

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:
UNA INTRODUCCIÓN

ZELA GRUPO EDITORIAL

José Enrique Sotomayor Trelles

Argumentación jurídica: una introducción



ZELA

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: UNA INTRODUCCIÓN

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

© ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
Jr. Lima N° 394, tienda 2, Puno - Perú
Teléfonos: 973215878
RUC: 20601832926
e-mail: zelagrupoeditorial@gmail.com

1ra edición: marzo 2021
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2021-02245
ISBN:

Diseño e Impresión:
MARTELL Acabados Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos - Lima
RUC: 20605426558

Marzo 2021

Todos los derechos reservados.

Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

CAPÍTULO 2

LA ACTIVIDAD ARGUMENTATIVA: ¿QUÉ ES UN ARGUMENTO Y EN QUÉ CONSISTE ARGUMENTAR?

1. Consideraciones introductorias

Uno de los rasgos distintivos de los seres humanos es que somos capaces de tomar decisiones, motivar nuestra conducta o adherir a determinadas posiciones políticas, religiosas, científicas o de cualquier otro tipo basados en razones³. A diferencia de todos los demás seres que habitan el planeta, y de los objetos físicos que en este se encuentran, los seres humanos no solo obedecen a causas físicas y biológicas –el mundo de las causas–, sino que también pueden motivar su comportamiento a partir del ejercicio de la facultad racional. Usando la metáfora del conocido filósofo de la mente y del lenguaje Wilfrid Sellars, los seres humanos habitan constantemente el “espacio de las razones”. Ello quiere decir que, cuando no actuamos irracionalmente, podemos evaluar, ponderar y fabricar razones para motivar nuestro comportamiento.

Piense, por ejemplo, en la diferencia entre los siguientes dos ejemplos: (1) sin saber cómo, pues dormí profundamente anoche, he aparecido sentado en la primera fila de mi salón de clase, a la hora prevista para el inicio de esta y con un lapicero en la mano; (2) me desperté con esfuerzo a las 7 de la mañana, y luchando contra mi natural pereza decidí venir a clase porque

3 He abordado algunas de estas cuestiones en: <http://palestraextramuros.blogspot.com/2018/07/algunos-apuntes-sobre-el-libro-origen-y.html>

me interesa el tema del curso. En el primer caso no hubo decisión alguna involucrada, y mi cuerpo inerte fue simplemente manipulado como cualquier otro objeto físico del mundo. Por ello, es probable que mi padre me vistiera y trajera a clases, y luego se marchara, sin que mediara proceso racional o decisión alguna de mi parte. En contraste con ello, en el segundo ejemplo hubo varias decisiones motivadas por razones que desencadenaron en que me encuentre sentado esperando el inicio de la clase.

Todo lo señalado hasta aquí puede parecer una obviedad en la que pocas veces reparamos en nuestra vida cotidiana. Sin embargo, pensado con más detenimiento son observaciones fascinantes. Piense, por ejemplo, en el instinto que lleva a actuar a los animales (al menos, a la mayoría de estos) y compárelo con la forma en que los seres humanos podemos controlar dichos impulsos e instintos, y canalizarlos racionalmente.

Ahora bien, las razones que motivan nuestro comportamiento pueden ser muy variadas en cuanto a sus características y calidad. Por ejemplo, algunos de ustedes pueden estar leyendo este libro porque simplemente desean aprobar un curso que les parece no tan importante, y en el que no esperan aprender demasiado; mientras que otros leen este material en busca de un auténtico proceso de aprendizaje. En términos muy simples, podemos decir que mientras que los primeros guían su comportamiento basados en razones utilitarias (leo y estudio para aprobar el curso y terminar la carrera), otros lo hacen por razones relacionadas a la realización individual e intelectual (leo y estudio porque deseo entender más sobre la argumentación y la argumentación jurídica). Desde una perspectiva *cognitivista* sobre las razones, es decir, desde una perspectiva en la que nos interesa saber de qué manera las razones influyen en nuestro comportamiento, ambos tipos de razones son igualmente idóneas para motivar al comportamiento, aunque a algunos les parezca que las primeras personas adoptan una perspectiva instrumental o a otros les parezca que los segundos son demasiado idealistas.

Jürgen Habermas (2000) propone distinguir a grandes rasgos a los usos de la razón práctica en tres grandes categorías: (i) usos pragmáticos, (ii) usos éticos y (iii) usos morales. Ello quiere decir que a veces guiamos nuestro comportamiento por el autointerés y la estrategia, otras por la noción de deber, y otras más por la idea de realización personal. Más allá de que este-mos de acuerdo o no con esta tripartición propuesta por el filósofo alemán,

es importante notar que no basta con decir que los seres humanos habitan el “espacio de las razones”, sino que es menester categorizar y estudiar a dichas razones por separado. En tal contexto, la teoría de la argumentación en general, y de la argumentación jurídica en particular, ofrece un arsenal conceptual y analítico para comprender precisamente aquello que nos distingue de las demás especies animales que habitan este planeta: la racionalidad y la capacidad de argumentar. A todas estas cuestiones se dedica el resto del libro.

2. La actividad argumentativa

En esta sección se busca ofrecer una vista panorámica al fenómeno de la argumentación en general, y de la argumentación jurídica en particular. Para ello, buscaremos responder a *tres preguntas fundamentales*: (i) ¿qué es un argumento?; (ii) cuáles son los componentes de una estructura argumentativa?; y (iii) ¿qué es la actividad argumentativa?

Al final del estudio de este capítulo, deberá ser capaz de ofrecer un concepto de “argumento” y “argumentación” que tenga suficiente poder explicativo como para dar cuenta de los principales rasgos de la actividad argumentativa; de identificar los principales componentes de un argumento –tanto aquellos estructurales, como los que dotan de fuerza a los argumentos–; y, finalmente, comprender de qué manera nuestra definición de “argumentación” debe ser modificada y adaptada para dar cuenta de la dimensión dialéctica, es decir, de la interacción entre debatientes que buscan distintos objetivos a través de un intercambio argumental.

2.1. ¿Qué es un argumento?

Habitualmente –aunque con poca conciencia de ello– empleamos argumentos para diversas finalidades, tales como exponer nuestros puntos de vista en una discusión, rebatir los puntos de vista de otras personas, responder preguntas en los exámenes, exponer alegatos frente a un juez o resolver disputas entre personas que han recurrido a nosotros como jueces o mediadores. Piense en los siguientes ejemplos como situaciones en las que echamos mano de la argumentación:

- Responder a la pregunta sobre cuál es el mejor equipo de fútbol del Perú en los últimos veinte años.

- Ofrecer una explicación sobre por qué considero que la película *Parasite* ha sido sobredimensionada por la crítica de cine.
- Explicar las razones por las que estoy de acuerdo con que se requiere una reforma integral del sistema de AFPs.
- Responder a la pregunta sobre cuál es mi pintura favorita de Johannes Vermeer.
- Explicar las razones por las que considero que Daniel cometió el delito de estafa.

Note que no todos estos ejemplos pueden ser comprendidos a partir de un mismo tipo de razones. En el primer ejemplo, si no me dejo llevar por consideraciones emotivas, debería tratar de ofrecer un criterio o parámetro a partir del cual evaluar qué equipo de fútbol peruano es el mejor. Por ejemplo, si mi criterio es “mayor número de copas internacionales ganadas en los últimos veinte años”, el indiscutible ganador sería Cienciano del Cusco, pero si mi criterio es “mayor número de goles anotados en estos veinte años”, o “mejor ubicación de un equipo peruano en el ranking de la IFFHS en los últimos veinte años”, probablemente debería cambiar de equipo en mi elección. Si aceptamos que el criterio correcto para determinar qué equipo es el mejor es el del número de copas internacionales ganadas en estos veinte años, entonces en principio podría bastar con que proponga un argumento del tipo “Cienciano del Cusco es el mejor equipo de fútbol peruano en los últimos veinte años **porque** es el único que ha ganado dos copas internacionales”. Note cuál es la función que cumple la palabra “porque” en ese argumento: marca el paso desde la tesis o conclusión hacia la razón que la sostiene. Entonces, en términos lógicos, podemos reconstruir este argumento al modo de un condicional “ $p \rightarrow q$ ” (si un equipo peruano ha ganado más copas internacionales en los últimos veinte años que todos los demás (p), entonces es el mejor equipo peruano de los últimos veinte años (q)). Aún así, requerimos explicar de qué manera un dato objetivo de la historia del fútbol (que Cienciano ganó dos copas internacionales en el 2003 y 2004) se relaciona con un juicio normativo (que es el mejor equipo peruano de los últimos veinte años) como su conclusión. Volveremos sobre ello más adelante.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si alguno de mis interlocutores pone en duda o cuestiona el criterio propuesto? En este caso, estaría poniéndose en

cuestión que el criterio que he ofrecido sea idóneo para determinar cuál es el mejor equipo peruano en los últimos veinte años. Es importante apuntar que, en tal escenario, la discrepancia se habría trasladado a la razón por la cual yo he concluido algo, y, con ello, se ha iniciado un proceso argumentativo dialéctico. La argumentación, entonces, puede tener varios niveles o capas, y mientras más de estas tenga, más complejo se hará el proceso argumentativo.

