean varias pretensiones y, aún en el caso que sea una sola, los hechos, pruebas y normas son múltiples lo que exige el estudio y consideración integral y exhaustivo, salvo casos de excepción, que reglas secundarias o adjetivas establecen cuando se ha conseguido el objetivo buscado y, por ende, resultan ociosas. Esto sucede en el juicio de amparo con el estudio innecesario de ciertos conceptos de violación y en casos especiales, donde si se concede el amparo por uno de ellos, resultaría inútil el estudio de otros. Las ideas anteriores se expresan parcialmente en el esquema siguiente:

Acción	Excepciones y defensas	Sentencia, decisión	
P1	- P1	S P1	Congruencia ⇔
P2	- P2	S P2	Congruencia ⇔
Pn	- Pn	S Pn	Congruencia ⇔
		Exhaustividad †	

P. Pretensión.
 -P. Oposición a la pretensión.
 S. Síntesis o decisión que reduce y resuelve el conflicto o tensión que se da entre la pretensión —acción— y la refutación —excepciones y defensas—.

Sobre el tema hay múltiples pronunciamientos tanto de la Suprema Corte de Justicia como de los tribunales colegiados de circuito, de los que, como muestra, se citan los siguientes:

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. EN QUE CONSISTE ESTE PRINCIPIO.—La congruencia significa conformidad en cuanto a extensión, concepto y alcance entre lo resuelto por el órgano jurisdiccional y las demandas, contestaciones y demás pretensiones deducidas oportunamente por las partes.⁴⁹

⁴⁸ No. Registro: 339,184 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Quinta Época / Instancia: Tercera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* / CXXIX / Tesis: / Página: 335.

⁴⁹ No. Registro: 239,479 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Séptima Época / Instancia:

CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS.—Los principios de congruencia y exhaustividad que rigen las sentencias en amparo contra leyes y que se desprenden de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, están referidos a que éstas no sólo sean congruentes consigo mismas, sino también con la litis y con la demanda de amparo, apreciando las pruebas conducentes y resolviendo sin omitir nada, ni añadir cuestiones no hechas valer, ni expresar consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutivos, lo que obliga al juzgador, a pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones de los quejosos, analizando, en su caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales reclamados.⁵⁰

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 222 Y 349 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. ES NECESARIO APLICARLO EN TODA RESOLUCIÓN.—Respetando el principio de congruencia que establece el artículo 14 constitucional en relación con los artículos 222 y 349 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el juzgador al resolver un litigio debe necesariamente atender y decidir sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido materia del debate, tanto lo aducido por la parte actora en su escrito de demanda, como lo alegado por la demandada en su contestación, esto en exacta concordancia con lo establecido en los numerales anteriormente señalados, por lo que si la autoridad señalada como responsable incurre en la omisión o negativa de decidir en forma exhaustiva y completa respecto de los puntos materia del debate planteado entre las partes, y resuelve la litis en forma desvinculada a los antecedentes y consideraciones lógicas y jurídicas, se debe ordenar que dicha autoridad emita una nueva resolución con plenitud de jurisdicción en la cual se haga cargo de los hechos que deriven de la litis materia del juicio, así como los fundamentos legales de la resolución reclamada.⁵¹

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EXTERNA.—De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 237 del Código Fiscal de la Federación y 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles —de aplicación supletoria a la materia fiscal— la congruencia externa de las sentencias implica que la decisión sea correspondiente y proporcional a la pretensión deducida o petitio; atento a lo cual, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no puede omitir analizar aspectos planteados por las partes ni rebasar el límite que la propia acción ejercitada le determina.⁵²

Para Bulygin (De Asis 1995: 226) las sentencias son entidades complejas

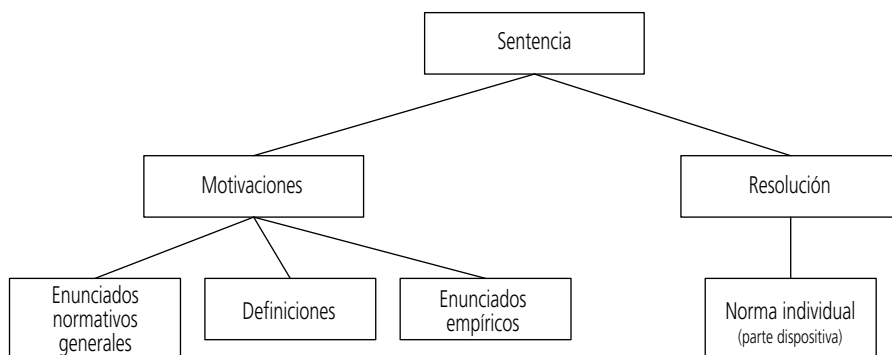
Tercera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* / 217-228 Cuarta Parte / Tesis: / Página: 77 / Genealogía: Informe 1987, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 252, página 189.

⁵⁰ No. Registro: 178,783 / Jurisprudencia / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXI, Abril de 2005 / Tesis: 1a.J. 33/2005 / Página: 108.

⁵¹ No. Registro: 187,434 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XV, Marzo de 2002 / Tesis: I.9o.A.4 K / Página: 1423.

⁵² No. Registro: 178,877 / Jurisprudencia / Materia(s): Administrativa / Novena Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta / XXI, Marzo de 2005 / Tesis: I.4o.A. J/31 / Página: 1047.

que contienen tanto normas individuales como generales. Es así que entre el fundamento (norma general) y la decisión (norma individual) hay una relación lógica, no causal, en tanto se deduce lógicamente de una norma general en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas, lo que ilustra con el siguiente esquema:



5.3.2. Esquema y clasificación de Carrió sobre sentencias arbitrarias

Hace algunos años Genaro Carrió⁵³ elaboró una relación y clasificación de causales de arbitrariedad de las sentencias, si bien, referidas al caso argentino, son plenamente aplicables a otros ordenes jurídicos como el mexicano y el español.

Explica y relata sobre el particular María Eugenia Vera Ezcurra⁵⁴ lo siguiente:

CAUSALES DE ARBITRARIEDAD.—La siguiente clasificación, elaborada por Carrió, distingue las causales según afecten el tema, los fundamentos o los efectos de la decisión. Dicho autor advierte que las categorías de la misma no son nítidas, ya que existen entre ellas zonas de penumbra y de superposición. Linares, en un artículo sobre el tema, observa que la causal, objeto del presente trabajo, se encuentra estrechamente ligada con otras dos: la que emerge de aplicación de textos de excesiva generalidad y la que fluye del fundamento consistente en afirmaciones dogmáticas o en razones aparentes (corresponden a las causales 6 y 10, respectivamente, de la clasificación expuesta a continuación). Al analizar los casos particulares de exceso ritual manifiesto veremos como estas situaciones son bastante frecuentes.⁵⁵

⁵³ CARRIÓ, Genaro R, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2° edición actualizada por el autor con la colaboración de Alejandro Carrió, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Págs. 57-59, 65-141.

⁵⁴ <http://www.salvador.edu.ar/ritual.htm>

⁵⁵ María Eugenia Vera Ezcurra, Exceso ritual manifiesto, sentencia arbitraria por exceso ritual manifiesto según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

Valeria Fernández Pello relata claramente las referidas causales, en razón de su incidencia sobre el objeto, fundamento o efectos de la decisión, en los términos siguientes:⁵⁶

Objeto	<p>Al OBJETO O TEMA de la decisión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrariedad en razón de que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Omite considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas; o 2. Resuelve cuestiones no planteadas.
Fundamento (normativo, hecho y tránsito)	<p>A los FUNDAMENTOS de la decisión, y dentro de ellos:</p> <p>A. Al establecimiento del fundamento normativo. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o 4. Prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o 5. Aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o 6. Dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables. <p>B. Al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho). Así, hay sentencias que han sido calificadas por arbitrarias en razón de que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 7. Prescinden de prueba decisiva; o 8. Invocan prueba inexistente; o 9. Contradicen abiertamente otras constancias de los autos. <p>C. Al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 10. Hacen afirmaciones dogmáticas que solo constituyen un fundamento aparente; o 11. Incurren en excesos formalistas o rituales; o 12. Son autocontradictorias.
Efectos	<p>A los EFECTOS de la decisión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 13. Pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.⁵⁷

5.3.3. Esquema y clasificación de tribunales españoles

Comenta Ezquiaga⁵⁸ que el Tribunal Constitucional español exige, para que se actualice la vulneración del derecho a la tutela judicial por incongruencia omisiva —denegación técnica de justicia—, dos requisitos:

⁵⁶ <http://www.salvador.edu.ar/pello.htm>

⁵⁷ Fernández Pello Valeria, 1999.

⁵⁸ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier (2000: 46)

Lesión por incongruencia	}	Efectivo planteamiento de la cuestión en el proceso
		Ausencia de respuesta razonada por el órgano jurisdiccional

Algunas precisiones sobre el tema que merecen considerarse son:

La congruencia de la decisión exige que se contesten tanto el *petitum* (lo que se pide), como la *causa petendi* (los fundamentos factuales y jurídicos que sustentan lo que se pide), pero sin que sea precisa la identidad “entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el Juez”,⁵⁹ ni en general, estando vinculado éste por los razonamientos jurídicos empleados por aquellas en virtud, precisamente, de los poderes que le confiere el principio *iura novit curia*.

