



TEMA 2: TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Profesora Dra. Betzabé Marciani Burgos



Teoría de la argumentación jurídica

- LA TAJ es el análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho (Alfonso García Figueroa)
- Pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica.
- Describe la práctica del Derecho, pero también puede prescribirla.

CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



1. **Concepción formal.-** Uso del silogismo jurídico y de la lógica deductiva. / ***reglas***
2. **Concepción material.-** **Dar razones** acerca de la veracidad, validez o corrección de las premisas (normativas o fácticas)./
3. **Concepción pragmática.-** ¿Cómo persuadir a los otros? Retórica y Dialéctica. / La importancia de la comunicación.

CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN



COMUNICACIÓN Y PERSUASIÓN

- ¿Cómo persuadir al otro u otros?
- *Pragmática* porque lo fundamental son los efectos de las argumentaciones.
- Los enunciados nos son enunciados simples sin interpretar (concepción formal) ni enunciados ya interpretados y entendidos como verdaderos (concepción material), sino enunciados **aceptados**.

Dialéctica y retórica

1. **La Dialéctica.**- En el intercambio de ideas con otro(s). Dos o más contendientes.

La dialéctica se guía por ciertos *criterios de corrección procedimental*.

2. **La Retórica.**- Un sujeto busca convencer a otro(s).

- Importancia del **auditorio**
- Para algunos se trata de una simple técnica
- ¿Existen límites morales o políticos?

Redacción y buena comunicación

- “*Las claves de la argumentación* (WESTON, 2005), sintetiza magistralmente pautas de estilo para la construcción lingüística de una argumentación sólida:
 - Distinga entre premisas y conclusión.
 - Presente sus ideas en un orden natural.
 - Parta de premisas fiables.
 - Sea concreto y conciso.
 - Evite un lenguaje emotivo.
 - Use términos consistentes”

(LEÓN, Ricardo, 2016, p. 28)

Problemas en la estructura del párrafo

- Los párrafos deben estar organizados por temas. La identificación de cada tema debe ir en un sub título adecuado.
- Escribir párrafos con una extensión razonable (...). Un párrafo de 60 palabras, equivalente a 5 o 6 líneas parece razonable en castellano.
- Cada párrafo debe presentar la información más importante primero. No debe iniciar con referencia a números de página o tipos de documentos, sino con la descripción del hecho, escena, narración o argumento principal.
- Mantener la descripción, narración o argumento respecto a un solo aspecto por cada párrafo. La mezcla de varias descripciones o argumentaciones genera una extensión que genera confusión.
- La sucesión de párrafos debe seguir un orden lógico.

Problemas en la estructura del párrafo

- Evitar el uso de pronombres que pueden ser ambiguos.
- Las enumeraciones deben destacarse en listas para facilitar la comprensión.
- Los párrafos pueden ir numerados correlativamente (ejemplo 1, 2, 3) de tal forma que las descripciones, narraciones y argumentos en ellos expresados sean fácilmente citados más adelante, evitando redundancias molestas.
- Los cálculos numéricos o comparaciones pueden organizarse en tablas. Las situaciones o asuntos que tengan relaciones complejas pueden reflejarse en gráficos, esquemas e imágenes para hacer más comprensible la descripción o argumento.

(LEÓN, Ricardo, 2016, p. 29)

CASOS FÁCILES, DIFÍCILES Y TRÁGICOS



Concepciones de la argumentación j.

1. **Concepción formal.**- Uso del silogismo jurídico y de la lógica deductiva. / Ojo: Para el Derecho entendido como conjunto de *reglas (I) (se subsumen)/ justificación interna/ CASO FÁCIL*

2. **Concepción material.**- Dar razones acerca de la veracidad, validez o corrección de las premisas (normativas o fácticas).