Pero volvamos a lo que señalamos más arriba. No todos los ejemplos propuestos admiten el mismo tipo de razones: por ejemplo, para determinar si Daniel cometió o no el delito de estafa, el argumento correcto consistirá en identificar el tipo penal pertinente dentro de una fuente de Derecho válida y vigente —en este caso, el artículo 196 del Código Penal— y argumentar que se cumple cada uno de los elementos del tipo, y que además no existen causales de falta de antijuridicidad ni de falta de culpabilidad (siguiendo una caracterización estándar del delito como un comportamiento típico y antijurídico, personalmente imputable). En cambio, para argumentar sobre las razones por las que considero que *Parasite* ha sido sobredimensionada por la crítica de cine, podría ofrecer consideraciones estrictamente técnico-cinematográficas (por ejemplo, que la fotografía o la iluminación no son buenas), estéticas, sociológicas o de diverso tipo. Todo ello hace que mis razones puedan ser puestas en interacción con las de otras personas, iniciando un proceso de intercambio de puntos de vistas. Así, si bien se suele sostener que en el arte no hay verdades, es cierto que hay opiniones mejor fundamentadas que otras: no es lo mismo decir que *Parasite* es una mala película porque no la entendí, que decir que es mala porque las actuaciones no son creíbles y el argumento es forzado. Si bien el segundo punto de vista es discutible, está mejor fundamentado que el primero, que simplemente extrae un juicio de valor sobre la calidad de una película, a partir de impresiones subjetivas en el espectador. Por ello, cada vez que escuche decir que todas las opiniones se respetan y valen por igual, mire con sospecha a su interlocutor, pues no estará notando que más allá de las reglas de respeto mutuo entre debatientes, hay algunos que ofrecen mejores razones que otras, incluso en el arte.

Finalmente, en el tercer escenario —explicar las razones por las que estoy de acuerdo con que se requiere una reforma integral del sistema de AFPs— puede ser muy importante un tipo de razones que abogados y filósofos suelen pasar por alto: las razones basadas en las consecuencias. Por ejemplo,

los efectos macroeconómicos de una reforma profunda del sistema de AFPs podrían hacer desaconsejable una reforma integral en el contexto actual, e incluso si creemos que la reforma debe proseguir, considerar las variables asociadas a las consecuencias parece aconsejable para tomar una decisión más racional y ponderada. En el Derecho ocurre algo parecido cuando se discute, por ejemplo, la pertinencia de endurecer penas sobre determinados delitos, aún cuando los estudios criminológicos apuntan a que no existe una relación clara entre la gravedad de las penas y la recurrencia de los delitos.

Toda esta discusión nos puede dejar con cierto desasosiego: a pesar de su aparente claridad y obviedad, la actividad argumentativa es demasiado compleja y sus manifestaciones muy diversas como para poderlas abordar a partir de una teoría abarcadora. Si bien esta impresión tiene un importante elemento de verdad (por el que algunos autores prefieren hablar de diversos contextos de argumentación), sí es posible ofrecer algunas definiciones generales que se aplican a todos los contextos argumentativos por igual. Veamos.

2.2. Algunas definiciones sobre qué es un argumento

Ofrezcamos y analicemos dos definiciones sobre qué es un argumento propuestas por autores como Copi, Cohen, Atienza y Toulmin et al.

Para Copi y Cohen (2014):

“Tal como los lógicos utilizan la palabra, un argumento es un grupo de proposiciones del cual se dice que una de ellas se sigue de las otras, consideradas como base o fundamento para la verdad de este. (...) Para que pueda decirse que existe un argumento, tiene que haber alguna estructura en ese conjunto de proposiciones, una estructura que capture o muestre alguna inferencia. Esta estructura se describe utilizando los términos premisa y conclusión” (p. 7).

Desde nuestro punto de vista, en la definición de Copi y Cohen se enfatizan tres cuestiones: (i) que un argumento es un conjunto de proposiciones; (ii) que este conjunto cuenta con cierta estructura u orden; y (iii) entre las premisas y la conclusión existe una relación por la cual la conclusión se sigue de las premisas.

Por su parte, Atienza (2016), reconstruyendo parte de la obra de Stephen Toulmin, señala:

Por lo que se refiere a *argumento*, se diferencian dos sentidos del término. En un primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento (*a train of reasoning*), esto 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”. En el segundo sentido, los argumentos o, mejor, las disputas argumentativas (en inglés *argument*, en una de sus acepciones, significa debate, discusión) son algo en que la gente se ve envuelta, esto es, son “interacciones humanas a través de las cuáles se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento” (p. 139).

En esta cita se defiende la tesis de que se puede distinguir entre dos sentidos de la palabra “argumento”: (i) un sentido que hace referencia a la estructura del razonamiento, y (ii) un sentido que hace referencia a una disputa o interacción humana, en la que se discuten tramos de razonamiento. El primero de estos sentidos se relaciona con la definición ofrecida por Copi y Cohen, mientras que la segunda hace referencia a lo que podríamos llamar “dimensión dialéctica” de la argumentación, esto es, a la argumentación viva en los procesos de debate y cuestionamiento entre oradores.

Sintetizando las dos definiciones hasta aquí expuestas, podemos ofrecer un concepto de “argumento” más abarcador. El mismo se presenta a continuación:

Un argumento es un conjunto de enunciados o proposiciones que cuentan con cierta estructura. Esta estructura nos lleva desde las premisas hacia la conclusión, de forma tal que las premisas ofrecen respaldo para poder concluir algo. Finalmente, a nivel de la interacción humana, un argumento o conjunto de argumentos pueden ser puestos en cuestión por algún otro hablante, con lo que se desencadena una actividad o interacción argumentativa.

Desde nuestro punto de vista, la definición propuesta nos permite conciliar, en cierta medida, tres enfoques usuales en los estudios sobre la argumentación general: el enfoque lógico, el enfoque pragmático y el enfoque dialéctico. Veamos cómo.

2.3. El enfoque lógico: un brevísimo esbozo

Desde el punto de vista lógico, un argumento es una estructura de razonamiento compuesta por premisas y conclusión, y, en la cual, la conclusión se sigue de las premisas a partir de un esquema válido de razonamiento. Dichos esquemas llevan siglos siendo analizados por filósofos y lógicos –de entre los cuales, Aristóteles tiene un lugar preponderante–, e incluyen formas tales como el Modus Ponens, Modus Tollens, Silogismo Hipotético Puro, entre otros. En un arranque de optimismo que demostró ser excesivo y errado a la luz de los enormes avances de la lógica desde fines del siglo XIX y todo el siglo XX, Immanuel Kant dijo:

“Que la lógica ha tomado (...) curso seguro ya desde los tiempos más antiguos, se nota en que desde Aristóteles no ha tenido que retroceder ni un paso (...). También es notable en ella que no haya podido tampoco, hasta ahora, avanzar ni un solo paso, y que por tanto parezca, según todas las apariencias, estar concluida y acabada” (CRP, B VIII, p. 15).

Si bien Kant pudo estar en lo correcto con referencia a los avances de la lógica de su tiempo, pues hasta hoy seguimos estudiando y enseñando los llamados silogismos aristotélicos (que, además, pasaron por el tamiz de la obra de los filósofos medievales quienes los estudiaron con detenimiento y dedicación); definitivamente estaba equivocado con la apariencia de ciencia concluida y acabada que atribuía a la lógica. El legado de autores como Gottlob Fregue, Alfred N. Whitehead, Kurt Gödel, Alfred Tarski, Bertrand Russell, G. H. von Wright, entre muchos otros, así lo demuestra. Lamentablemente el análisis de estas cuestiones excede largamente la finalidad de estos apuntes introductorios.

Volviendo a nuestro análisis, tomemos el siguiente ejemplo: “Si Daniela es una ciudadana, entonces posee derechos fundamentales. Daniela es una ciudadana. Por ende, Daniela posee derechos fundamentales”. Este argumento puede ser analizado echando mano de las herramientas que nos ofrece la lógica proposicional. Así, podemos identificar las dos siguientes premisas:

p: Daniela es una ciudadana.

q: Daniela posee derechos fundamentales

Ahora bien, empleando el operador lógico de consecuencia (\rightarrow), podemos representar el argumento mediante el siguiente esquema:

Premisa 1: $p \rightarrow q$

Premisa 2: p

Conclusión: q

En la jerga lógica, este argumento es una instancia de Modus Ponens, y, en tal medida, se trata de un argumento válido. No obstante, es importante notar que el análisis lógico no nos dice nada sobre la verdad de las premisas, por lo que la validez del razonamiento no debe ser confundida con la verdad de las premisas. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si Daniela en realidad no es ciudadana? En tal caso la premisa 2 sería falsa, y la conclusión no debería haberse seguido. En suma, si bien la lógica es una potente herramienta de análisis, no sustituye el análisis material sobre la calidad de las premisas del argumento.