La tutela judicial efectiva se vería vulnerada únicamente si la desviación del fallo judicial es de tal naturaleza que supone una “modificación sustancial” del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del debate contradictorio.⁶⁰

El Tribunal Constitucional distingue tres tipos de incongruencia en función de lo que la sentencia conceda, relacionado con las pretensiones de las partes, en los términos siguientes:

Incongruencia	}	<i>Extra petitum</i>	El pronunciamiento recae sobre un tema no incluido en las pretensiones de modo que se impide a las partes efectuar alegaciones en defensa de sus intereses
		Omisiva o ex silencio	El tribunal deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración en momento procesal oportuno
		Error, resuelve cosa distinta	No se resuelve sobre la pretensión formulada o el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal, dejando sin respuesta ⁶¹

5.4. ARGUMENTACIÓN LINEAL EN SENTENCIAS DE AMPARO

5.4.1. Elementos de considerandos decisorios de sentencias

En el juicio de amparo se sugiere como estructura formal, la que permita dar cuenta y decidir acerca de:

⁵⁹ STC 112/1994, de 11 de abril, f.j. 7.

⁶⁰ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier (2000: 44).

⁶¹ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier (2000: 45-46)

- ▶ Cuestiones previas al estudio de fondo.
- ▶ Litis (debe ser fijada de acuerdo a las pretensiones, defensas y al propio acto reclamado, razones de las partes).
- ▶ Contexto (antecedentes y circunstancias del caso que facilitan entender y enmarcar la decisión, sólo citar lo indispensable y ordenadamente).
- ▶ Realidad o circunstancias del caso (premisa fáctica).
- ▶ Problemas que serán analizados, ubicar y concretar.
- ▶ Líneas argumentativas, basadas en:
 - ▶ Hechos o circunstancias,
 - ▶ Marco normativo,
 - ▶ Razonamientos jurídicos,
 - ▶ Decisión o conclusión.⁶²
- ▶ Conclusión y Consecuencias

C
R
A
C

5.4.2. *Silogismo práctico*

En los considerandos de fondo donde se debe explicar, justificar y comunicar lo que se decide, el objetivo final es (estructural y formalmente) presentar la decisión como un silogismo práctico con dos premisas:

- ▶ Fáctica (descriptiva de las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes, en función de la pretensión deducida y del acto reclamado); y,
- ▶ Normativa (prescriptiva que contenga la regla, existente o creada, para regular los hechos o circunstancias).

Muchos asuntos requerirán contextualizar y enunciar los presupuestos y los fines perseguidos con el propósito de comunicar adecuada e informadamente a los destinatarios.

La construcción de estas premisas requerirá (según el caso y las circunstancias) de sendos:

5.4.2.1. *Análisis general*

La pretensión o pretensiones deducidas en los conceptos de violación o agravios, debe ser estudiada en detalle a partir de sus:

- a) elementos (*petitum, causa petendi* —hechos, normas y argumentos— y finalidad) y
- b) argumentos de oposición o derrotabilidad (en el fondo o en la procedencia, causales de sobreseimiento, según se deduzca del informe y alegatos).

⁶² Como referencia y recurso metodológico se sugiere al momento de construir los razonamientos seguir, en la medida de lo posible el modelo CRAC. La primera parte relativa a Circunstancias del caso debe ser capaz de dar cuenta de una secuela y temas del contenido de este aspecto por orden cronológico de aparición y causal comprendiendo el: Contexto, Hechos y Enunciados, Litis definida, pretensiones y oposición y Problema que debe abordarse.

El debate, basado en el contenido del acto reclamado, las pretensiones y oposición, permiten apreciar cuál es el tema o sustancia en y a partir de la que surge la confrontación y las posibilidades de dar respuesta a tales planteamientos.

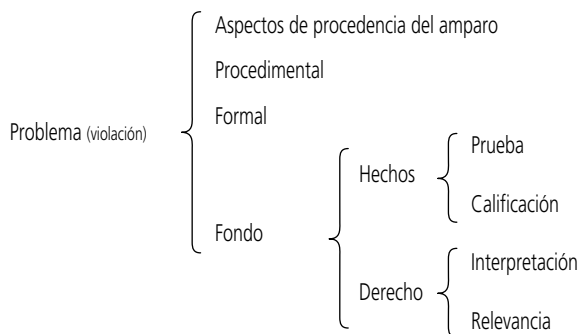
5.4.2.1.1. Tema, problema y finalidad

La construcción de las líneas argumentativas debe ser a partir de considerar cual es el **tema** del conflicto, avocarse al análisis del o los **problemas** que deban ser resueltos o satisfechos mediante una adecuada *ratio decidendi*.⁶³

El o los contenidos de impugnación plasmados en los conceptos de violación o agravios, determinaran si los **problemas** que se deben abordar se contraen a:

- i) Aspectos procedimentales;
- ii) Formales; o de,
- iii) Fondo —sustanciales o de contenido— o a combinaciones de ellos.

En cada caso, será pertinente identificar si la violación invocada y el problema a resolver son atinentes o corresponden ya sea a la premisa fáctica (prueba o calificación de los hechos) a la normativa (relevancia o interpretación de la norma aplicable) o a ambas. Como guía sirve este cuadro, con la aclaración que en un juicio, pueden concurrir varios problemas que deban ser integralmente resueltos o cuando menos el mayor número de ellos en cantidad y calidad para satisfacer la obligación estatal de dirimir controversias a través del servicio judicial.



En razón de lo preceptuado en las tesis 1ª. LXXXIX/2007, I.4º.A.74 K, III.2º.A.41 K y P./J. 3/2005, entre otras, que ordenan resolver conforme a las pretensiones o planteamiento que mayor beneficio conlleve, deberá idearse la estrategia de análisis y estudio que más provecho otorgue al quejoso y superar

⁶³ Una adecuada conceptualización, entendimiento o clasificación de los asuntos debe ser bajo esta perspectiva: Tema → Problema → *Ratio decidendi*.

o pasar por alto las irregularidades no invalidantes o falta de acatamiento a formalismos ociosos que, por no causar agravio ni perjuicio, sólo dilatarían acatamiento a formalismos ociosos que, por no causar agravio ni perjuicio, sólo dilatarían la decisión del fondo.

En este contexto, debe ser tomada en cuenta la finalidad del promovente, para definir la estrategia que se adopte al decidir y las consecuencias que provocará lo resuelto en el amparo.

A partir de este momento se define la litis del juicio y resultará conveniente como guía y referente de congruencia, establecer y fijar los temas que reflejen el contenido de la litis deducida.

Será entonces posible señalar los problemas que de la acción se deriven para formular las hipótesis de trabajo y a través de las líneas argumentativas pertinentes, llegar a las decisiones o conclusiones respecto a cada problema parcial y a la decisión general o sumaria.

5.4.2.1.1.1. Síntesis del proyecto

La génesis natural de una decisión en órganos colegiados parte de que uno de los integrantes, a quien se denomina ponente o relator, presenta un proyecto de lo que pueda ser la sentencia para el caso. Esta propuesta es analizada por los demás integrantes del tribunal, se discute y luego es votada. En varios tribunales⁶⁴ junto con el proyecto se presenta una síntesis con vocación de resumen, donde conste información descriptiva relevante y básica así como la relatoría sustancial de la *ratio decidendi* de cada uno de los puntos que son abordados en el dictamen o proyecto. Un esquema que está siendo utilizado⁶⁵ es el siguiente:

I. Datos del asunto:

- ▶ Tipo de Asunto: / Número: / Promovente: / Magistrado Relator: / Secretario: / Sesión: / Índice
- ▶ Acto reclamado:
- ▶ **Materia:**
- ▶ **Tema principal:**

II. Datos de la decisión

- ▶ Contexto o Antecedentes:
- ▶ **Tema de la Decisión:**
 - ▶ Problema (s):
 - ▶ Aspectos procesales en el amparo
 - ▶ Violación procedimental
 - ▶ Violación formal
 - ▶ Violación de fondo

{	Hechos: Prueba	Calificación
{	Derecho: Interpretación	Relevancia

⁶⁴ Ejemplo de ello es la SCJN o los tribunales colegiados de circuito

⁶⁵ Es la estructura y contenido de la síntesis que se utiliza en el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sujeto a modificaciones evolutivas.

- Propuesta:
- **Síntesis de las razones:**
- Criterios aplicados:
- Votación: * Unanimidad * Mayoría * Voto

Como se aprecia tiene dos grandes rubros, datos del asunto y de la decisión.

El juicio de amparo —especialmente ocurre en el directo— usualmente es la instancia terminal de un debate judicial que ha surgido y se ha desarrollado en instancias precedentes. Los datos del asunto se refieren, precisamente, a la descripción del expediente y a la materia y tema que haya sido litis en el juicio natural o primigenio. En cambio los datos de la decisión se refieren, en concreto, a lo que es materia de pronunciamiento por el tribunal de amparo.