- Siempre en el caso de los *principios (se ponderan) /*

- En el caso de algunas *reglas (II)*

Justificación externa / CASO DIFÍCIL

El Silogismo Judicial

PREMISA MAYOR ----- “Si H entonces C”

(normativa)

“El que mata a otro será condenado a pena privativa de libertad de 6 a 20 años”

PREMISA MENOR ----- Ocorre un caso H

(fáctica)

Juan mató a Pedro

CONCLUSION ----- Dado H, corresponde aplicar la consecuencia C

Juan será condenado a pena privativa de libertad de 6 a 20 años

Casos fáciles y justificación interna

- Son los casos que se resuelven con la sola aplicación de una regla, a través de la llamada *justificación interna*, *subsunción* o uso del *silogismo jurídico*.
- Es al tipo de casos al que alude la llamada *concepción formal* de la argumentación.
- En este caso, la coherencia en el razonamiento jurídico requiere de una justificación que debe contar con el auxilio de las reglas de la lógica deductiva.

Sobre la validez lógica en el silogismo

- La aplicación de la lógica al razonamiento legal se ha representado con un modelo de raciocinio: el llamado *silogismo jurídico* (compuesto por dos premisas y una conclusión derivada de aquéllas).
- Se dice que la conclusión es válida si las premisas lo son, pero desde un punto de vista formal. **No importa aquí la corrección o verdad material de las premisas, sino simplemente que la conclusión se derive de estas.** Se trata de **un razonamiento de tipo lógico-deductivo.**

El Silogismo Judicial

PREMISA MAYOR ----- “Si H entonces C”

(normativa)

“Si dos hombre/mujeres mayores de edad son encontradas teniendo relaciones sexuales, serán condenadas a ppl de 1 a 4 años”

PREMISA MENOR ----- Ocurre un caso H

(fáctica)

Juan (30) y Pedro (28) son encontrados teniendo r.s.

CONCLUSION ----- Dado H, corresponde aplicar la consecuencia C

Juan y Pedro son condenados

Lógica, pero no **razonable** (= ajuste con los valores y principios del sistema jurídico: igualdad y no discriminación, intimidad, libre desarrollo, identidad).

Casos difíciles y justificación externa

- Los casos difíciles se caracterizan porque en éstos el razonamiento deductivo resulta insuficiente (≠inútil*).

* El razonamiento lógico formal no se descarta porque lo razonable es siempre lógico, aunque se puede ser lógico sin ser razonable (cuando se parte de malas premisas)