Un importante número de argumentos que utilizamos en la vida cotidiana y en el Derecho no tienen la parametrada forma propia de la lógica proposicional. Para ellos, resulta más idóneo introducir operadores de cuantificación (existencial y universal), así como emplear la llamada lógica de predicados de primer orden⁴. Veamos ello a través de un nuevo ejemplo: “Todos los ciudadanos poseen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En la medida que Alexandra es una ciudadana, posee derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”. Pareciera que en este ejem-

4 Al respecto, es interesante analizar cómo un autor importante para la teoría de la argumentación jurídica contemporánea como Neil MacCormick pasó de emplear un modelo de análisis solamente basado en la lógica proposicional, a un modelo basado en la lógica de predicados. Veamos cómo él mismo explica este cambio en su marco teórico: “Patricia White criticó esto [el empleo de la lógica proposicional para representar la estructura formal de un argumento] fuertemente sobre la base de que se pierden de vista los elementos clave del razonamiento si uno se limita al uso de la lógica proposicional para ofrecer una representación o reconstrucción formal de tales argumentos. Se requiere algún tipo de lógica de predicados. La razón de esto es que las reglas jurídicas tienen el carácter de ‘hipotéticos abiertos’, es decir, desarrollan hipótesis que son realizables en cualquier ocasión. (...) las reglas jurídicas desarrollan ‘universales’ o ‘conceptos’ al establecer cuáles son los hechos operativos relativos a unas consecuencias normativas dadas” (MacCormick, 2017, p. 135).

plo la lógica proposicional no ofrece herramientas poderosas para el análisis, y es por ello que resulta más idóneo identificar los siguientes predicados:

C: ciudadanos

D: poseen derechos reconocidos en la Constitución

En términos muy sencillos y algo inexactos, un predicado es una propiedad que puede ser poseída por alguna entidad. Por ejemplo, la propiedad de ser ciudadano puede ser poseída por Raúl, Camila o Alberto, lo mismo que la propiedad de poseer derechos reconocidos en la Constitución. Cuando un caso particular posee la propiedad del predicado, decimos que se trata de una “instancia” del mismo.

Con estas aclaraciones en mente, veamos la representación del argumento en términos de lógica de predicados:

Premisa 1: $(\forall x) Cx \rightarrow Dx$ Traducción: para todo x ($\forall x$) se cumple que si x es ciudadano, entonces posee derechos reconocidos en la Constitución.

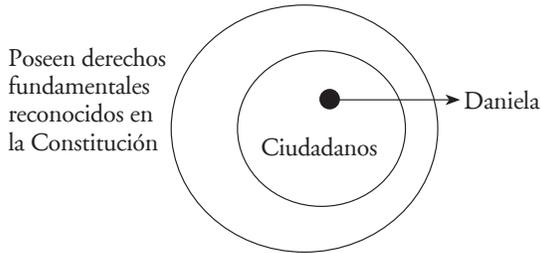
Premisa 2 Ca Alexandra (a) es una ciudadana.

Conclusión Da Alexandra posee derechos reconocidos en la Constitución.

Nuevamente nos encontramos frente a un argumento del tipo Modus Ponens, solamente que para su análisis hemos necesitado ampliar nuestro arsenal lógico, mediante la incorporación de cuantificadores y predicados. Comprender esto a cabalidad será muy importante para entender la teoría de la argumentación jurídica propuesta por autores como Robert Alexy (y su llamada fórmula de la subsunción) o Neil MacCormick (y su análisis de la deducción como forma de razonamiento jurídico).

Pero volvamos un instante al ejemplo que acabamos de simbolizar. ¿Por qué decimos que es un razonamiento válido y que la conclusión se sigue de las premisas? Veamos:

Figura 1: el argumento en términos de conjuntos



Elaboración propia.

Si presentamos el argumento en la forma de conjuntos, como aparece en la Figura 1, veremos que la conclusión no agrega ninguna información nueva, sino que hace visible algo que era implícito en las premisas: si todos los ciudadanos poseen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y Daniela es ciudadana, ella está incluida también en el conjunto de quienes poseen derechos. En los argumentos de este tipo (también llamados deductivos), la conclusión solamente hace explícita la pertenencia de Daniela a ambos grupos. Por ello, disciplinas basadas en argumentos deductivos como la matemática pura (por ejemplo, los teoremas) o la lógica pueden hacer enormes avances sin necesidad de salir al mundo a realizar observaciones y experimentos, solamente premudidos del poder de la inferencia lógica, esto es, del poder de la razón. Más adelante en el texto analizaremos con más amplitud la relación entre lógica, argumentación y Derecho.

Importante:

El enfoque lógico de la argumentación nos permite reconstruir la estructura de un argumento a través de la identificación de sus premisas y conclusión. Asimismo, nos permite comprobar si la forma del argumento corresponde a un **esquema de inferencia válido**. Por ello, se afirma que en un argumento válido en términos lógicos, la conclusión se sigue necesariamente en virtud de la forma del argumento. Ahora bien, incluso en este caso, podríamos tener dudas sobre la verdad o plausibilidad de las premisas, pero en tal caso, el problema ya no es de la lógica, sino de las disciplinas que establecen la verdad de las premisas. En suma: la lógica es una condición necesaria más no suficiente de un buen argumento.

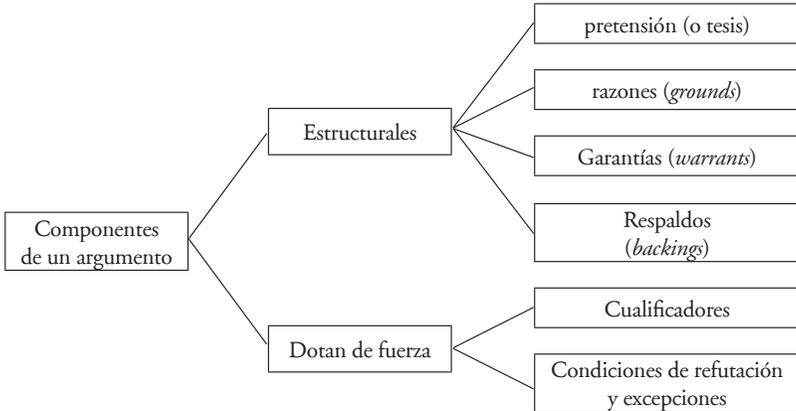
2.4. ¿Cuáles son los componentes de un argumento? El enfoque pragmático

A pesar de que la lógica de predicados supone un importante avance en los intentos de formalizar los argumentos fuera de ámbitos como la matemática pura, a algunos autores les pareció que seguía siendo una suerte de jaula de hierro que limitaba el análisis argumental. A partir de esta idea, un conjunto de estudiosos comenzó a desarrollar modelos teóricos más flexibles para el análisis de argumentos. A grandes rasgos, todos estos intentos se pueden agrupar alrededor de la llamada “lógica informal”, y comprende los estudios de la tópica, la nueva retórica, entre otros. En el capítulo anterior hemos visto algunos de los importantes aportes de autores como Theodor Viehweg, Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca. Sin embargo, por ahora es pertinente comenzar con un ejemplo.

Veamos el siguiente argumento: “La última película de la saga de Jason Bourne, protagonizada por Matt Damon, es la menos emocionante de todo el conjunto. Las imágenes se suceden sin mayor desarrollo del argumento y hay escasas escenas de acción”. A algunos autores –como Stephen Toulmin– les comenzó a parecer que en este tipo de casos el modelo estrictamente lógico de argumento y argumentación era muy restrictivo, y nos podía llevar a descartar tales argumentos como de tipo irracional. Ello es así, pues en muchas situaciones ordinarias –situaciones prácticas– no empleamos esquemas deductivos de razonamiento. Tal parece ser el caso del ejemplo.