En muchos casos es indispensable un marco contextual que ubique al lector en cuál es el panorama y antecedentes del asunto. Definido este primer referente, debe señalarse el o los temas que se abordarán en la decisión de amparo, lo que puede coincidir con el tema del asunto pero, en muchas otras ocasiones, puede ser totalmente diferente.⁶⁶

La idea es que tales aspectos e información esencial y relevante, que de cuenta de lo que es el contenido del proyecto de la decisión, sean captados por el lector y, además, guardar una memoria que permita clasificar el caso para su posterior consulta a fin de resolver conflictos análogos o cuando menos tener idea de cuales han sido las líneas que han inspirado y justificado anteriores pronunciamientos. El punto: «Síntesis de las razones» dará cuenta, precisamente, de la *ratio decidendi* en correlación con cada uno de los problemas que el planteamiento de amparo requiere atender; por tanto este es un punto fundamental del contenido sustancial del proyecto. El criterio decisorio puede apoyarse en precedentes o jurisprudencias que conviene sean citados, cuando menos los rubros y luego informar de cual fue la votación y si se emite voto particular, ya sea en contra o paralelo al criterio de la mayoría.

5.4.2.2. *Análisis concreto*

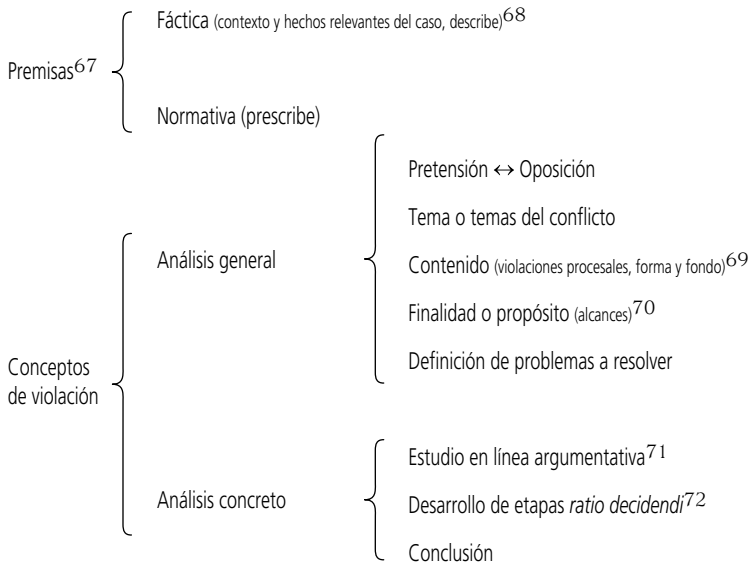
En este momento se procederá al estudio en líneas argumentativas:

- i) Singulares, o
- ii) En conjunto, según convenga en razón del *contenido* (el objetivo es evitar repeticiones ociosas al mismo tiempo de conjuntar el tratamiento de lo análogo o esencialmente coincidente) pero siempre atendiendo a,

⁶⁶ Un ejemplo ilustra el punto, supóngase que la litis ante el TFJFA sea la destitución e inhabilitación de un servidor público como acto impugnado. La materia del asunto sería Administrativa, Servidores públicos, el tema principal Servidores públicos, destitución e inhabilitación. Sin embargo el tema de la decisión ante el tribunal colegiado de circuito en amparo directo puede ser conceptos de violación inoperantes porque no miran a controvertir las decisiones de la sala o tengan que ver con valoración de pruebas, por poner un ejemplo.

iii) La conveniencia *expresiva* y comunicativa de la resolución, su finalidad retórica.

El cuadro siguiente sintetiza lo expuesto:



Dice Weston (2004: 105-112) que suponiendo se ha llegado a una conclusión, se necesita organizar el ensayo de tal manera que incorpore todo lo necesario a ser tratado, de ahí la eficacia del argumento. El esquema que propone es el siguiente:

- Explicar el problema.—Es conveniente presentar la pregunta de lo que se quiere responder y explicarla, mostrando el problema existente, su alcance y por qué es interesante o relevante. Es muy importante considerar a la audiencia o auditorio y tomar en cuenta lo que resulte significativo para ellos, que tomen conciencia es la tarea. Puede ser necesario apelar a valores, experiencias, pautas o intereses compartidos, así como ubicar y entender el tema en el contexto.

⁶⁷ Se trata de establecer los elementos y presupuestos a partir de los cuales se tomará la decisión.

⁶⁸ La litis en el amparo directo se determina por los elementos: *a)* Acto reclamado, *b)* Demanda de amparo, y *c)* Oposición (sólo en ciertos casos y de manera relativa).

⁶⁹ Tema al que se refieren y etapa procesal del juicio natural a la que corresponden (Violaciones procesales, formales o de fondo).

⁷⁰ Qué se pretende y su eficacia o ineficacia, en que trascendería.

⁷¹ A partir del tema o temas problematizados, desarrollar líneas argumentativas.

⁷² Pronunciamientos generales y básicos para transitar y abordar otros derivados. La idea es que las líneas argumentativas impliquen enfoques o aproximación de lo general a lo particular, de lo fundamental a los detalles.

- ▶ Formular una propuesta o afirmación definitiva.—Debe ser clara, específica, concreta y simple, sin entrar en demasiados detalles y, en su caso, elegir sólo una línea argumental. Cuando el caso lo requiera, en párrafos posteriores, aportar tantos detalles o información adicional, siempre que sea necesario. De otra manera el ensayo no parecerá concluyente.
- ▶ Desarrollo completo de argumentos.—La base del ensayo debe ser una adecuada planificación del trabajo, limitándose a lo pertinente.⁷³ De hacer alguna propuesta hay que mostrar que resolverá el problema planteado, destacando las bondades o consecuencias que de ella se sigan, exponiendo como es que se conseguirán los mejores efectos a partir de las causas concretas y preexistentes.

Si se arguye en favor de la interpretación de un texto o suceso habrá que hacerlo detenidamente. En cambio, si es la solución de una disputa, se deben explicar los argumentos y razones de la evaluación.

Cuando el fundamento de la afirmación sean máximas de experiencia o ejemplos, debe haber un número suficiente, en tanto que si es una forma deductiva debe asegurarse que es válida.

- ▶ Examinar las objeciones.—Anticiparse a objeciones, preguntas escépticas o «curarse en salud», siempre es recomendable. Si la propuesta tiene debilidades, desventajas o es difícil de implementar, es algo que debe admitirse y argüir que, intentarlo, merece la pena, considerando que las ventajas superan a las desventajas o que estas no se darán.
- ▶ Considerar alternativas.—Defender una propuesta no es suficiente, también se debe mostrar la preferencia, conveniencia o superioridad respecto a otras maneras plausibles de resolver el problema de acuerdo a las circunstancias existentes.⁷⁴

5.4.2.3. *Ratio decidendi*

Las razones de la decisión —necesarias para arribar a la tesis que se proponga— deben ser expuestas de la manera más simple y directa, bajo el esquema de un argumento de razón suficiente *sí* → *entonces*, a la vez que infor-

⁷³ No se debe de cercar más tierra de la que se puede arar, ni usar cualquier argumento, sería como preferir diez cubos agujereados a uno bien sellado; son expresiones contundentes del autor.

⁷⁴ La escasez de un recurso no merece siempre una simplona respuesta, poco ocurrente o creativa, como sería la de obtener más recursos sino de hacer más eficiente y aprovechar lo disponible. Supóngase que en la universidad, al final de los semestres, hay una demanda inatendible para usar ordenadores, la propuesta no debe ser necesariamente adquirir más equipo sin antes explorar otras opciones como inducir a los usuarios a anticipar sus trabajos, racionando el tiempo de uso para que se aprovechen de manera más consistente, ampliando los horarios de atención en esos períodos, rentar equipo para esas temporadas, reprogramar el uso de equipo que se utilice en otras actividades o funciones, etc. Y sólo que ninguna de esas alternativas sea factible, entonces será justificable y plausible recomendar la compra de más equipo.

mada en cuanto a explicación y cuidando que sea robusta la justificación, lo que implicaría que sea válida y verdadera o, cuando menos, correcta y probable.

Deberá privilegiarse el señalar las causas o presupuestos, incluyendo las descripciones, sólo en la medida de lo relevante y en razón, precisamente, del problema que se dilucida y con el primordial objetivo de justificar, razonadamente, la decisión.

Para lo cuál se requiere la expresión, más clara y suficiente pero sintética posible, de las circunstancias así como reglas o enunciados normativos necesarios pero, se insiste, sólo de los indispensables para llegar a la conclusión.

Conviene recordar el modelo «CRAC» útil para estructurar información y justificar la decisión.

Desde el punto de vista pragmático, un giro retórico, a manera de exordio, que logre conmover al auditorio, nunca estará de más.

5.4.2.4. Líneas argumentativas

Algunas ideas —sólo sugerentes— para construir el modelo de la o las líneas argumentativas pueden ser en el sentido de establecer:

- Cuál es el tema y el problema.
- Formulación de pregunta que induzca a pensar en alternativas o hipótesis.
- Invocación sumaria e indispensable de los antecedentes relevantes de la sentencia reclamada, *circunstancias* del caso o *hechos*.
- Garantía presuntamente violada, marco normativo.
- Calificación de los *hechos*, invocando reglas o principios conductes.
- Enunciado *normativo ad hoc* que sustente la decisión asumida.
- Invocación de los razonamientos pertinentes⁷⁵ que, como reglas de paso,⁷⁶ justifiquen de manera razonable y convincente —no arbitraria— como llegar de manera ineludible o plausible a la conclusión pretendida.⁷⁷
- Aplicación de precedentes o teorías.
- Conclusión o tesis esencia de la decisión. En ciertos casos, puede convenir justificarla externamente por sus consecuencias, valores o naturaleza.
- Evaluación pragmática y consecuencialista de lo decidido. Intentar predecir las posibilidades y ventajas derivadas de lo resuelto.
- Como apoyo retórico, en casos dudosos puede fortalecer al razonamiento, ilustrar con un argumento de reducción al absurdo lo inconsecuente de una solución distinta.