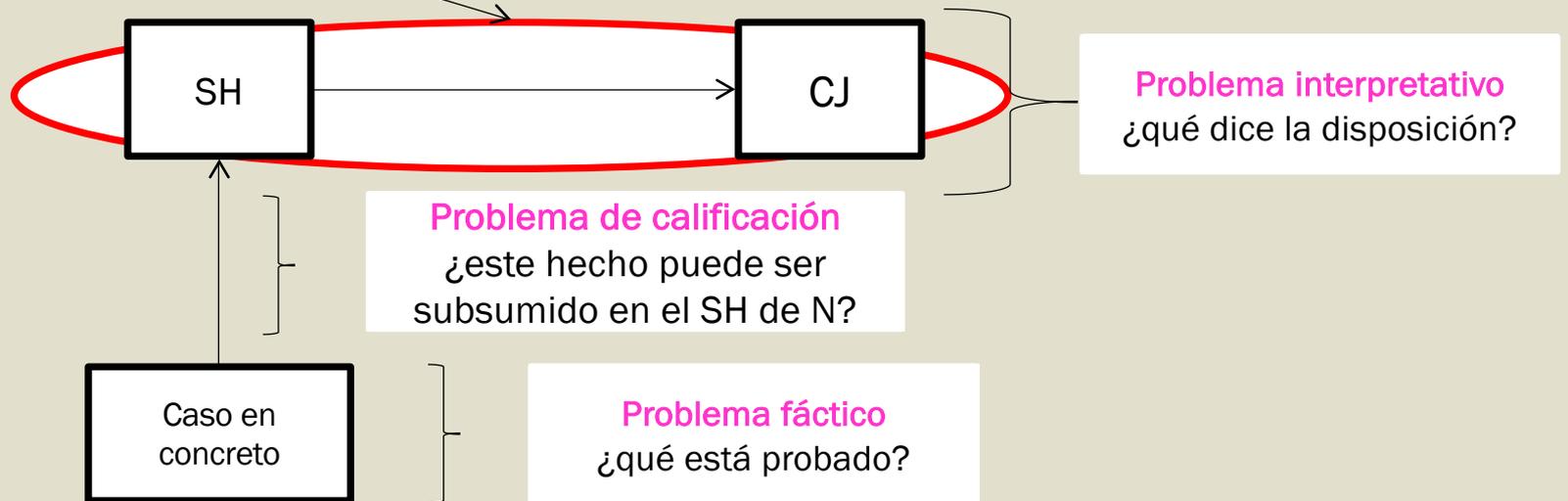
Casos difíciles y justificación externa

- La *justificación externa* es la justificación de las premisas de la inferencia. Esto quiere decir que el operador “juzga” la validez de las premisas empleadas (normativa o fáctica).
- La *concepción material* de la argumentación hace referencia a los casos difíciles y a la justificación externa = **Dar razones** respecto de la validez, verdad o corrección de las premisas (normativas o fácticas)

Problemas de un caso

Problema de relevancia

¿esta es la norma aplicable?



Problemas de la *justificación*: De un caso *fácil* a un caso *difícil* (MacCormick)

- Los **casos difíciles** son aquellos en los que se presentan los siguientes problemas:
 - a) **Problemas de relevancia** o dudas sobre la norma aplicable al caso (ej: supuestos de analogía por falta de norma).
 - b) **Problemas de interpretación**, derivados de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje.
 - c) **Problemas en materia de prueba.**
 - d) **Problemas respecto de la calificación jurídica** de los hechos. Ej. Caso *Mac Lennan* (¿adulterio?)

*Atienza agrega: cuestiones procesales, cuestiones de validez, cuestiones de discrecionalidad (reglas de fin y directrices) y cuestiones de ponderación.

■ Problema de relevancia

Ej. Rey Salomón: ¿A quién debe entregarse el niño? – no hay regla

■ Problema interpretativo

Ej. “Prohibido el ingreso de vehículos en el parque Kennedy”

■ Problema fáctico

Ej. ¿Eva Bracamonte mandó matar a su madre?

■ Problema de calificación

Ej. ¿La inseminación artificial no conocida por el marido y con semen de otro hombre configura adulterio?

PONDERACIÓN



Subsunción y Ponderación

Se dice que mientras las **reglas** se **subsumen** (su aplicación implica la identificación de un supuesto de hecho de la realidad con el supuesto de hecho de la regla y la consecuente aplicación de su consecuencia jurídica), los **principios** se **ponderan** (al ser normas más indeterminadas, su aplicación en un supuesto de la realidad no puede ser mecánica).

Los principios

Las “normas-principio” se entienden como *mandatos de optimización* que deben ser realizadas *en la mayor medida lo posible*, a partir de las posibilidades jurídicas y fácticas del caso.

Las posibilidades jurídicas

Las posibilidades jurídicas están referidas a la superación de eventuales obstáculos jurídicos. Por ejemplo: cuando se pretende optimizar un principio, a través de una decisión jurídica (ley o sentencia) y dicho principio se encuentra en colisión con otros. Ante tal supuesto se tiene que recurrir a la ponderación, para superar el obstáculo jurídico.

Las posibilidades fácticas

Las **posibilidades fácticas** están referidas a las cuestiones de hecho, como por ejemplo una determinada realidad social, económica, cultural o natural que impiden que un principio puede aplicarse de manera efectiva.