Para revertir esta deficiencia en los enfoques estrictamente lógicos sobre la argumentación, Toulmin (2019) y Toulmin et al. propusieron una teoría (no deductiva) sobre la estructura de los argumentos. En concreto, estos autores identificaron que los argumentos poseían dos clases de componentes: estructurales y otros que dotaban de fuerza a los razonamiento. A la vez, los componentes **estructurales** se pueden descomponer en cuatro elementos: pretensión (tesis, o, en inglés, *claim*), razones (*grounds*), garantía (*warrant*) y respaldo (*backing*). Por su parte, los componentes que dotan de **fuerza** a los argumentos son los cualificadores (*qualifiers*) y las condiciones de refutación. El siguiente gráfico sintetiza lo hasta aquí señalado:

Figura 2: elementos de un argumento en el modelo de Toulmin

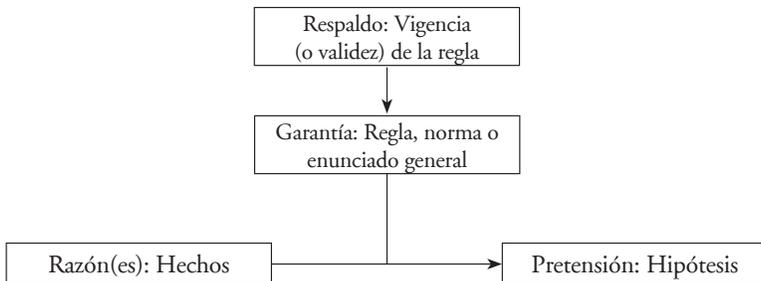


Elaboración propia, a partir de Toulmin et al.

Componentes estructurales

Con referencia a los componentes estructurales, podemos señalar que las pretensiones o tesis son los puntos de llegada o conclusiones del proceso argumentativo, es decir, aquello que se quiere defender; las razones (*grounds*) son los hechos, datos y otro fundamento que sostiene a la pretensión; las garantías son las reglas o máximas que habilitan o permiten el paso de razones a conclusión; y los respaldos son meta-reglas que fijan la validez o credibilidad de las garantías. Visualmente el modelo funciona del siguiente modo:

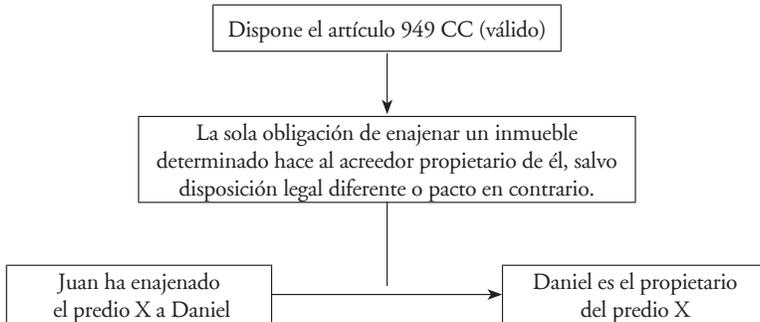
Figura 3: representación gráfica de argumentos en Toulmin



Elaboración propia, a partir de Toulmin et al.

Aunque con el tiempo y la práctica todo ello parece evidente, al inicio puede resultar algo confuso, por lo que es mejor explicarlo a través de ejemplos. Veamos un ejemplo jurídico:

Figura 4: un ejemplo de argumento



Elaboración propia.

El ejemplo puede ser reconstruido del siguiente modo: “en la medida que el artículo 949 del Código Civil, la cual es una disposición jurídica válida y vigente (**respaldo**), establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del mismo (salvo disposición legal diferente o pacto en contrario) (**garantía**); y que Juan ha enajenado el predio X a Daniel (**razón**), se concluye que Daniel es el propietario del predio X (**pretensión o tesis**)”.

Ayuda mucho para comprender el modelo, pensar en una conversación ficticia entre dos personas, una de las cuales es bastante escéptica. Llamemos Pirrón a nuestro personaje escéptico, y Cándido a su interlocutor:

Cándido: Hola Pirrón, ¿te enteraste de que Daniel es propietario del predio X? tal vez podamos ir a pasar unos días de campo ahí en invierno.

Pirrón: ¿Y por qué señalas que Juan es propietario del predio X, Cándido?

C: Muy sencillo, ocurre que hace unas semanas Juan enajenó dicho predio a Daniel.

P: Ya veo, pero ¿qué relación existe entre la enajenación de un predio, como en este caso, y el hecho de ser o convertirse en propietario del mismo?

C: Lo que ocurre es que, de acuerdo al Derecho peruano, la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario del mismo.

P: Entiendo, pero si no es mucha molestia, ¿podrías decirme en qué disposición jurídica aparece esa regla que me acabas de mencionar?

C: Por supuesto Pirrón, la encuentras en el artículo 949° del Código Civil.

P: Perfecto, ¡muchas gracias!

A partir de este ejemplo podemos extraer dos consejos prácticos muy importantes para la argumentación:

Consejo 1: Para construir un argumento, es conveniente **ir de arriba hacia abajo**, es decir, comenzar por el respaldo, seguir por la garantía, exponer las razones y dejar que la pretensión o tesis aparezca como la conclusión que se sigue de las premisas (complemente con Weston, 2005, pp. 22 y ss.).

Ejemplo incorrecto: “B es propietario del inmueble X. Ello pues la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él. A enajenó el inmueble X a B, y esto es lo que dispone el artículo 949 CC”.

Problema: no se distingue con claridad la estructura del argumento, e incluso las oraciones parecen no tener relación entre sí.

Ejemplo correcto: “Como dispone el artículo 949 CC, norma válida y vigente en el país, la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él. En el presente caso, A enajenó el inmueble X a B. En consecuencia, B es propietario del inmueble X”.

Ventaja: se distingue con claridad la estructura del argumento, y logramos identificar cómo cada uno de los elementos del modelo argumental de Toulmin interactúa armoniosamente.

Consejo 2: Para reconstruir (o identificar) un argumento, es bueno proceder **de abajo hacia arriba** (como Pirrón, la persona escéptica o preguntona). Es decir, primero ubicar la pretensión o tesis, las razones que la buscan sostener, la garantía que fija la relevancia de las razones respecto a la tesis; y, finalmente, el respaldo.

Esta es una regla importante del pensamiento crítico. Muchas discusiones estériles pueden ser evitadas si se aclara al inicio de la discusión cuál es la tesis que el orador está sosteniendo, y cuáles son las razones que la sostienen. Si este no logra responder adecuadamente a tales preguntas básicas, probablemente aún no ha pensado lo suficiente sobre la cuestión sobre la que busca emitir una opinión. También puede ser un consejo útil si usted es un juez o el adversario de un abogado en algún litigio. Emplear el método escéptico le permitirá comprender mejor el argumento de su interlocutor, a la vez que hará posible centrar la discusión en los puntos realmente controvertidos.

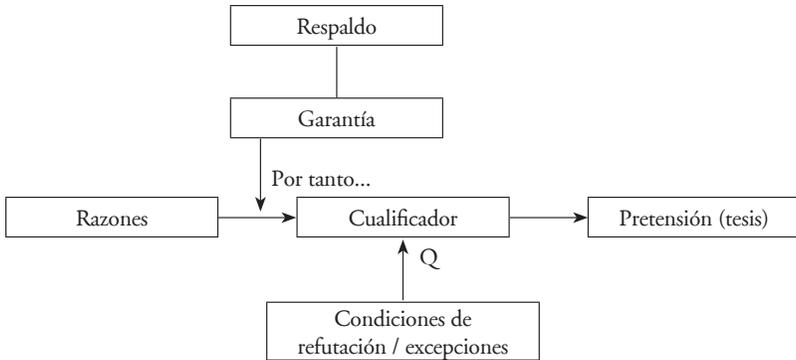
Componentes de fuerza argumental

El nivel de respaldo que ofrece determinada garantía y respaldo a un argumento puede ser más o menos débil, al igual que la conexión entre las razones y la pretensión. No obstante, los componentes estructurales no nos permiten evaluar adecuadamente ese “nivel de respaldo” que se establece entre los componentes del argumento. Es para ello que requerimos de dos nuevos componentes relacionados a la fuerza del argumento: excepciones y condiciones de refutación, de un lado, y cualificadores, del otro.

- **Cualificadores (*qualifiers*).** Los cualificadores tienen la función de establecer el nivel de fuerza de la relación entre razones y pretensión. Normalmente empleamos adverbios para dar cuenta de los cualificadores. Algunos ejemplos son los siguientes: necesariamente, ciertamente, presumiblemente, muy probablemente, posiblemente, tal vez, aparentemente, plausiblemente, entre otros.
- **Condiciones de refutación y excepciones.** Las condiciones de refutación y excepciones establecen ciertos supuestos en los que, a pesar de que se cumplen las razones, la conclusión o pretensión no se sigue.