⁷⁵ Especialmente, generalizaciones, máximas de experiencia, datos estadísticos, etcétera.

⁷⁶ Entre y a partir de las circunstancias o datos y la conclusión, es la garantía

⁷⁷ *Ratio decidendi*, *obiter dicta* y *ratio iuris*, como ejemplo de lo que la justificación requiera

- ▶ Examen o verificación de la corrección argumentativa para evitar razonamientos, planteamientos o consideraciones absurdas u ociosas, que por innecesarias no favorecen a la justificación y si complican o dificultan la comunicación.

Una estructura silogística bien cuidada siempre será esencial para inducir y convencer ante la demostración basada en un modelo de expresión racional.

5.4.2.4.1. Herramientas sintácticas y semánticas

Una adecuada construcción y desarrollo de las líneas argumentativas, requiere vincular, correlacionar o conectar —a modo de una cadena, con distintos eslabones—, los enunciados abstractos de la norma o institución con los hechos o circunstancias concretas y particulares del caso delimitado.

Esta problemática hace años se la planteó ya Recasens⁷⁸ concluyendo que, efectivamente, el intérprete y aplicador de la norma, debe construir esa cadena de razones:

...como la realidad social en la que se van a aplicar las leyes es necesariamente concreta, para aplicarlas resulta indispensable individualizar la norma, convertirla de general en individual, transformando los conceptos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares.

Esta idea de cómo se interpreta y aplica la ley, llevando los enunciados abstractos de la ley a versiones paulatina y cada vez más concretas y específicas que lleguen a emparentar y coincidir con aspectos absolutamente concretos, tal como son los hechos del caso, implica construir cadenas o puentes paulatinos e intermedios que decanten concreción y especificidad, tendente a corresponder y armonizar con las circunstancias del caso.

Precisamente y con el objeto de explicar el desarrollo de estas líneas o cadenas argumentativas, es que deben irse integrando e intercalando enunciados que, a manera de garantías, permitan pasar paulatinamente de enunciados absolutamente abstractos a otros más concretos y casuísticos hasta culminar en la conexión y pertinencia de correlación con los hechos relevantes del caso.

En este sentido, en un muy interesante desarrollo, Cerdio explica como, aplicando la metodología de las garantías de Toulmin, es posible ir construyendo, justificando y razonando, la conexión e interrelación de enunciados.⁷⁹

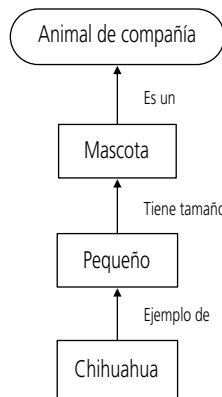
En algunas ocasiones, la representación formal de la estructura del material normativo así como sus propiedades, no basta a los propósitos del investigador. Bien sea porque es posible que cada condición requiera de información adicional para

⁷⁸ Recasens Siches Luis 2005 citado por Hallivis Pelayo Manuel (2007: 53).

⁷⁹ Cerdio Jorge, 2009, Metodología, informática y derecho. El valor del método, ITAM, Departamento de Derecho, pendiente de publicar.

su aplicación o bien, porque algún predicado involucrado expresa un concepto indeterminado. Es aquí donde es útil emplear algunas herramientas semánticas para representar conocimiento.

Una red semántica⁸⁰ es una herramienta que puede ser usada para representar el sistema de condiciones y conceptos que presuponen las normas. La idea que subyace a las redes semánticas es que el significado de un concepto depende del modo en que se encuentre conectado con otros conceptos. En una red semántica, la información se representa como un conjunto de nodos conectados unos con otros mediante un conjunto de flechas etiquetadas que representan las relaciones entre los nodos. La red contiene tanto los predicados contenidos en las normas como ejemplos de los mismos. La siguiente es una red semántica para el predicado ‘animal de compañía’ que aparece en el Art. 2 del ejemplo 1.0 anterior:⁸¹



En esta red se muestran varios nodos. En la parte superior se indica el predicado que aparece como parte del antecedente de la norma que expresa el Art. 2. En el nodo inmediatamente inferior se muestra el predicado “mascota” y una flecha que indica la relación conceptual entre los nodos: un animal de compañía es una mascota. Otro tanto se aprecia respecto del nodo inferior a “mascota”, en donde se expresa que una mascota puede tener un tamaño “pequeño”. Por último, el nodo “chihuahua” es un ejemplo de una mascota pequeña y por ende, de un “animal de compañía”. Las redes neuronales muestran una estructura jerárquica entre los conceptos, de tal forma que existe una herencia de propiedades mediante tal estructura: los atributos que tenga el concepto “animal de compañía” —esto es, ser una

⁸⁰ Para una visión actual de esta herramienta así como sus múltiples aplicaciones informáticas véase Sowa, John F. (ed.), *Principles of Semantic Networks: Explorations in the Representation of Knowledge*, Morgan Kaufmann Publishers, San Mateo, 1991.

⁸¹ Ejemplo 1.0. Considérese el siguiente cuerpo normativo:

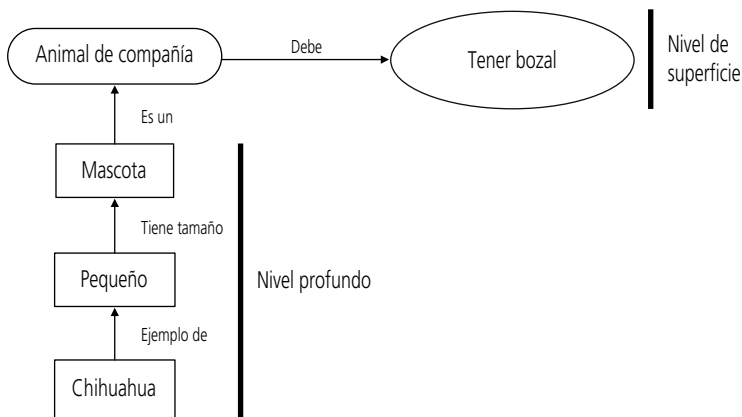
Artículo 1°. Se considera que toda mascota pequeña es un animal de compañía.

Artículo 2°. Todo animal de compañía debe traer bozal.

Artículo 3°. Todo animal de compañía sin bozal será incautado.

mascota pequeña— los heredará cualquier ejemplo del mismo.⁸² En el ejemplo, hemos construido las relaciones entre los conceptos a partir de la definición contenida en el artículo 1º, pero esto no es necesario. Es posible que las relaciones sean obtenidas de diversas fuentes, de un sector de la dogmática o los tribunales.

Por otro lado, es útil notar que ahora la representación de las normas posee niveles, en donde el primer nivel o de superficie se corresponde con los predicados expresados en el texto a representar y un segundo nivel o de profundidad se corresponde con la red semántica de cada predicado del nivel de superficie.⁸³ La siguiente es una representación de los artículos 1 y 2 del ejemplo 1.0 anterior:



En el nivel profundo pueden construirse varias redes semánticas. El límite es impuesto en términos pragmáticos por el investigador: han de construirse tantos nodos como se requiera para esclarecer el conjunto de condiciones que determinan la presencia o ausencia de cada una de las condiciones del nivel de superficie. Las condiciones y sus relaciones son descripciones que el investigador toma del material normativo o bien que estipula de otras fuentes. En cualquier caso, la ventaja es que se muestra en forma expresa los criterios implícitos que subyacen a la comprensión de la norma, jurisprudencia o texto normativo.

En la red semántica anterior se incluye un ejemplo del concepto. Proporcionar ejemplos de un concepto es central a su comprensión: se dice que un concepto o término es comprendido si es posible mostrar un ejemplo de aplicación del mismo.

⁸² En muchos aspectos —aunque con diferente origen— el concepto de red semántica es similar al de *estructura profunda* de las *gramáticas generativas*. Ambos pueden ser útiles para abordar problemas de interpretación de normas. En la literatura jurídica, uno de los primeros en explorar su utilidad para explicar problemas de interpretación fue Roberto Vernengo; véase su obra *La interpretación literal de la ley*, 2da. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

⁸³ Los niveles y secuencias como forma de representar conocimiento jurídico fue propuesto por Guibourg, a quien sigo a lo largo de todo este trabajo. Véase Guibourg, R. A., *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, Fontamara, México, 1997.

En la mayoría de redes semánticas, se proporciona un ejemplo sin mayores justificaciones —no se explica la razón por la que ese objeto o situación es un ejemplo del concepto—. No dar cuenta de los problemas de aplicación de los conceptos muestra una limitación de las redes semánticas. Para el jurista, es útil dar cuenta de los problemas de aplicación de conceptos.

En términos de interpretación jurídica, es común distinguir entre problemas de significado de los textos legales y problemas de aplicación de los textos, una vez interpretados. Esta distinción sigue una línea teórica conocida que distingue, para un lenguaje natural, entre los problemas de significado de un término de clase —por ejemplo, definir el término “asteroide”— y los problemas de identificación de objetos, situaciones o contextos a los que el término se aplica. Mientras que la primera es una tarea conceptual, la segunda es empírica. Calificar de relevantes ciertos hechos es una tarea de clasificación: el hecho de que Pedro decapitó a Juan es clasificable como homicidio.