- Ejemplo: para optimizar el derecho a la salud, con cobertura al 100%, puede presentarse la realidad de un presupuesto público que no permite su inmediata implementación.

El juicio de ponderación

En la ponderación no se discute la validez de los principios en conflicto ni se les introduce una cláusula de excepción; ocurre, más bien, que un principio cede en función de otro en un caso concreto y no a partir de una evaluación en abstracto de los mismos.

Conforme a la relación de precedencia condicionada, un principio puede prevalecer sobre otro en un caso concreto, pero se trata siempre de una preferencia relativa que puede cambiar si cambian las circunstancias del caso (Alexy 1997, 89- 92).



**ESTRUCTURA DE LA
PONDERACIÓN SEGÚN
ROBERT ALEXANDER**

Estructura de la ponderación: Alexy

- Según Robert Alexy la ponderación tiene la siguiente estructura:
 - 1) Ley de ponderación
 - 2) Formula de peso
 - 3) Cargas de argumentación

La ley de ponderación

- «Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro»
- Se puede dividir en tres sub principios:
 - Idoneidad →
 - Necesidad →
 - Proporcionalidad en sentido estricto

Posibilidades fácticas

Resumen de lo pasos (Prieto Sanchís)

En el caso de las decisiones que pretendan restringir o limitar un derecho fundamental, la ponderación debe efectuarse a través de ciertos pasos o etapas:

1. Primero, debe evaluarse si la medida restrictiva busca un *fin constitucionalmente legítimo*.
2. Segundo, debe valorarse la *adecuación* (idoneidad) de dicha medida para alcanzar el fin esperado.
3. Tercer, debe comprobarse la *necesidad* de dicha medida, entendida como la no existencia de otras alternativas menos gravosas pero tan eficaces como la medida examinada para alcanzar el objetivo deseado.
4. Cuarto, debe realizarse un *juicio de proporcionalidad* [“aquí es donde propiamente rige la *ley de la ponderación*, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna” (Prieto 2005a, 151)].

Ej: Ley que prohíbe fumar en lugares públicos

01 - ¿Qué medida?: **y...**

Prohibir fumar en lugares públicos y....

02 - ¿Qué bienes en conflicto?

Salud Vs. Libre desarrollo de los fumadores, etc.

.....

1- fin constitucionalmente legítimo

Derecho a la salud - ¿de quién?

- De terceros – ok
- Del propio fumador – el problema del paternalismo

2- adecuación (idoneidad) de la medida

¿Sirve la prohibición de fumar para lograr el fin salud?

3- necesidad de dicha medida

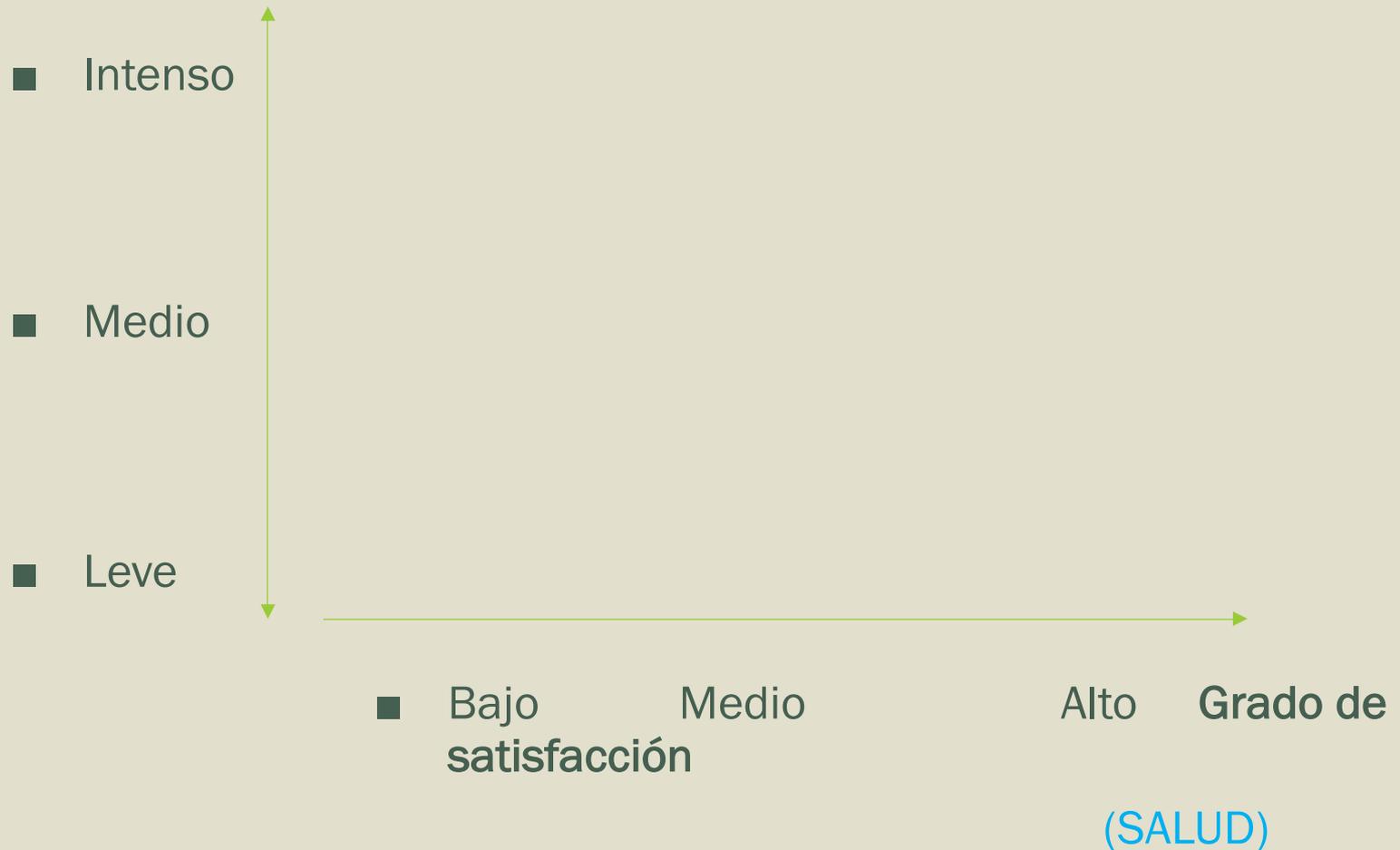
¿Otras medida **menos lesiva** de la libertad e **igualmente satisfactoria** de la salud?

4- juicio de proporcionalidad

Proporcionalidad

Intensidad de la intervención

(LIBRE DESARROLLO DE FUMADORES)



Variables que intervienen en la ley de la ponderación (último paso)

- 1.- Determinar el grado de afectación de los principios en el caso concreto (intenso, medio, leve).
- 2.- Determinar el **peso abstracto** de los principios que colisionan (de acuerdo a concepciones valorativas)
- 3.- Determinar el **grado de certeza de las cuestiones de hecho** (es decir determinar la seguridad de los aspectos empíricos que rodean al caso concreto)

Cargas de la argumentación (respuestas de Alexy en los casos de empate)

- En “Teoría de los derechos fundamentales”, postula que en caso de duda se debe favorecer la libertad e igualdad (*indubio pro libertate*) en lugar del principio seleccionado por el legislador para ser optimizado a través de una medida legislativa.
- 15 años después, en “Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales”, postula que la duda debe favorecer al legislador y el principio elegido por éste (*principio democrático*).

Criticas al test de ponderación

- Las críticas que se han formulado al mecanismo de la ponderación aluden a un probable peligro de vaciamiento de contenidos de los derechos o bienes jurídicos sometidos al método de la ponderación, así como a la infiltración de juicios subjetivos o irracionales por parte del juez.

GRACIAS