El diagrama completo de la propuesta de Toulmin et al. se ve del siguiente modo:

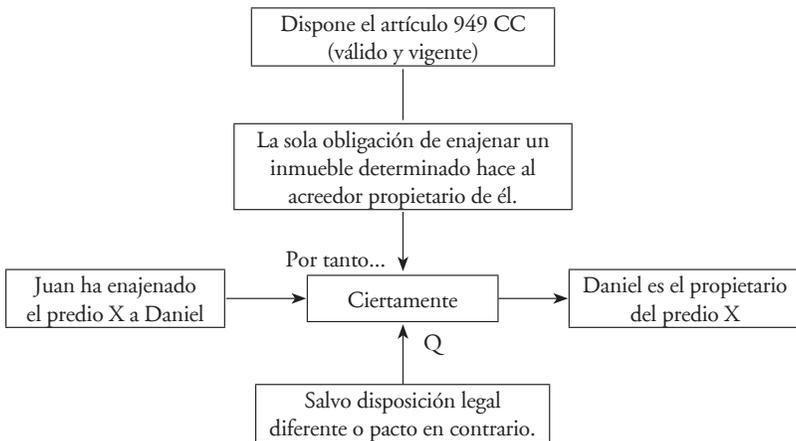
Figura 5: diagrama de Toulmin completo



Elaboración propia, a partir de Toulmin et al.

Si volvemos a nuestro ejemplo sobre el artículo 949 del Código Civil tenemos:

Figura 6: ejemplo de argumento con los componentes de fuerza



Elaboración propia.

Podemos reformular, entonces, nuestro argumento en los siguientes términos: “en la medida que el artículo 949 del Código Civil, la cual es una disposición válida y vigente en el ordenamiento jurídico nacional (**respaldo**), dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del mismo (**garantía**); y que Juan ha enajenado el predio X a Daniel (**razón**), y no existe disposición legal diferente ni pacto en contrario en este caso concreto (**condición de refutación**), entonces ciertamente (**cualificador**) se concluye que Daniel es el propietario del predio X (**pretensión o tesis**)”.

2.5. ¿Qué es la actividad argumentativa? El enfoque dialéctico

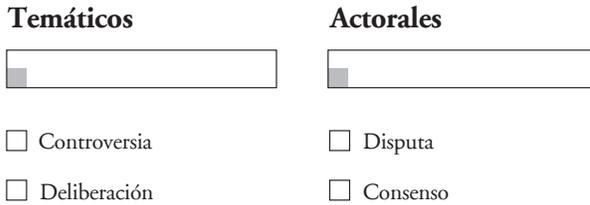
Desde el punto de vista del enfoque dialéctico, la argumentación es un proceso de intercambio de razones entre interlocutores. Este intercambio puede ser más o menos hostil y más o menos racional. Así, en un texto bastante didáctico, Aguiló (2015) nos propone distinguir entre cuatro modos de debatir (es decir, de argumentar dialogando): (i) debatir es combatir; (ii) debatir es competir; (iii) debatir es explorar y/o diagnosticar; y (iv) debatir es construir. El autor utiliza dos criterios para proponer tal distinción: el criterio o continuo conflicto-cooperación, y la distinción entre debates temáticos y actorales. Veamos con algo más de detalle su propuesta.

Figura 7: eje conflicto-cooperación (de izquierda a derecha)



Fuente: Aguiló (2015).

Figura 8: eje temático-actoral



Fuente: Aguiló (2015).

Comencemos con la metáfora bélica: debatir es combatir (disputa). En este caso, la relación entre los interlocutores es de ganar-perder, es decir, se busca que uno se imponga sobre el otro. Por ende, en el continuo de conflicto-cooperación, nos encontramos ante la forma más conflictiva de todas las variedades de debate. Por otra parte, la calidad epistémica de este tipo de intercambio es muy baja, en la medida que el centro está puesto en la persona del adversario antes que en el tema. En su variante más extrema, se busca destruir o ridiculizar al contrincante. Por ello Aguiló sostiene que se trata de una variedad de debate actoral (otras características son enumeradas por Aguiló en 2015, pp. 35-36, y una síntesis en p. 45).

A continuación tenemos a la metáfora deportiva: debatir es competir. La forma prototípica de este debate es la controversia, donde la relación entre los interlocutores es nuevamente de ganar-perder, pero a diferencia de la metáfora bélica, en este caso el debate es temático, por lo que hay una cuestión controvertida alrededor de la cual gira la discusión. La finalidad, precisamente, es lograr determinar qué opinión prevalece, y para ello se pueden establecer reglas tanto procedimentales (por ejemplo, mismo tiempo para la exposición de los puntos de vista, derechos de réplica y dúplica, entre otros) como sustantivas, que buscan que el tema en disputa realmente se discuta y que no sea evadido por los debatientes (véase un análisis más amplio en Aguiló, 2015, pp. 36-38, y una síntesis en p. 46).

En tercer lugar Aguiló analiza una metáfora médica: debatir es diagnosticar. La forma de debate que exhibe estas características es el diálogo racional y la deliberación. ¿Qué ocurre en este caso? La relación entre los interlocutores ya no es de ganar-perder sino de ganar-ganar. Por ende, nos

encontramos en el polo cooperativo del continuo. Piense, por ejemplo, en la sesión de un grupo de trabajo de expertos en la que se discute a puertas cerradas qué medidas es conveniente adoptar ante los avances de una pandemia. En este caso, y dejando de lado los egos personales, lo importante es arribar a la mejor decisión posible, escenario en el cual todos ganan. En segundo término, en este caso la discusión gira alrededor de un tema. Para volver a nuestro ejemplo, la discusión gira en torno a alternativas de acción ante los avances de la pandemia y no, por ejemplo, sobre el estado de la economía (un análisis más amplio se encuentra en Aguiló, 2015, pp. 38-42, con una síntesis en pp. 46-47).

Por último, Aguiló propone una metáfora constructiva, correspondiente al debate consensual. En este caso la relación nuevamente es de ganar-ganar, pero a diferencia del diálogo racional, aquí nuevamente el factor actoral es muy importante. En otras palabras, importa ganar solo cuando se logra la aceptación del otro (para comentarios adicionales Aguiló, 2015, pp. 42-44, con una síntesis en pp. 47-48).

Ejercicio de complemento para el lector:

Lea con detenimiento el texto de Aguiló y explique otras de las diferencias entre los cuatro modos de debatir propuestos. Asimismo, proponga ejemplos basados en el contexto nacional sobre cada uno de estos modos de debatir.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2015). *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2016). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Copi, I. & Cohen, C. (2014). *Introducción a la lógica* (2^{da}. ed.). México: Limusa.
- Habermas, J. (2000). Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica. En: *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta.
- Kant, I. (2007). *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires: Colihue.
- MacCormick, N. (2017). *Retórica y Estado de Derecho*. Lima: Palestra.
- Soyomayor, J. E. (2018). Algunos apuntes sobre el libro “Origen y función de la argumentación”. *Extramuros, Blog oficial de Palestra Editores*, disponible en: <http://palestraextramuros.blogspot.com/2018/07/algunos-apuntes-sobre-el-libro-origen-y.html>
- Toulmin, S. (2019). *Los usos de la argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, S.; Rieke, R. & Janik, A. (1984). *An introduction to reasoning* (2^{da}. Ed.). Nueva York: Macmillan.
- Weston, D. (2005). *Las claves de la argumentación* (10^{ma}. ed.). Colombia: Ariel.

CAPÍTULO 3

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ARGUMENTACIÓN

1. Consideraciones introductorias

La relación entre el Derecho y la argumentación dista de ser evidente a primera vista. Después de todo, el “cognoscitivismo interpretativo” (o formalismo interpretativo) dominó el sentido común de jueces y abogados en nuestro país y parte del mundo hasta tiempos relativamente recientes. De acuerdo con Chiassoni (2017), el “cognoscitivismo interpretativo” consiste en la tesis mediante la cual “(...) la interpretación de los documentos legislativos, quien fuera que la realice y cual sea su contexto y/o el fin, es –o, en todo caso, puede ser– una actividad (en algún sentido) *cognoscitiva* y, por tanto, *no* volitiva, *no* creativa, *no* arbitraria, sino *técnica*, *avalorativa*, políticamente *no comprometida*” (p. 288, cursivas del autor original). ¿Qué quiere decir ello? Que para interpretar una disposición normativa (por ejemplo, el artículo de una ley o código) o un cuerpo normativo (por ejemplo, el libro de familia del código civil, o la Ley de protección de datos personales) no se requiere el despliegue de una actividad de elección ni argumentación, sino que, por el contrario, el “verdadero” sentido de dicha disposición emerge del texto y se nos impone mediante un acto de conocimiento. Este *verdadero* sentido correspondería a la voluntad del legislador, quien expresa la soberanía popular. Nuevamente Chiassoni expresa esta idea con bastante claridad, veamos:

“Si (...) las leyes civiles no son sino el producto de actos de voluntad del soberano, su interpretación:

- (a) Es –y no puede sino ser– una actividad que versa, bien vistas las cosas, no tanto, o no solo, sobre las palabras de las leyes, sino también sobre la *voluntad* y/o sobre la *intención* (diríamos hoy) comunicativa del legislador, que se ha expresado mediante aquellas palabras;
- (b) Es una actividad *cognoscitiva*, ya que se trata de conocer un objeto (que se supone) bien delimitado: lo que el soberano ha querido ordenar, promulgando una cierta ley, al igual que, en el caso de la interpretación de un contrato o de un testamento, se trata de acertar cual haya sido la común intención de las partes o la voluntad del testador” (Chiassoni, 2017, p. 292).