Clasificar es también un componente básico de la resolución de problemas para un sistema informático: constituye la habilidad del sistema para determinar si un conjunto de hechos son un ejemplo de una determinada categoría. En el contexto de la tarea de clasificación, un argumento es un conjunto de pasos de razonamiento que justifican la clasificación de un conjunto de hechos o caso. Los argumentos son importantes porque determinan el conocimiento para la resolución de problemas. Hay dos tipos de argumentos para justificar una clasificación. Por un lado, la justificación basada en reglas: una conclusión acerca de un caso está justificada por una regla si los hechos del caso se corresponden con el antecedente de la regla. Por otro lado, la justificación basada en ejemplos: una conclusión acerca de un caso está justificada por la similitud que guarda el caso con un ejemplo al que la conclusión se aplica.⁸⁴ En una justificación basada en reglas, las condiciones son expresadas en forma general, mientras que en los ejemplos, las condiciones son específicas (i.e. localizadas en el tiempo y el espacio).⁸⁵ En cualquier caso, es relevante notar que sirven como garantías⁸⁶ para adjudicar conclusiones o consecuencias a situaciones nuevas. Una combinación de ambos tipos de garantías para esquematizar el razonamiento sirve para justificar la clasificación de ciertos hechos y atribuirles una calificación normativa.

Lo anterior se hace mediante la elaboración de diagramas de garantías.⁸⁷ Esta herramienta muestra el razonamiento con garantías que justifican el paso de nivel semántico al nivel fáctico, esto es, del significado de los términos generales a su aplicación. Por ejemplo, considérese el siguiente texto normativo (ejemplo 2.0) junto la descripción de ciertos hechos:

⁸⁴ Para una revisión básica del uso de la justificación basada en casos, aplicada al derecho, puede consultarse Ashley, K., “Case-based reasoning and its implications for legal expert systems” en 1 (2-3) *Artificial Intelligence and Law* (1993).

⁸⁵ Hart hacía una distinción similar cuando analizaba las formas en las que se podían comunicar pautas generales de conducta. Véase Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 151 y ss.

⁸⁶ Esta expresión es similar al uso que le da Toulmin. Toulmin, S. E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.

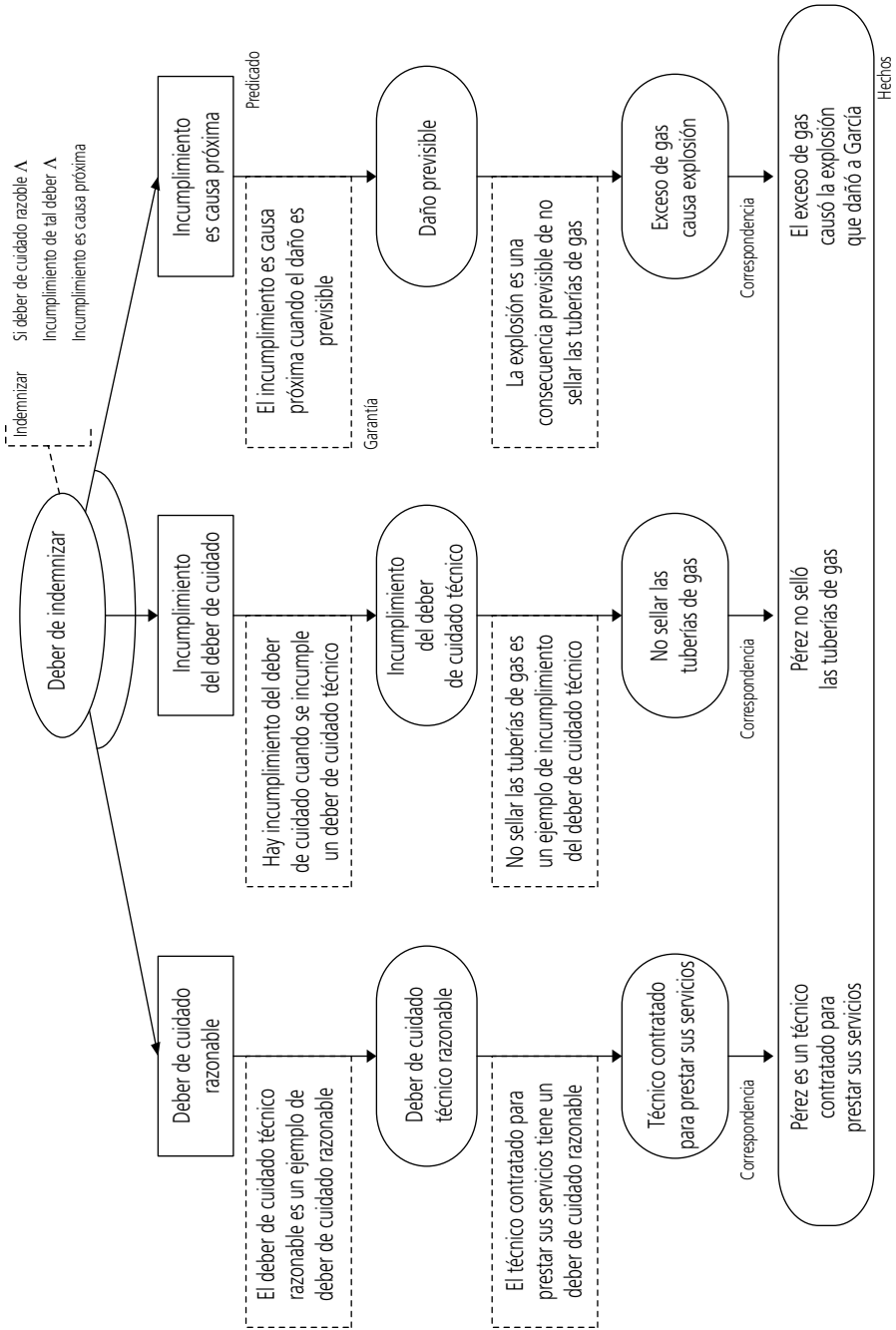
⁸⁷ A este respecto sigo la forma de diagramas que propone Amarel, S., “On representations of problems of reasoning about actions”, en Michie, D. (ed.), *Machine Intelligence, Volume 3*, Edinburgh University Press, Edimburgo (1968), pp. 131-171.

“Art. 1734. Una persona debe indemnizar los daños y perjuicios que ocasione a otra, por negligencia, cuando: (1) la primera persona le debía un deber de cuidado razonable a la segunda, (2) la primera persona incumplió con su deber de cuidado y (3) el incumplimiento fue la causa próxima de los daños sufridos por la segunda persona”.

“El señor García contrató al señor Pérez —técnico especializado en instalaciones de gas— para que le instalara un sistema de calefacción. Durante la instalación del equipo el señor Pérez omitió sellar las tuberías de gas. Cuando el calentador fue accionado por primera vez, el exceso de gas provocó una explosión que le ocasionó quemaduras graves al señor García”.

El texto anterior expresa una regla que establece como conclusión, el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados. La conclusión está justificada cuando se cumplen las condiciones que la regla prevé: que exista un deber de cuidado razonable, que se incumpla el deber de cuidado y que el incumplimiento sea la causa próxima del daño. La tarea de clasificación consiste en mostrar que los hechos del caso son ejemplos de las condiciones —términos de clase— que la regla establece para su conclusión.

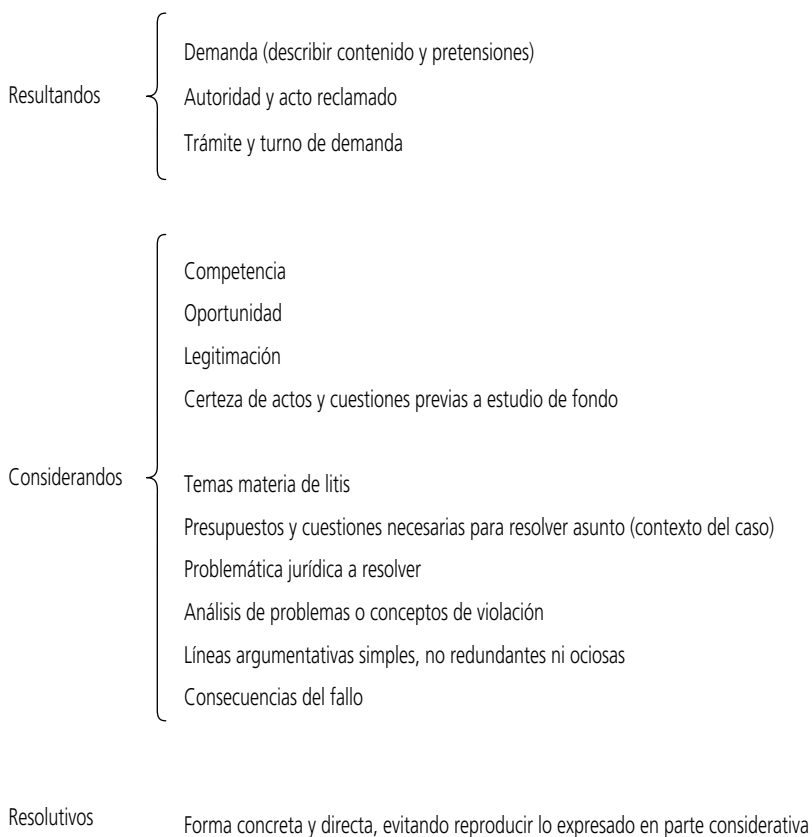
La justificación de la aplicación de la regla a los hechos descriptos se expresa mediante un diagrama de garantías. El diagrama presenta en su parte superior la conclusión del razonamiento —en este caso, el deber de indemnizar. En el nivel inmediato inferior se presentan las condiciones que establece la regla para inferir su conclusión. En el último nivel inferior del diagrama aparece un recuadro con los hechos del caso. El diagrama representa un esquema de razonamiento que muestra la forma en la que los hechos del caso se corresponden con las condiciones de la regla y, por ende, su conclusión se sigue. La correspondencia no es inmediata, pues las condiciones de la regla están expresadas mediante términos de clase, abstractos, mientras que los hechos del caso son individualizados, ubicados en un tiempo y lugar determinado. Entre el término de clase y los hechos del caso, media una serie de condiciones específicas, de menor grado de abstracción, que justifican el razonamiento. En el diagrama, cada nodo inferior es una especificación del inmediato superior: la relación entre ambos está dada por una garantía que aparece expresada en las uniones entre nodos.

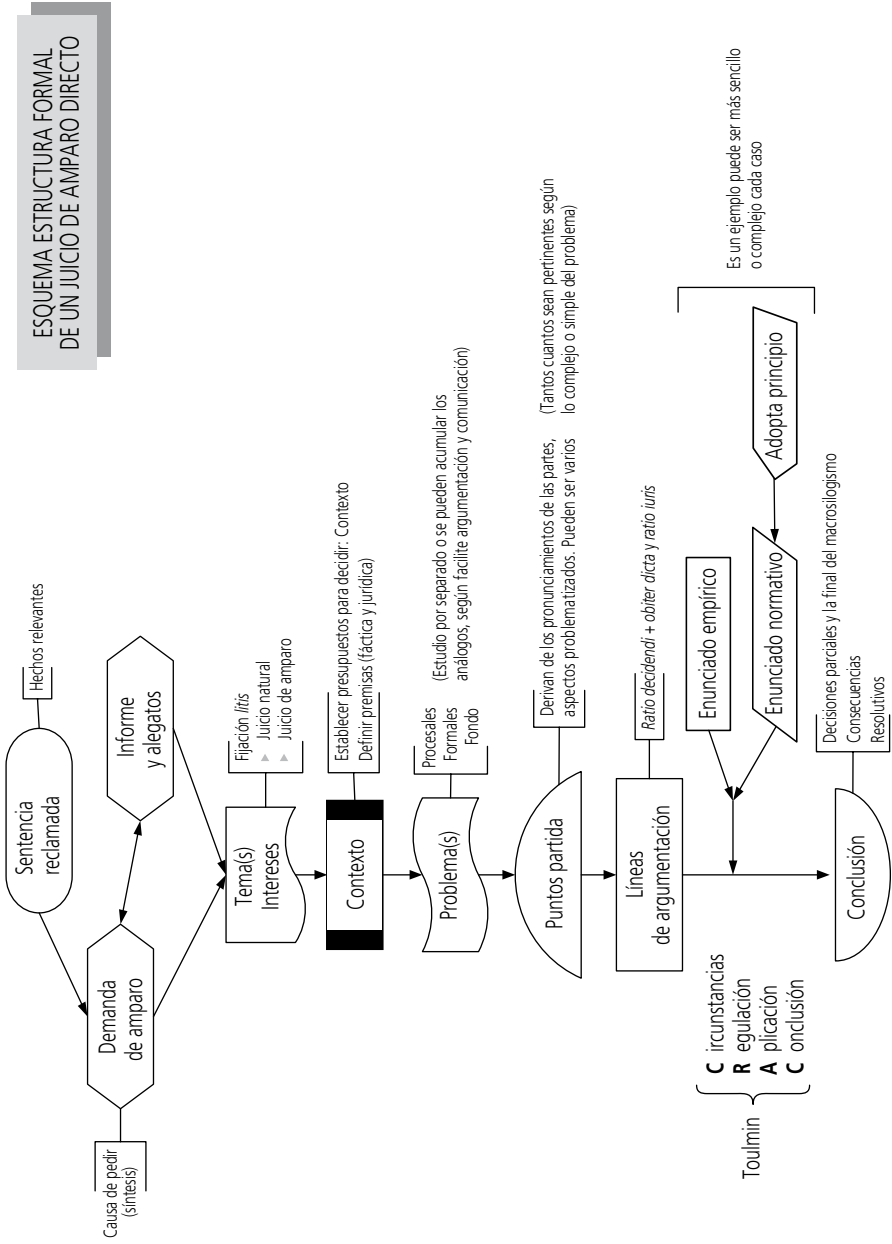


Como se aprecia, los enunciados abstractos y generales se fragmentan o desgranar para, a través de razonamientos intermedios e instrumentales, que hacen el papel de garantías, van dando pauta a nuevas versiones pero cada vez más cercanas a lo concreto de los hechos, de modo tal que es evidente la correspondencia y subsunción de aspectos absolutamente concretos e individuales en las formulaciones plenamente abstractas y genéricas del texto legal.

5.4.2.5. Esquema de sentencia en amparo directo

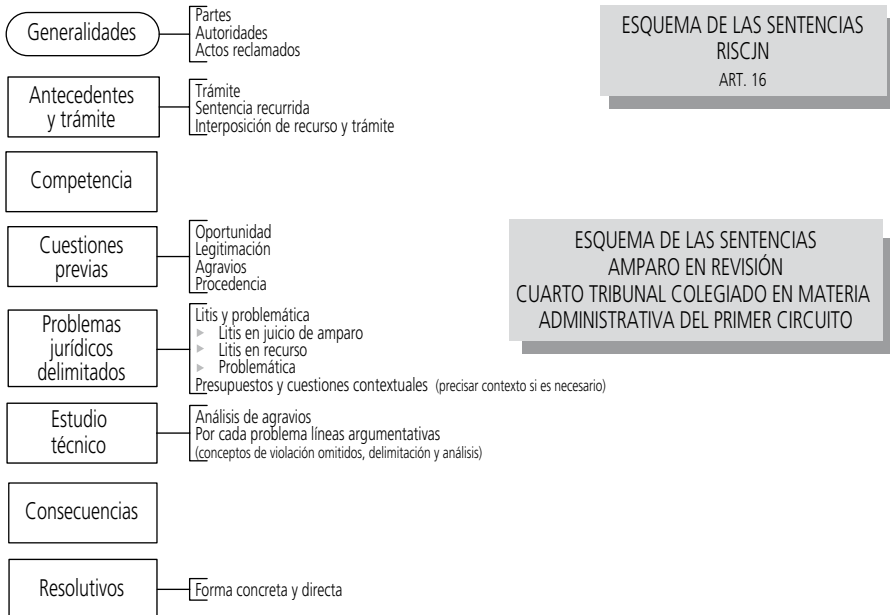
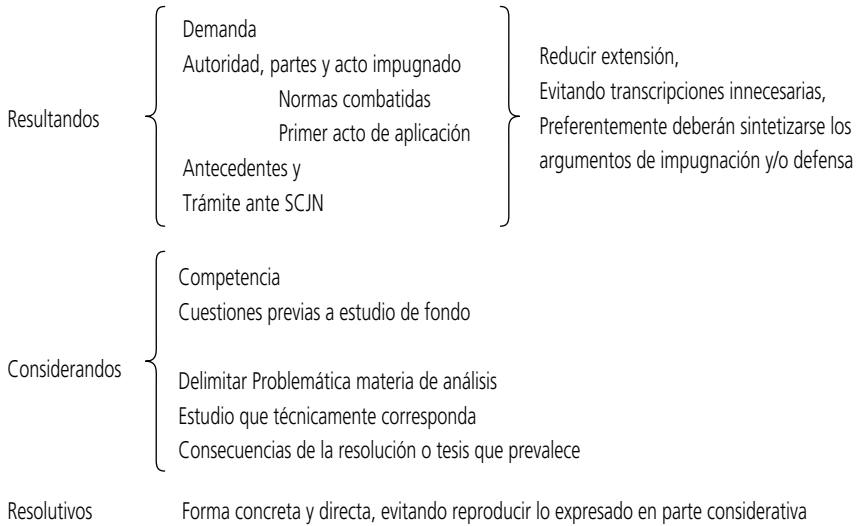
En seguida aparece el esquema de la estructura de una sentencia en un juicio de amparo directo, típica de un tribunal colegiado de circuito, de conformidad con las ideas expuestas:





5.4.2.6. *Esquema de sentencia en amparo en revisión SCJN*

Ahora se presenta el esquema de la estructura de una sentencia en un juicio de amparo en revisión, típica de la SCJN o de un tribunal colegiado de circuito de conformidad con lo expuesto:

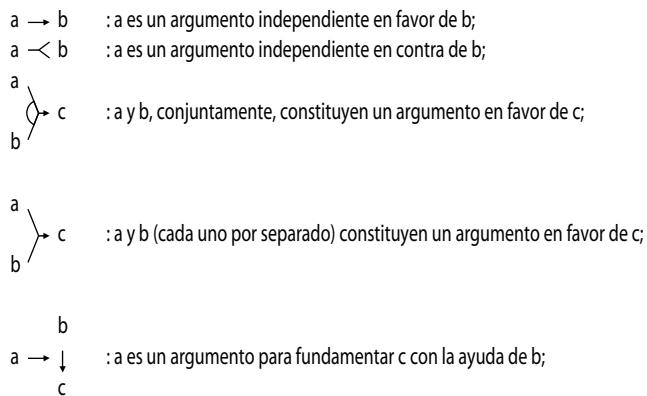


5.4.2.7. Esquema de representación que Atienza propone

Atienza (1993: 240-247) propone una teoría que de cuenta, entre otros temas, de una adecuada representación de la argumentación. Para conseguirlo, propone que los argumentos jurídicos se representen en sus tres aspectos:

- ▶ Sintáctico.—Implica dar cuenta de las posiciones y relaciones que guardan los argumentos entre sí (causales, consecuentes, independientes, dependientes, de apoyo sea por separado o de manera conjunta, como fundamento o apoyo para el paso de un enunciado a otro a modo de puente).
También debe permitir la notación, dar cuenta de la modalidad o relaciones de inferencia (deductiva o inductiva) entre enunciados o premisas.