Una vertiente de cognoscitivismo interpretativo que tuvo especial influencia en la cultura jurídica latinoamericana es la escuela francesa de la exégesis. Esta aproximación al estudio del Derecho se formó y consolidó alrededor de la idea de que el *Code Napoléon* (el Código Civil francés de 1804) contenía enunciados suficientemente claros y precisos como para limitar la labor del juez a la de un mero aplicador del Derecho, esto es, un juez automático (*vid.* Nuevamente Chiassoni en su tratamiento de la escuela de la exégesis, 2017, pp. 301ss.)⁵. En una de las frases que han pasado a la posteridad como expresión del “espíritu” de la exégesis, Jean-Joseph Bugnet habría dicho en alguna ocasión lo siguiente: “no conozco el derecho civil, solo enseño el Code Napoléon” (citado por Ferrante, 2013, p. 35). En este contexto, a lo sumo correspondía una labor complementaria de comentario, reseña y ejemplificación de los artículos de leyes y códigos. Este era, por ejemplo, el ideal que inspiraba a los tratados y comentarios escritos en la época, y que tuvieron influencia en autores peruanos entre el s. XIX y el s. XX.

¿Qué ocurrió, entonces, entre el auge de una aproximación exegética –defensora de un modelo subordinado de juez, como mero aplicador de la ley– y la época contemporánea en la que los jueces gozan de mayor amplitud para interpretar las fuentes del Derecho? Responder a esta pregunta

5 “En un sistema jurídico centrado sobre la Fuente ley, que en los regímenes representativos es expresión de la ‘voluntad general’ manifestada en instituciones parlamentarias, el poder judicial debe ser considerado como subordinado al poder legislativo, que se manifiesta en los documentos legislativos. Al juzgar, los jueces *deben*, por tanto, limitarse a aplicar la ley como ella es, sin modificarla o innovarla” (Chiassoni, 2017, p. 310).

ameritaría ciertamente un estudio detallado que tome en cuenta los procesos históricos involucrados, pero es posible por lo menos aventurar un factor que puede haber contribuido al renovado énfasis sobre el rol interpretativo y argumentativo en el Derecho. Este factor se encuentra en la mayor relevancia que ha adquirido la Constitución en el quehacer jurídico. En la medida que la Constitución contiene disposiciones con un lenguaje valorativo que es, en general, más vago y ambiguo que el de las leyes y los reglamentos, los jueces y otros operadores jurídicos se han visto frente a la necesidad de desarrollar estrategias argumentativas que les permitan lidiar con tal nivel de indeterminación conservando parámetros de racionalidad, es decir, sin caer en un decisionismo irracional. Veamos, entonces, cómo el Derecho y la argumentación se relacionan en este nuevo contexto que algunos autores llaman “Estado Constitucional de Derecho” (una breve caracterización del modelo de Estado constitucional se encuentra en: Aguiló, 2019).

2. Las particularidades del razonamiento jurídico

En el prefacio de su conocida obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, el profesor Neil MacCormick defiende la tesis de que el razonamiento jurídico es una rama del razonamiento práctico, y que este, a la vez, consiste en la aplicación –por parte de los seres humanos– de su raciocinio para decidir cómo deben conducir correctamente su conducta en situaciones que involucran elección (1994, p. ix). Esta tesis aparece prácticamente en los mismos términos en la obra de otro autor importante para la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, como Robert Alexy. Así, en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy sostiene que el razonamiento (discurso) jurídico es un caso especial del razonamiento (discurso) práctico general. ¿En qué consiste su condición de caso especial? Para ponerlo en términos simples, consiste en que en el razonamiento jurídico se opera o trabaja con ciertos parámetros o limitaciones que no existen en el discurso práctico general. Estos parámetros vienen dados por el Derecho vigente (Alexy, 2007, p. 294). Veamos cómo Alexy presenta esta cuestión en sus propios términos:

“De importancia central (...) es la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la correla-

ción de enunciados normativos. Se fundamentará que, tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección. En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras.

Entre estas, se debe mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como –lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico– las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal” (Alexy, 2007, p. 46).

Un caso nos puede ayudar a terminar de entender la idea hasta aquí expuesta por Alexy: algunos de nosotros podemos considerar que la imposibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio en el Perú supone una forma de injusticia reñida con la idea de que los seres humanos poseen un ámbito de autonomía para desarrollar sus planes de vida de acuerdo con sus propias elecciones. Sin embargo, cuando planteamos el problema en términos jurídicos, no podemos desconocer que en la actualidad existen disposiciones normativas como el artículo 234 del Código Civil, que define al matrimonio como una unión concertada por un varón y una mujer. Entonces, cualquier argumentación *jurídica* sobre la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio debe partir del análisis del Derecho vigente. Ahora bien, esto no quiere decir que no podamos idear estrategias argumentativas para defender la tesis de que en el Perú exista el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí nos debe poner en alerta sobre el hecho de que el razonamiento jurídico no opera en un espacio vacío libre de restricciones (como en razonamiento práctico general) sino que opera en el ámbito institucionalizado del ordenamiento jurídico. Se podría decir, entonces, que se trata de una suerte de juego reglado: podemos idear y plantear jugadas ingeniosas que nos permitan ganar la partida –p. ej., de ajedrez– pero estas jugadas no pueden desconocer la existencia de un conjunto de reglas que son precisamente las que constituyen al juego. Así como los grandes ajedrecistas son quienes usan las propias reglas del juego para idear estrategias ingeniosas y brillantes, el buen abogado o jurista es aquel

que elabora argumentos ingeniosos y bien sustentados en el Derecho vigente para solventar su punto de vista.

Las limitaciones que hacen al discurso jurídico un caso especial de razonamiento práctico no solamente se encuentran en leyes y códigos. Otra restricción importante, como señalaba Alexy en la cita que aparece *supra*, la encontramos en los precedentes judiciales. Aquí nuevamente un ejemplo: para muchos de nosotros el hecho de que un funcionario público –tal como un ministro de Estado– nos pueda bloquear para ver sus mensajes en redes sociales, tales como *Twitter*, puede resultar contrario a la idea de una esfera pública democrática en la que se tolera la diversidad de opiniones (siempre que estas sean expresadas respetuosamente). Por ello, podríamos creer que este tipo de acciones (bloquear a usuarios) atenta contra una sana tolerancia a la crítica ciudadana. No obstante, cuando analizamos jurídicamente este caso, no podemos desconocer que en el 2019 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia (la del Expediente N.º 00442-2017-PA/TC) en la que considera que “el ser bloqueado de la cuenta personal de Twitter del expresidente del Consejo de Ministros demandado no implica que el recurrente esté impedido de difundir o compartir libremente, a través de su propia cuenta en esta misma red social, toda la información que quiera” (fundamento 30). En consecuencia, declaró infundada la demanda interpuesta por un ciudadano que fue bloqueado del *Twitter* de un expresidente del Consejo de Ministros y, con ello, los funcionarios públicos pueden (en principio) bloquear en sus redes sociales personales a cualquier ciudadano. Nuevamente es importante apuntar que esto no implica que dicho criterio no pueda ser cambiado en el futuro, en base a buenas razones y nuevos argumentos para ello, pero sí implica que todo razonamiento sobre casos análogos no se puede realizar con prescindencia de la sentencia citada. Un buen abogado, entonces, debería litigar un caso análogo, estando del lado del demandante, demostrando conocer el caso anterior, pero apuntando (a) de qué manera el nuevo caso contiene características particulares que lo alejan del anterior (y, en consecuencia, amerita una respuesta distinta), o (b) mostrando de qué manera el razonamiento de la anterior sentencia estaba viciado o era incorrecto.

Quien también ha expresado algunas ideas referentes al razonamiento jurídico con claridad es Frederick Schauer. En *Pensar como un abogado*, el profesor de la Universidad de Virginia sostiene que lo que los abogados

llaman “razonamiento jurídico” no consiste en una forma de razonamiento más efectiva, racional o rigurosa que la de otras personas y profesiones, ni en un conjunto de conocimientos sobre el ordenamiento jurídico que poseen los abogados competentes, sino en la combinación de un conjunto de métodos de razonamiento que, si bien no son exclusivos del Derecho, se combinan en este de una manera particular (Schauer, 2013, cap. 1). ¿Cuáles son estos métodos? Schauer ofrece algunas pistas en la siguiente cita:

“(…) la toma de decisiones a partir de reglas, el tratamiento de ciertas fuentes como autoritativas, el respeto por los precedentes aun cuando parecieran derivar consecuencias inadecuadas, el dar relevancia a la carga de la prueba y el acostumbrarse a las cuestiones jurisdiccionales, esto es, entender que una cosa es que un resultado sea correcto y otra advertir que algunas instituciones pueden tener el poder suficiente para llegar a este resultado y otras no” (2013, p. 21).