Para construir los esquemas habrá de utilizarse la siguiente simbología:



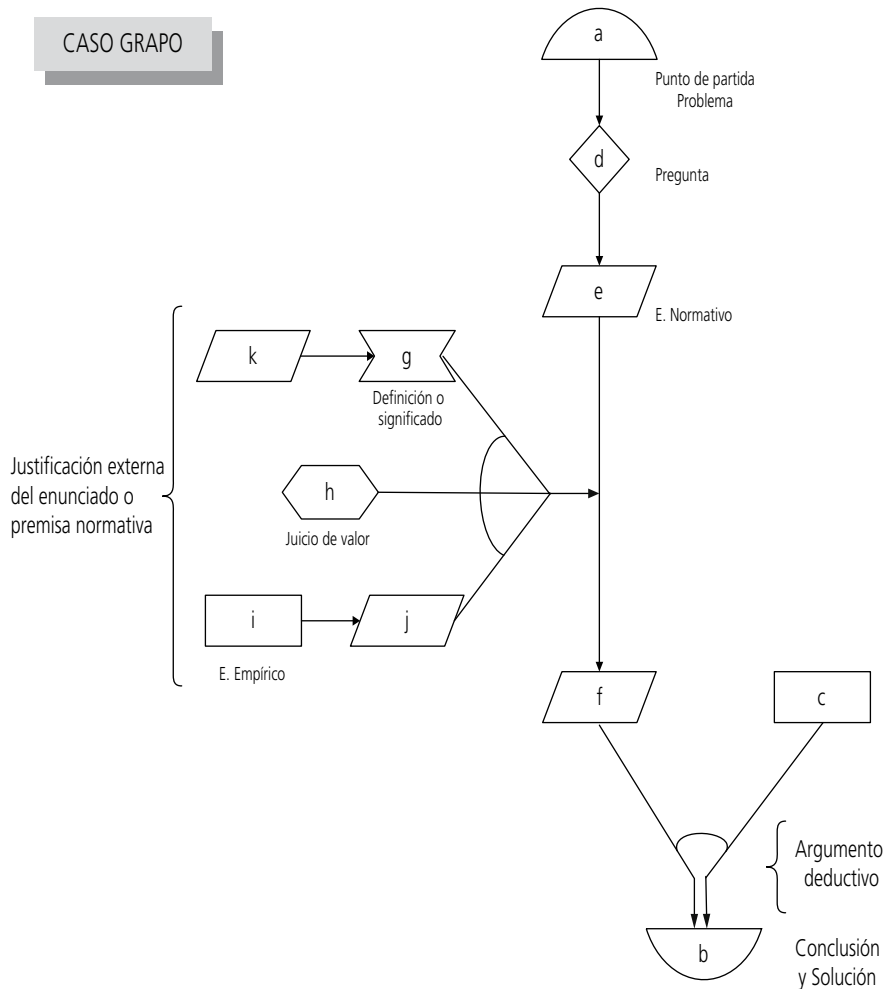
El uso de \Rightarrow en lugar de \rightarrow significa que el argumento es deductivo. Esta modalidad de representación corresponde a la dimensión formal.

- ▶ Semántico.—El contenido y sentido de los enunciados, se representa por letras minúsculas: a, b, c, etc. El objetivo concierne con la corrección material de los enunciados.
- ▶ Pragmático.—Indicará el tipo de acto de lenguaje que se pretende despliegue el enunciado, tales como planteamiento de un problema, afirmación de un enunciado empírico, adopción de un enunciado normativo, formulación de una pregunta, asunción de un juicio de valor, adopción de un principio, etcétera.

Esto en razón que los enunciados tienen un fin práctico para ganar una discusión (enfoque dialéctico de la argumentación) o convencer a un auditorio

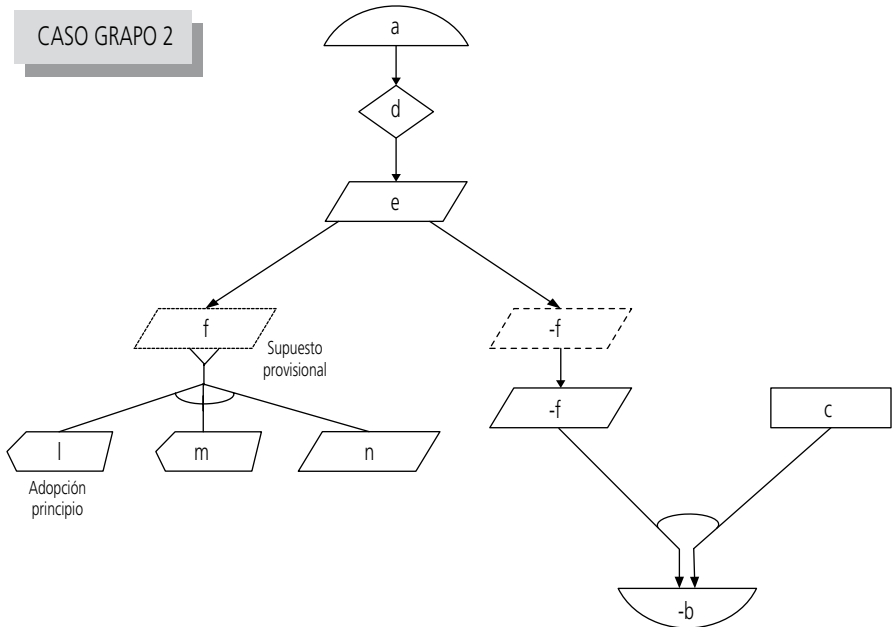
(enfoque retórico), lo que impone acudir a muchas más disciplinas que la lógica formal.

En seguida un ejemplo de cómo representa Atienza la línea argumentativa principal en el caso *Grapo*, una sentencia polémica del Tribunal Constitucional español.



88 En este esquema f es la premisa o enunciado normativo final y c el fáctico a partir de los cuales se deduce b.

La sentencia citada plantea, a mayor abundancia, un razonamiento de reducción al absurdo, indicando como la hipótesis de una tesis opuesta (f) a la que sostiene la decisión, (-f) viene a poner en evidencia los argumentos que sustentarían tal decisión, que, al ser inadmisibles, reiteran y respaldan, implícitamente, la corrección de lo decidido. En seguida el esquema correspondiente:



Al apreciar los esquemas en su conjunto, resulta que las nuevas premisas vinculadas a la conclusión, dan cuenta de cómo se colma el esquema de justificación interna.

5.4.2.8. Otros esquemas

Poder ilustrar de manera gráfica los argumentos o las decisiones y, en especial, las líneas argumentativas que forman parte de ellos, permite depurar, corregir y evitar razonamientos ociosos o irrelevantes. Algunos de los objetivos que se pueden conseguir son:

- ▶ Analizar adecuadamente los procesos de argumentación para comprobar su corrección o la manera de enmendar deficiencias.
- ▶ Contemplar de manera integral, en cada línea argumentativa, sus ele-

mentos: Tema, argumento y conclusión, los que deben estar encadenados y correlacionados.

- ▶ Las líneas de argumentación deben contener y contemplar, sólo enunciados o pronunciamientos⁸⁹ útiles, evitando los inútiles u ociosos; así como los relativos o pertinentes a otros temas que deben ser eliminados o dispuestos en el sitio pertinente y adecuado.
- ▶ Limitarse tan sólo a los necesarios y conducentes para obtener un ulterior efecto o consolidar y justificar un razonamiento secuencial.
- ▶ Comprobar y verificar las relaciones de un argumento con otro, ya sea en favor o en contra; así como los niveles principal o secundario.
- ▶ Poder apreciar de manera clara, la relación de causa, antecedente, condición, apoyo, justificación de paso o inferencia, complementariedad, instrumentalidad o contradicción; para arribar así, justificadamente, a otro enunciado, razón o conclusión.
- ▶ Todos los enunciados deben tener una conclusión, utilidad o resultado.⁹⁰
- ▶ Los puntos de partida, en las líneas de argumentación, deben tener uno de llegada y no quedar inconclusas o desvinculadas de la conclusión.
- ▶ Se debe elegir adecuadamente el punto de partida para obtener que la conclusión derive precisamente del argumento principal y no de uno marginal o secundario. Cuando esto sucede es porque se eligió mal el tema principal o se introdujeron aspectos no relevantes ni pertinentes en el razonamiento.
- ▶ Evidenciar en todos los casos y líneas argumentales, cuales son los temas, problemas y argumentos centrales o fundamentales y cuales los accesorios.
- ▶ Las conclusiones han de ser razonadas y claras, solventes, saturadas y completas. Deben aparecer, por decirlo metafóricamente, dispuestas en un paquete o bloque, no dispersas ni sin referencia de pertenencia o conexión con los demás razonamientos y enunciados que las explican o justifican.
- ▶ Apreciar y corroborar la exhaustividad en el análisis de todos los temas debatidos.
- ▶ Advertir y controlar la congruencia interna y externa de las decisiones.