Para ser precisos respecto a la posición de Schauer, él no considera que esta combinación convierta al razonamiento jurídico en único y especial. Por ejemplo, los métodos mencionados –que se utilizan en el razonamiento jurídico– también se utilizan en otras disciplinas y ámbitos. Ello ocurre, como menciona Schauer, cuando burócratas y banqueros toman decisiones basados en reglas válidas en un Estado, cuando tomamos decisiones en casos actuales basados en alguna decisión precedente o cuando fundamentamos el deber de obediencia en el hogar solamente en el hecho de que tenemos la autoridad suficiente para que nuestras órdenes sean obedecidas (como en la frase “¡me obedeces porque lo digo yo!” que emplean los padres ofuscados frente al comportamiento de sus hijos).

El Derecho recurre habitualmente a estos métodos de razonamiento –aplicación de reglas, seguimiento de precedentes, argumento de autoridad y formas de analogía– porque a diferencia de otros ámbitos de razonamiento práctico, tiene que ofrecer una solución para la generalidad de casos: “En lugar de intentar el logro de la mejor solución para cada controversia de una manera contextual y particularista [esto es, una solución que sea la mejor para un caso en específico], la meta del derecho es, con frecuencia, asegurarse de que el resultado para *todos* o, al menos, la mayoría de los particulares pertenecientes a cierta categoría es el correcto” (Schauer, 2013, pp. 23-24).

De esta manera, en el Derecho se acepta que determinada regla o precedente en su aplicación concreta pueda llevar a un resultado que no se considera justo o correcto, pues se entiende que habrá otros muchos casos en los que la solución propuesta sí resulte satisfactoria. Es precisamente esta característica la que podría explicar la artificialidad que en buena medida es atribuida al razonamiento jurídico.

Para sintetizar las ideas expuestas en la introducción y en esta sección, podemos señalar lo siguiente: el Derecho es una disciplina argumentativa y, en tal medida, emplea las formas de razonamiento y adhiere a una pretensión de corrección al igual que ocurre en el discurso práctico general. Este hecho —el carácter argumentativo del Derecho— fue velado durante mucho tiempo, debido, entre otras razones, (1) a la importancia de aproximaciones cognitivistas frente a la interpretación de las fuentes del Derecho (como ocurría con la Escuela de la Exégesis), y (2) a la importancia secundaria que tenían fuentes como la Constitución o los tratados de derechos humanos durante un buen tramo del s. XIX (las Constituciones) y por menos la primera mitad del s. XX (las Constituciones y los tratados de derechos humanos). Sin embargo, hoy parece evidente que los métodos de argumentación suponen sofisticadas formas de interpretación y creación intersticial de Derecho (Ródenas, 2012), así como las Constituciones y tratados han adquirido una enorme importancia como fuentes de Derecho, a pesar de la vaguedad y ambigüedad de muchas de sus disposiciones.

Finalmente, el carácter argumentativo del Derecho se encuentra sometido a limitaciones importantes, compuestas precisamente por la existencia de reglas, precedentes, la existencia de la dogmática o doctrina jurídica, entre otras. Un buen abogado, entonces, no opera en el vacío argumental, sino que desempeña su labor en el plano reglamentado del Derecho y construye argumentos tomando en cuenta las fuentes de este. Para ello se asiste de ciertas formas de razonamiento que, aunque no son exclusivas del Derecho, son recurrentemente empleadas en este, tales como el razonamiento a partir de reglas, el argumento de autoridad, el seguimiento de precedentes, el argumento por analogía y el respeto de las reglas de carga de la prueba. Estos métodos de razonamiento se usan también fuera del Derecho, pero dentro de este se entremezclan de forma tal que dotan de particularidad al llamando “razonamiento jurídico”.

3. Casos fáciles y difíciles

Que el Derecho sea una disciplina argumentativa no implica que la resolución de casos resulte ser siempre una labor en exceso compleja. Es por ello por lo que algunos autores trazaron una (hasta cierto punto difusa) distinción entre casos “fáciles” y casos “difíciles” (Dworkin, 1995). Frente a esta distinción, MacCormick prefiere utilizar la distinción entre casos “claros” y casos “problemáticos” (MacCormick, 2017, p. 109). Aquí emplearemos indistintamente ambos pares de términos, aunque estamos de acuerdo con la observación de MacCormick en el sentido de que “‘Claro’ es preferible con mucho a ‘fácil’, ya que muchas áreas del Derecho son inmensamente complejas, tales como el Derecho fiscal (...) Resulta [entonces] casi insultante llamarlos ‘fáciles’ sobre la base de que las inmensas dificultades que implican no son temas actuales de polémica entre los teóricos jurídicos” (2017, p. 109).

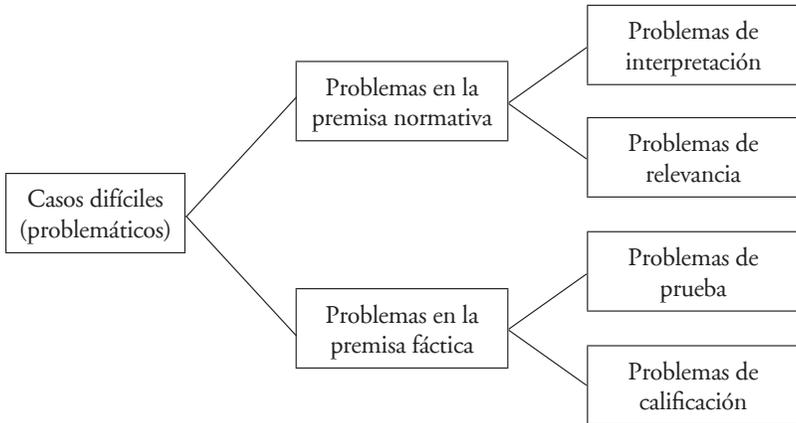
En los casos fáciles consideramos que, en la medida que identificamos las premisas con nitidez, la conclusión se obtiene como un simple proceso deductivo (*vid.* Sastre Ariza, 1993, p. 299). Como apunta correctamente Sastre Ariza, ello no significa que en los casos difíciles no apliquemos finalmente un razonamiento deductivo (el silogismo jurídico así lo exige en todos y no solo en algunos casos), sino que se nos hace más fácil comprobar que se ha dado en la realidad el supuesto de hecho (o “hechos operativos”, en la terminología de MacCormick) contemplado en una disposición normativa. Ello ocurre, en términos generales, por la confluencia de dos factores: (a) la interpretación de la disposición aplicable del Derecho es relativamente sencilla porque, por ejemplo, (a.1) se han empleado estructuras gramaticales fácilmente comprensibles y bien construidas y (a.2) se ha utilizado términos que no son vagos ni ambiguos; y (b) se ha logrado comprobar fácilmente que los hechos del caso “calzan” con la descripción contemplada en la disposición jurídica, sin mayores problemas probatorios de por medio.

Por oposición, los casos difíciles o problemáticos son aquellos en los que se presenta algún tipo de dificultad, ya sea en la premisa normativa (la disposición del Derecho aplicable) o la premisa fáctica (relacionada a lo acaecido en el mundo). De forma más imprecisa, MacCormick señala que un caso problemático es tal en la medida que en el proceso de identificación, interpretación o aplicación del Derecho se ha identificado un problema (2017,

p. 109). Es importante, antes de continuar, recordar una observación de Sastre Ariza, en el sentido que “la facilidad y dificultad de un enunciado jurídico es una cuestión de grado, que en gran medida depende de los enunciados con los que se le compare y del mismo intérprete (...)” (1993, p. 299). Ello quiere decir que, en la realidad, no es que exista solo dos tipos de casos –fáciles y difíciles– sino que se trata de una distinción de grado: habrá casos más o menos difíciles.

MacCormick aventura una doble vertiente de casos difíciles, ya sea que la dificultad se ubique en la premisa normativa (en los hechos operativos) o en la premisa fáctica (en la consecuencia normativa). A la vez, cada uno de estos problemas se puede dividir en dos especies, por lo que MacCormick ofrece un modelo cuadripartito de casos difíciles: (a) casos problemáticos debido a problemas de interpretación, (b) debido a problemas de relevancia, (c) debido a problemas de prueba, y (d) debido a problemas de calificación (MacCormick, 1994, pp. 195ss.; 2017, pp. 95-96). El siguiente diagrama recoge una síntesis de dicho modelo:

Figura 1: casos problemáticos (MacCormick)



Elaboración propia, a partir de MacCormick (2003 & 2017).

Detengámonos ahora en cada uno de estos casos problemáticos:

2.1. Afectan la premisa normativa

- **Problemas de interpretación.** Estos consisten en la elección entre diversos sentidos atribuibles a una disposición normativa dada (MacCormick, 2003, p. 68; 2017, p. 96). Los problemas de interpretación pueden aparecer porque la disposición contiene problemas de vaguedad o ambigüedad lingüística, o porque su ubicación en la sistemática jurídica nos resulta en cierta medida problemática o contraintuitiva. Profundizaremos sobre estos temas más adelante en el desarrollo del libro. Ahora bien, en los problemas de interpretación, a pesar de la duda sobre la elección de distintos sentidos interpretativos, hay acuerdo sobre cuál es la norma aplicable (*vid.* Atienza, 2016, p. 177). Cuando estos problemas aparecen, se suelen solucionar empleando diversos argumentos interpretativos.

Los argumentos, cánones o métodos interpretativos (aquí emplearé los tres términos como equivalentes, sin preocuparme en diferenciarlos) se han agrupado de múltiples formas, dando lugar a variadas tipologías que, sin embargo, parecen compartir ciertos elementos comunes. El tema es vasto y ha dado lugar a un auténtico mar de bibliografía. En todo caso, para seguir dentro del marco de la propuesta de MacCormick, me parece útil aquí reseñar la propuesta que dicho autor ofrece junto a Summers (1991), que posteriormente (MacCormick, 2010) resume del siguiente modo: se puede agrupar a los argumentos interpretativos en tres categorías principales, dentro de las cuales se ubican diversos tipos de argumentos.

Las categorías principales son:

(1) Argumentos lingüísticos, en los que se “(...) apela al lenguaje mismo como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación” (2010, p. 70). Estos, a su vez, se pueden dividir en dos grupos, según se recurra al significado ordinario de las palabras⁶ o al significado técnico de términos jurídicos.

6 Para determinar qué cuenta como significado ordinario, requerimos una comunidad de hablantes delimitada, o un documento canónico que fije significados para esa comunidad.

(2) Argumentos sistémicos, en los cuáles se busca el sentido de una disposición (o conjunto de estas) a partir del contexto jurídico en que esta se ubica. En esta variedad MacCormick engloba seis tipos de argumentos: (a) argumento de la armonización contextual de una disposición respecto de una ley o conjunto de leyes relacionadas, (b) del precedente, (c) de analogía, (d) lógico-conceptual (un concepto jurídico empleado en la formulación de una disposición debe recibir una interpretación consistente a través del sistema jurídico o de una de sus ramas), (e) argumento de principios generales del derecho, y (f) argumento de la historia, por el cual “(...) si una ley (o un grupo de leyes) ha sido interpretada durante un tiempo en concordancia con el entendimiento históricamente desarrollado del objeto y propósito de la ley (...) entonces cualquier disposición de la ley o grupo de leyes debe ser interpretada de manera que su aplicación a casos concretos sea compatible con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o su corrección” (MacCormick, 2010, p. 72).

(3) Argumentos teleológicos/deontológicos, en los que se atiende “(...) al objetivo o propósito del texto para buscar la mejor manera de dotarlo de sentido a la luz de dicho objetivo o propósito” (ibid.). Esta búsqueda, en el caso del argumento teleológico, está guiada por la presunción de racionalidad por parte del legislador. Por su parte, el argumento deontológico se orienta a la consecución de una interpretación recta o justa de determinadas disposiciones o cuerpos normativos.

A estas tres grandes categorías, MacCormick suma un tipo de argumento transcategorico: se trata de los argumentos que apelan a la intención del autor. Ahora bien, esta intención puede ser tanto objetiva como subjetiva, y se puede referir tanto a la estructura lingüística de los enunciados, al contexto normativo en que se insertan los mismos, o a los objetivos perseguidos por el legislador, sea históricamente situado o ideal. En la medida que este argumento puede oscilar entre tales múltiples interpretaciones, recibe la calificación de transcategorico por parte del autor escocés (comentarios adicionales en Lifante, 2015, p. 196).

- **Problemas de relevancia.** Como apunta MacCormick, los problemas de relevancia son más comunes en sistemas de *common law*, así como en áreas no codificadas de los ordenamientos jurídicos, en los que se

recurre a la jurisprudencia para extraer reglas a partir de casos anteriores (2017, p. 96). En suma, estos casos muestran la importancia del razonamiento analógico en el Derecho (Schauer, 2013, pp. 99-115). Ello es así debido a que en estos la discusión gira en torno a si existe una regla aplicable a un caso o no (Atienza, 2016, p. 178). Entonces el problema consiste en saber si existe una norma que pueda ser aplicada a un caso particular, y ello se hace, habitualmente, recurriendo a casos análogos que comparten características similares con el caso en discusión (MacCormick, 2003, p. 70)⁷. La siguiente cita de Atienza resume el caso utilizado por MacCormick para ejemplificar este tipo de problemas: “El ejemplo que pone MacCormick para ilustrar este supuesto es el caso *Donoghue contra Stevenson* ([1932] AC 562), en el que se discutía si existe o no responsabilidad por parte de un fabricante de una bebida que, por estar en mal estado, ocasiona daños en la salud del consumidor. Aunque no existía precedente vinculante [para este caso] (pero sí precedentes análogos) cuando se decidió el caso, la mayoría de la Cámara de los Lores entendió que había (digamos, estableció) una regla del *Common law* que obligaba al fabricante a indemnizar cuando este no hubiese tenido un cuidado razonable (doctrina del *reasonable care*) en el proceso de fabricación” (Atienza, 2016, p. 178).

2.2. Afectan la premisa fáctica (decisiones sobre los hechos)

- **Problemas de prueba o demostración.** En este tipo de casos el problema se centra en comprobar si se cumple o no en los hechos el supuesto de hecho contemplado en la disposición aplicable. Esta comprobación incluye la demostración de los hechos hasta el nivel exigido por el estándar de prueba aplicable (por ejemplo, en el Perú existen estándares como el de sospecha simple, sospecha reveladora, sospecha grave y certeza, o el estándar “más allá de toda duda razonable”) (MacCormick, 2017, p. 95).
- **Problemas de calificación.** En sentido estricto, los problemas de calificación son análogos a los problemas de interpretación (Atienza, 2016,

7 En palabras de MacCormick “The problem is, in effect, whether it is justifiable in law to assert, or to negate, some proposition *if p then q* for any *p* which covers the facts of the instant case and any *q* which covers the particular remedy sought” (1978, p. 70).

p. 179). En estos, la existencia de algún término poco preciso o claro en la premisa normativa (p.ej. en la disposición normativa aplicable) hace discutible la comprobación sobre si se cumplen las condiciones contempladas por el supuesto de hecho en la realidad (esto es, en la premisa fáctica). Ejemplos de este tipo de expresiones las encontramos en conceptos valorativos como “buen padre de familia”, “consumidor razonable” o “precio justo”. En estos casos se plantean discusiones del tipo: ¿bastan las condiciones a , b y c para considerar que un consumidor es razonable?, ¿o debemos más bien agregar la condición d ? nótese que si adoptamos la primera interpretación de “consumidor razonable” (llamémosle p'), bastará con que comprobemos que en un caso concreto se cumplieron las condiciones a , b y c , para aplicar la consecuencia jurídica (la regla sería, entonces, $p' \rightarrow q$). En cambio, si consideramos que consumidor razonable es aquel que reúne las condiciones a , b , c y d (llamémosle p''), no será aplicable la regla si solo se cumplen las condiciones a , b y c . Muchas discusiones en el Derecho tienen estas características, como veremos más adelante en estas lecciones.

Finalmente, es importante agregar que un caso difícil o problemático puede tener más de uno de los problemas apuntados, ya que incluso la distinción entre estos se hace muchas veces difusa, como ocurre en la distinción entre problemas de interpretación y de calificación. Por ello, la distinción es un punto de partida útil, pero no debe ser pensada como una tipología rígida que nos obliga a categorizar a todos los casos en una u otra categoría.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), pp. 85-100.
- Atienza, M. (2016). *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del Derecho*. Lima: Palestra.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, (25), pp. 29-53.
- Lifante, I. (2015) Interpretación y aplicación del derecho. En: Gonzáles Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 185-201). Madrid: Marcial Pons.
- MacCormick, N. (2017). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra.
- MacCormick, N. (2010). Argumentación e interpretación en el Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (33), pp. 65-78.
- MacCormick, N. ([1978] 2003). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. & Summers, R. (eds.) (1991). *Interpreting Statutes, A Comparative study*. Aldershot: Dartmouth.
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Sastre Ariza, S. (1993). Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. *Derecho y opinión*, (1), pp. 295-308.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.