En seguida se muestra un esquema⁹¹ que pone en evidencia e ilustra una línea argumental defectuosa e ineficiente de una sentencia.

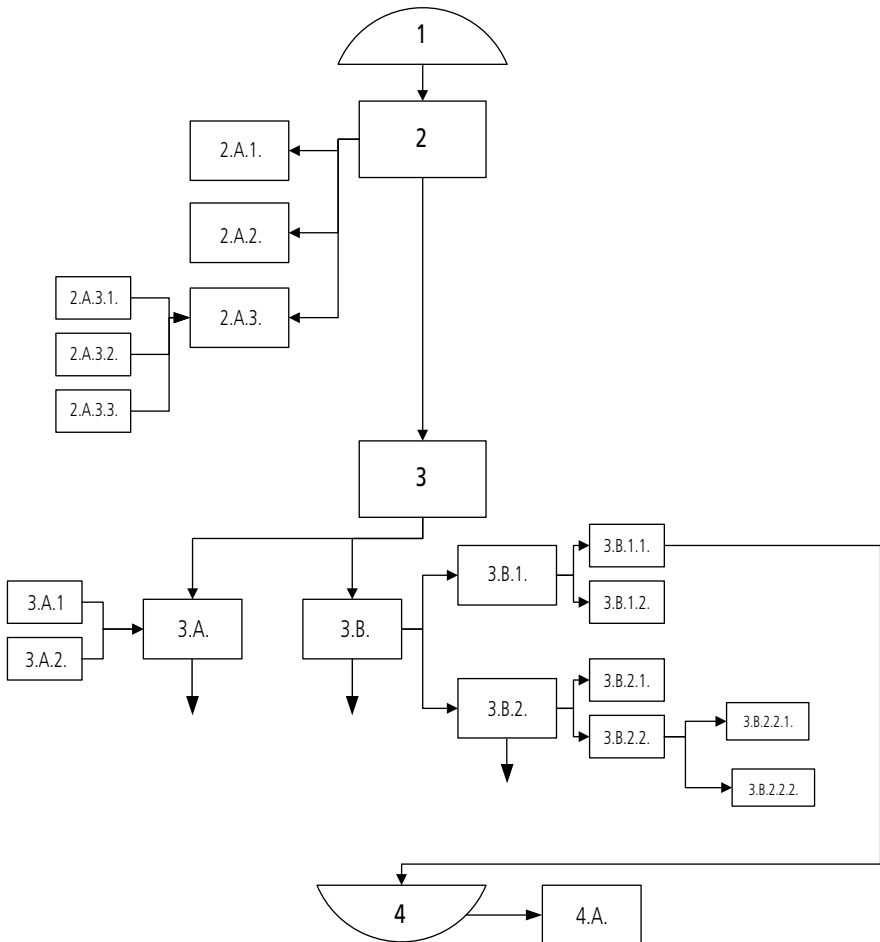
⁸⁹ Planteamientos, razones, enunciados y consideraciones

⁹⁰ Incluso los argumentos *obiter dicta*, no relacionados con la litis, por lo que no tienen poder vinculante, pero que corroboran o complementan la decisión principal, se permiten siempre que sean necesarios para ilustrar el contexto, doctrina, interpretación, teoría o consecuencia que se sustenta o desarrolla en la decisión

⁹¹ Olvera López (2005: 206). Recomiendo de manera especial la consulta de este interesan-

Aparece, en principio, una secuencia lógica un señalar como punto de partida (1) del que se deduce un razonamiento (2) adecuadamente justificado y solventado con base en otros argumentos secundarios; este conduce a un razonamiento (3), sin embargo, éste último, se divide y sólo a partir de una de tales derivaciones surge otra que es la relevante para llegar a la conclusión y punto de llegada (4).

Es evidente que los razonamientos 3.A en su conjunto y 3.B.2 son innecesarios e inútiles. En efecto pudo haberse construido una línea argumentativa directa de 3.B.1.1 a 4 y obviar todo lo demás pues a nada práctico conduce.



te y muy bien logrado ensayo sobre el tema que, de manera pragmática, ilustra la utilidad del método de verificación sobre corrección argumentativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ▶ ALEXY, Robert. *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- ▶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Jueces y ponderación argumentativa*. La Argumentación Probatoria y su Expresión en la Sentencia, México, UNAM-IJ, 2006.
———, *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*, Estudios de Derecho Judicial, Ponencia, Publicación: Lenguaje forense, Núm. Vol.: 32/ 2000, Control: ED0003201, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, España, Páginas: 9-34 http://www.iej.cl/archivos_descargas/LA%20ARGUMENTACION%20PROBATORIA%20Y%20SU%20EXPRESION%20EN%20LA%20SENTENCIA.doc
- ▶ ARISTÓTELES, *Tratados de lógica* (el organón), México, Porrúa, Colección “Sepan Cuantos... No. 124”, 2004.
- ▶ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, hay una reciente reedición de la UNAM, 2003.
———, *El Derecho como argumentación en la obra: jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, México IJ UNAM, 2005.
———, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006, 1ª edición.
———, *El Derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003, México, Fontamara, 2004.
———, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2003, 2ª edición.
- ▶ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad. Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico, Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 13, México, ITAM, octubre 2000.
———, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, DOXA 24, <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>. 2001.
- ▶ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El control constitucional de amparo*, México, Trillas 1990.
- ▶ CALVO González, José. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio, (Universidad de Málaga) 29/8/2006 <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/molonarrativa.pdf>
———, *Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud*, 22/3/2007 <http://www.uv.es/CEFD/15/calvo.pdf>
- ▶ CARRIÓ, Genaro R. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2ª edición actualizada por el autor con la colaboración de Alejandro Carrió, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II.
- ▶ CERDIO, Jorge. *Metodología, informática y derecho*. El valor del método, ITAM, Departamento de Derecho, pendiente de publicar, 2009.
- ▶ CHESÑEVAR, Carlos Iván, MAGUITMAN, Ana Gabriela y RONALD PRESCOTT, Loui. Logical Models of Argument ACM Computing Surveys. Vol. 32, No. 4, 2000 <http://cs.uns.edu.ar/~cic/publications.htm>
- ▶ CLIMENT DURÁN, Carlos. *La estructura del razonamiento de las sentencias penales*, <http://www.google.com.mx/search?client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Aes-AR%3Aofficial&channel=s&hl=es&q=Climent+Dur%C3%A1n%2C+Carlos+LA+ES>

- TRUCTURA + DEL + RAZONAMIENTO + DE + LAS + SENTENCIAS + PENALES + &meta = &btnG = Buscar + con + Google 20 de Marzo de 2003
- ▶ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
 - ▶ COPI, Irving M. y COHEN, Carl. *Introducción a la lógica*, México, Limusa Noriega, 2004.
 - ▶ DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y Normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
 - ▶ ———, Notas sobre el razonamiento jurídico, en la obra: *El Derecho Contemporáneo*, México, UAEH Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004.
 - ▶ DEHESA DÁVILA, Gerardo. *Introducción a la retórica y a la argumentación*, 3ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
 - ▶ ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proporción y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 6ª reimpresión.
 - ▶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia*, Valladolid, Lex Nova 2000.
 - ▶ FERNÁNDEZ PELLO Valeria, *Sentencias arbitrarias por Incongruencia*. Defecto en la consideración de extremos conducentes. Seminario de Derecho Constitucional, Universidad del Salvador, 1999.
 - ▶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc
 - ▶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
 - ▶ HALLIVIS PELAYO, Manuel. *Teoría General de la Interpretación*, México, Porrúa, 2007.
 - ▶ KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1983.
 - ▶ MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978.
 - ▶ MORESO I MATEOS, Josep Joan, *Lógica, argumentación, e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006.
 - ▶ NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.
 - ▶ OLVERA LÓPEZ, Juan José. *El diagrama de verificación de la corrección argumentativa*. Su aplicación a un caso práctico, México, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 19, 2005.
 - ▶ ——— y COTA MURILLO, Saúl. *Apuntes de Argumentación Jurisdiccional*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2006.
 - ▶ PLATAS Pacheco, María del Carmen. *Filosofía del Derecho*, Lógica Jurídica, México, Porrúa, 2004.
 - ▶ RIBEIRO Toral, Gerardo. *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Universidad Iberoamericana León, Plaza y Vades, 2003.

- ▶ Rodríguez de Santiago, José María, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ▶ RODRÍGUEZ, Jorge L. y SUCAR, Germán. *Las trampas de la derrotabilidad*. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho DOXA 21, también en *Análisis e Derecho* 1998.
- ▶ SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en Juego* (Playing by the Rules), Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- ▶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta 2002.
———, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons 2008.
- ▶ VANNIER, Guillaume. *Argumentation et droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.
- ▶ VIGO RODOLFO, Luis. *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.
- ▶ WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2004.
- ▶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 27 de julio de 2009 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF

