



Formación Inicial para
Aspirantes a la Judicatura

*Poder Judicial | Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta*

Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ)

Antología didáctica:

Razonamiento y Argumentación Jurídica

Antologador:

Antologador: Raymond Porter Aguilar

Poder Judicial
Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta

Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ)

Antología didáctica
razonamiento y argumentación jurídica



Antologador: Raymond Porter Aguilar

2024

340.11

P844a

Porter Aguilar, Raymond

Antología didáctica: razonamiento y argumentación jurídica/
Raymond Porter Aguilar, antologador- 1ª ed. – Heredia, C.R.:
Escuela Judicial, 2024.

455 p. 10 Mb (Documento digital en PDF)

ISBN: 978-9968-696-58-6

1. Derecho 2. Argumentación jurídica 3. Razonamiento jurídico **I. Título**

Índice

Presentación.....	15
Introducción General	18
Unidad I	
¿Qué implica la fundamentación de la sentencia judicial?.....	21
Introducción.....	22
Objetivo general	22
Objetivos específicos.....	22
Tema 1	22
Argumentar y Fundamentar.....	22
Tema 1.1 Razonar, argumentar, fundamentar...los orígenes.....	22
Tema 1.2 Una visión panorámica del campo de la argumentación (Lógica, retórica y dialéctica).....	27
Tema 1.3 Resurgimiento de la argumentación como disciplina y su impacto en el derecho	29
Ejercicio	32
Tema 2	32
El derecho como argumentación. Concepciones: formal, material y pragmática	32
EJERCICIO	35
Tema 3.....	35
Actividad argumentativa y legitimación democrática de la Administración de Justicia	35
Tema 3.1 Actividad argumentativa en las sentencias judiciales como una exigencia contemporánea.....	35
Tema 3.2. Legitimación democrática de la Administración de Justicia, desde la perspectiva cognitiva y la perspectiva garantista.....	43
Ejercicio	47

Glosario	50
Unidad II	
Fundamentación de la sentencia judicial. Entre transparencia y disimulo. Aportes críticos desde el Realismo Jurídico y el Postpositivismo.....	60
Introducción.....	61
Objetivos específicos.....	61
Tema 1.....	62
Concepciones sobre el derecho y posibilidad de fundamentación de las sentencias.....	62
Tema 1.1. Bosquejo sobre el Realismo Jurídico	63
Tema 1.2. Crítica al Normativismo Jurídico desde el Realismo Jurídico.....	64
Tema 1.3. Bosquejo sobre el Postpositivismo o Constitucionalismo.....	73
Tema 1.4. Crítica al Positivismo Normativista desde el Pospositivismo (Cómo desenmascarar a un formalista).	75
Tema 2.....	85
Contextos de Descubrimiento y Justificación como instrumento metodológico para las decisiones judiciales	85
Tema 2.1. Contextos de descubrimiento y de justificación.....	85
Tema 2.2. Valor instrumental y crítico de los contextos en la función jurisdiccional	89
Tema 3.....	91
Imparcialidad e Independencia Judicial como garantías al servicio de todas las personas	91
Ejercicio	95
Glosario	100
Unidad III	
El Lenguaje y sus características como punto de partida en la Argumentación jurídica.....	103
Introducción.....	104
Objetivos específicos.....	104

Tema 1.....	104
Lenguajes Naturales.....	104
Tema 1.1. Lenguaje y Lengua. Características generales (Lenguaje natural; artificial; técnico y formal)	104
Tema 1.2. Lengua, el habla y los enfoques sincrónico y diacrónico.	107
Ejercicio	108
Tema 1.3. Funciones o usos del lenguaje y uso emotivo de las palabras (Uso descriptivo; expresivo, directivo y operativo o performativo)	108
Tema 1.4 Palabras generales, ambigüedad y vaguedad.	111
Tema 1.5. Textura abierta de las palabras y del derecho.....	114
Ejercicio	116
Tema 2.....	116
Dimensiones de análisis del lenguaje y su relación con el derecho	116
Tema 2.1. Recapitulación sobre características del lenguaje	116
Tema 2.1. Sintaxis.....	118
Tema 2.2. Semántica	120
Tema 2.3. Pragmática	121
Tema 2.4. Argumentos teóricos y prácticos. Dirección de ajuste del lenguaje (lo descriptivo y lo normativo)	124
Tema 3.....	127
Desacuerdos Lingüísticos en el ámbito del Derecho (Genaro R. Carrió)	127
Tema 3.1. Pseudo-disputas originadas en Equívocos Verbales	129
Tema 3.2. Pseudo-desacuerdos de Hecho en torno a Propositiones Analíticas.....	130
Tema 3.3. Disputas sobre Clasificaciones (abordadas como si fueran meras cuestiones de hechos)	131
Tema 3.4. Controversia sobre la “Naturaleza Jurídica” de una institución.....	132
Tema 3.5. Controversias generadas por un Desacuerdo Valorativo Encubierto – Definiciones Persuasivas	134

Tema 3.6. Magia Verbal –Verbalismo	135
Tema 3.7. “Wishful Thinking” – Pensamiento por deseos –.....	136
Ejercicio	138
Glosario	141
Unidad IV	
Argumentación y esquemas de razonamiento	143
Introducción	144
Objetivos específicos.....	144
Tema 1.....	144
Argumentación Jurídica, Lógicas y Justificación de la Sentencia	144
Tema 1.1. Argumentación Jurídica y Lógica Jurídica.	144
Tema 1.2. Lógica Formal y Lógica Informal	145
Tema 1.3. Justificación Interna y Externa de las Sentencias.....	147
Tema 2.....	150
Argumentación Jurídica y Razonamientos Deductivo e Inductivo	150
Tema 2.1 Conceptos necesarios para el análisis de Argumentos	150
Tema 2.2. Deducción e Inducción. Características y utilidad práctica	151
Tema 2.3. Reglas de Inferencia de la Lógica Jurídica	155
Tema 3.....	157
Razonamientos Deductivos.....	157
Tema 3.1 Modus Ponens	157
Tema 3.2. Modus Tollens	160
Tema 3.3. Argumentos: Hipotético, Disyuntivo y el Dilema.	161

Tema 4.....	168
Razonamientos Inductivos	168
Tema 4.1. Razonamiento Inductivo por Enumeración.	171
Tema 4.2. Razonamiento Inductivo Estadístico o Silogismo Inductivo.	173
Tema 4.3. Razonamiento por Analogía.....	176
Tema 4.4. Razonamiento Confirmatorio	182
Tema 5.....	184
Razonamiento Abductivo	184
Tema 5.1. ¿Qué es la Abducción?	184
Tema 5.2. Abducción, como resultado o proceso. Ejemplo.	187
Ejercicio – CASO JUANCHO	191
Glosario	194
Unidad V	
Errores en la Argumentación. Falacias, Sesgos Cognitivos y Paralogismos en la “lógica viva” de Vaz Ferreira	197
Introducción.....	198
Objetivos específicos.....	198
Tema I.....	199
Falacias	199
Tema 1.1. Aclaración previa sobre las diferentes perspectivas de análisis de los errores argumentativos.....	199
Tema 1.2. ¿Qué es una falacia?	199
Tema 1.3. Intencionalidad de quien profiere una falacia. Sofismas y Paralogismos. ..	202
Tema 1.4. Clasificaciones sobre las Falacias	205
Tema 1.5. Falacias Formales (Falacia de Afirmación del Consecuente; Falacia de la Negación del Antecedente).....	206
Tema 1.6. Falacias No Formales	209

Tema 1.6.1. Falacias de Atingencia – diecinueve falacias importantes en la argumentación jurídica	209
Tema 1.6.2. Falacias de Ambigüedad	232
(Falacia de Equívoco; Falacia de Anfibología; Falacia de Énfasis; Falacia de Composición; Falacia de División)	232
Tema 1.7. Falacias. Dimensiones: Formal, Material y Pragmática.	239
Ejercicio	241
Tema II.....	242
Sesgos Cognitivos. Perspectiva psicológica relacionada con las Falacias.....	242
Tema 2.1. Heurísticos y Sesgos Cognitivos.....	243
Tema 2.2. Pensar rápido y pensar despacio. Propuesta de Daniel Kahneman y Amos Tversky (Sistemas de Pensamiento 1 y 2)	247
Tema 2.3. Algunos sesgos cognitivos relacionados con la Función Jurisdiccional.....	251
(Sesgo de Confirmación (Confirmatio Bias); Sesgo Retrospectivo (Hindsight Bias); Sesgo de Anclaje (Anchoring); Sesgo de Disponibilidad (Availability); Sesgo de Representatividad (Representativeness); Sesgo de Grupo (In Group Bias).....	251
Tema 2.4. Vista panorámica de Sesgos Cognitivos – veintitrés sesgos en qué pensar.....	259
Ejercicio	263
Tema 3.....	263
Paralogismos de la “Lógica Viva” de Carlos Vaz Ferreira	263
Tema 3.1. Propuesta de Vaz Ferreira sobre “Lógica Viva” y los Paralogismos como formas de asumir discusiones que conducen a errores.....	263
3.2 Errores de Falsa Oposición.....	266
3.3 Cuestiones de Palabras y Cuestiones de Hechos	266
3.4 Cuestiones Explicativas y Cuestiones Normativas	269
3.5 Falsa Precisión.....	270
3.6 Pensar por Sistemas y Pensar por Ideas a tener en cuenta.....	271
3.7 Sobre “el Justo Medio” – “Eclecticismo”.....	274

Glosario	279
Unidad VI	
La sentencia. Estructura y argumentos jurídicos para su fundamentación.....	282
Introducción.....	283
Objetivos específicos.....	283
Tema 1.....	284
El razonamiento probatorio sobre los hechos – Quaestio Facti.....	284
Tema 1.1 Teoría de la verdad como correspondencia y el modelo cognoscitivista de valoración de la prueba.....	285
Tema 1.2 Hechos y argumentos: la inferencia probatoria y representación mediante el esquema de Toulmin.	286
Sobre los hechos del caso	287
Inferencia probatoria. Probabilidad Lógica o Inductiva.	289
1.2.1 Estructura de la inferencia probatoria y modelo de Stephen Toulmin	
Criterios de solidez de la inferencia probatoria.....	291
Tema 1.3 Reglas de la Sana Crítica Racional como criterios epistémicos en la valoración de la prueba	296
1.3.1 Reglas de la Lógica.....	301
(Principios de Identidad; Principio de No Contradicción Principio de Razón Suficiente Principio de Tercero Excluido)	301
1.3.2 Reglas de la Experiencia – Máximas de la Experiencia	302
1.3.3 Reglas de la Ciencia (paradigma de la individualización + paradigma de la verosimilitud)	306
(Sobrevaloración epistémica; Sobrevaloración semántica).....	307
(Parcialidad de origen; Parcialidad disposicional; Parcialidad cognitiva).....	307
Ejercicio	308

Tema 2.....	308
El razonamiento jurídico - Quaestio Juris.....	308
Tema 2.1 Tres silogismos judiciales: inducción, deducción y disposición. Silogismo práctico.....	309
Tema 2.2 Subsunción (Silogismo Judicial)	311
Tema 2.3 Adecuación – argumentación finalista	313
Tema 2.4 Ponderación. Principios y Reglas.....	314
2.4.1 ¿Cuándo ponderar? Lagunas normativas y axiológicas.....	320
Ejercicio.....	321
Tema 3.....	321
Estructura de la Sentencia Judicial	321
Tema 3.1 Fundamentación de la sentencia.....	322
3.1.1 Fundamentación fáctica	323
3.1.2 Fundamentación descriptiva	324
3.1.3 Fundamentación Analítica o Intelectiva (Estructura Convergente; Estructura Divergente; Estructura Secuencial).....	324
Ejercicio.....	328
3.1.4 Fundamentación Jurídica	328
Tema 3.2 Recomendaciones generadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana	330
Decálogo sobre la Motivación	330
Ejercicio.....	332
Tema 4.....	333
Argumentos interpretativos en el derecho	333
Tema 4.1. Marco normativo (Título Preliminar del Código Civil).....	333
Ejercicio.....	335

Tema 4.2 Argumentos interpretativos	335
Argumentos Lingüísticos: Gramatical o Literal; Del significado ordinario; Del significado técnico	335
Argumentos Históricos: Psicológico (Voluntad del Legislador); Histórico (continuidad – interpretación evolutiva); Del precedente;	337
Argumentos Sistemáticos: Sistemático; De la armonización contextual; Topográfico o “sedes materiae”; Plenitud hermética del ordenamiento jurídico (completitud); Coherencia; Analógico; Lógico-conceptual o dogmático; Desde los Principios Generales del Derecho (Analogía iuris); Finalista o Teleológico en sentido estricto; Equitativo – Equidad; Pragmático; Económico; Autoridad – ab exemplo;	339
Argumentos Retóricos: A contrario sensu; A fortiori; Argumento Apagógico (Reducción al Absurdo).....	344
Ejercicio	346
Glosario	349
Unidad VII	
Decisión jurisdiccional y modelo de persona juzgadora. Aportes metodológicos desde el Postpositivismo y el Realismo Crítico.	355
Introducción.....	356
Objetivos específicos.....	356
Tema 1.....	356
Preámbulo aclaratorio sobre el positivismo jurídico	356
Tema 1.1. Esquema de razonamiento interpretativo de las normas según la concepción jurídica que se proponga.....	358
Tema 1.2 Aportes desde el Postpositivismo. Criterios de racionalidad práctica aplicables al derecho.....	359
Universalidad.....	362
Coherencia	363
Adecuación a las Consecuencias.....	366
Moral Social.....	367

Moral Justificada.....	368
Ejercicio	369
Tema 2.....	369
Aplicación del modelo al caso concreto	369
Tema 2.1. Lo razonable en el derecho	370
Tema 2.2. Partiendo de Aristóteles	371
(Universalidad, Equidad y Derrotabilidad)	371
Tema 2.3. Caso hipotético: El tren urbano, el ciego y el perro lazarillo	374
Tema 2.4. Caso real: Caso de Noara y Rocío	378
Ejercicio	380
Tema 3.....	380
Aportes desde el realismo crítico.	380
Tema 3.1 Metodología realista crítica propuesta por E.P. Haba.....	381
Tema 3.2. Paso inicial: Lingüístico-dogmático (el “marco” o “partitura” jurídico-positivos.	382
Tema 3.3. Segundo paso: Analítico-crítico (“higienización” del discurso jurídico).....	383
Tema 3.4. Tercer paso: Axiológico-teleológico (delimitación del objetivo práctico)	384
Tema 3.5. Paso final: Empírico-instrumental (¡tomar en cuenta la realidad!).....	385
Tema 3.6 Aplicación de la metodología a un caso concreto.....	387
Ejercicio	387
Tema 4.....	387
Deberes internos de la práctica jurisdiccional y modelos de persona juzgadora.....	387
Tema 4.1 El poder de la persona juzgadora, (lo que le es posible hacer).....	388
Tema 4.2 El deber de la persona juzgadora, (lo que le está permitido hacer).	389

Tema 4.3. Los deberes de la persona juzgadora y la deslegitimación de la decisión jurisdiccional.....	390
A. El caso del Juez «independiente e imparcial acertado» (es decir, correcto-correcto).....	391
B. El caso del Juez «independiente e imparcial equivocado» (correcto-incorrecto),	391
C. El caso del Juez «no independiente o parcial pero que decide conforme a la legalidad» (incorrecto-correcto).....	391
D. El caso del juez «no independiente y/o parcial y que además toma una decisión ilegal» (incorrecto-incorrecto)	391
Ejercicio	393
Tema 4.4. Modelos de persona juzgadora desde el movimiento “Critical Legal Studies” por Duncan Kennedy.	393
Ejercicio	396
Tema 5.....	396
Concepción del derecho y su impacto en la persona juzgadora.....	396
Tema 5.1. Orientación postpositivista	396
Tema 5.2 Orientación realista crítica	397
Tema 5.3 ¡Usted elije!.....	400
Glosario	402
ANEXO N°1 - COMIC. EL «CASO DE JUANCHO».....	407
ANEXO N°2 - UN EJEMPLO DE ANÁLISIS DE UN ARGUMENTO JURÍDICO: ELEMENTOS FORMALES, MATERIALES Y PRAGMÁTICOS DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.	421
ANEXO N°3 - UN MÉTODO PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS	423
ANEXO N°4 - ANÁLISIS DEL Dr. ENRIQUE PEDRO HABA SOBRE EL FALLO N° 428-1998 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, RELACIONADA CON LA REALIZACIÓN DE DEBATES ENTRE CANDIDATOS A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DURANTE EL PROCESO ELECTORAL DE FEBRERO DE 1998.....	427

Presentación

Esta antología se ha elaborado para el módulo sobre *Razonamiento y Argumentación* del Programa de Formación Inicial de Aspirantes a la Judicatura FIAJ. Es el resultado de una década de trabajo en búsqueda de la compilación temática más relevante para el desarrollo de las competencias que se requieren en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El contenido del módulo, plasmado en el presente texto, es de importancia medular, pues se relaciona con todos los cursos de la malla curricular del Programa FIAJ, primordialmente, con los módulos: *Función Jurisdiccional, Implicaciones Éticas de la Función Jurisdiccional, Valoración de la Prueba, Toma y Emisión de Decisiones y Elaboración del Cuadro Fáctico*. Se trata de un módulo introductorio donde se desarrollan, desde un enfoque constructivista, los aspectos competenciales que implican la Administración de Justicia, entendida como un derecho humano de quienes habitan el país, así como un servicio público de calidad que satisfaga el mandato constitucional de «*Justicia pronta y cumplida*».

El objetivo general del módulo, desarrollado en la presente antología, puede sintetizarse en *valorar de manera objetiva, crítica y razonada cada caso y sus posibles soluciones, actuando con liderazgo e incorporando una visión democrática y humanista para cumplir con el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida*. Los elementos de competencia que se pretenden desarrollar en las personas participantes son:

- Interpretar las normas para su aplicación en la dirección del proceso y demás actividades judiciales.
- Agilizar el proceso descartando gestiones improcedentes o dilatorias.
- Resolver situaciones imprevistas con creatividad, celeridad y pragmatismo.
- Diferenciar, a partir de las afirmaciones y negaciones de las partes, cuáles son los hechos objeto de discusión y separarlos de las afirmaciones valorativas y de los elementos literarios del relato.
- Depurar el conflicto entre las partes en un caso jurídico, despojándolo de los elementos o características jurídicamente intrascendentes.
- Valorar los elementos probatorios mediante el análisis de las tesis argumentativas de las partes.

- Identificar las normas jurídicas y los principios con los cuales se contrastará el caso para su legítima solución.
- Interpretar los principios y normas jurídicas de conformidad con los criterios legalmente establecidos y en correspondencia con los postulados democráticos.
- Resolver mediante la ponderación de las argumentaciones y peticiones de los sujetos procesales.
- Identificar las posibles soluciones al amparo del ordenamiento jurídico.
- Decidir con prontitud, seguridad y firmeza.
- Explicar con claridad, objetividad y transparencia los criterios para la determinación de los hechos probados (con su apoyo probatorio) y de los hechos que se estime que no son demostrados.
- Esquematizar con objetividad y transparencia los fundamentos para la solución del caso.

Los anteriores elementos de competencia se enmarcan en las funciones gerencial, directiva, valorativa, decisoria y ejecutiva del Programa FIAJ.

Desde una perspectiva más amplia, debe indicarse que, en el contexto de un *Estado social y democrático de derecho*, como lo es Costa Rica, la actividad jurisdiccional no puede ser entendida como el ejercicio discrecional del poder cuya legitimidad dimana de la autoridad de quien toma una decisión jurisdiccional por el mero hecho de su investidura. Por el contrario, la legitimidad política de la función jurisdiccional descansa en las razones o fundamentos que se exponen en las sentencias judiciales.

Desde esta perspectiva, el que las partes intervinientes en el proceso (personas usuarias y sus representantes legales), el público en general y los tribunales de alzada estén en condiciones de evaluar lo que se ha decidido en una sentencia, exige la constatación de un esfuerzo argumentativo o fundamentación que justifique lo decidido en términos de aceptación intersubjetiva de la comunidad jurídica y las personas usuarias.

Como se verá en la introducción general de esta antología, los ejes temáticos del presente módulo son diversos e interdisciplinarios. Por lo anterior, desde hace mucho tiempo, la Escuela Judicial ha desarrollado la capacitación sobre estas temáticas, no solo para aspirantes a la judicatura, sino también para el funcionariado jurisdiccional activo, a partir de múltiples fragmentos bibliográficos, provenientes de diversos enfoques, tales como metodología jurídica, lógica, lógica jurídica, etc.

El presente texto ha incluido el amplio acervo bibliográfico recopilado a lo largo de los años, así como varios enfoques contemporáneos del derecho, logrando un material de estudio que trasciende el Programa FIAJ y podrá utilizarse en la capacitación y actualización de conocimientos de jueces y juezas que administran justicia en las diversas jurisdicciones del Poder Judicial, así como por la comunidad jurídica en general.

Introducción general

Asumir el conocimiento y tramitación de un conflicto sometido a conocimiento de los tribunales de justicia requiere actitudes, conocimientos y destrezas para dirigir la causa hacia un pronunciamiento jurisdiccional; es decir, la emisión de una sentencia que dé una solución práctica y justa al caso.

En otras palabras, la emisión de una sentencia está precedida de una serie de aspectos y elementos, tales como la asunción de un compromiso axiológico de la persona juzgadora, respecto a su deber de imparcialidad, independencia y sujeción a la ley para poder dar trámite al proceso sin prejuicios, preconcepciones, errores de percepción sobre los hechos y las pruebas del caso; destrezas cognitivas para evitar cometer errores inferenciales tanto en la valoración de la prueba como en la interpretación de las normas aplicables al caso; razonar sobre la determinación de los hechos y las consecuencias jurídicas aplicables al caso para la toma de la decisión correspondiente; y, finalmente, estructurar la sentencia judicial en términos de la justificación interna (respeto a los principios lógicos) y la justificación externa (aceptabilidad de las razones ofrecidas como fundamento de lo decidido por parte de quien revisa o evalúa la decisión, ya sean las partes, la colectividad o los tribunales de alzada) que resulten suficientes e intersubjetivamente aceptables a la solución de la controversia sometida a la Administración de Justicia.

Debe alcanzarse el anterior objetivo tomando en cuenta que, en la función jurisdiccional, resulta de vital importancia la concepción que tenga la persona juzgadora sobre el derecho.

Por esta razón, se desarrollan los ejes temáticos del módulo tomando en cuenta los aportes de la concepción *postpositivista o constitucionalista* del derecho, desarrollada por el iusfilósofo español Manuel Atienza Rodríguez y la llamada *Escuela de Alicante*, así como la propuesta realista-crítica del derecho que, en nuestro medio, ha promovido el iusfilósofo uruguayo-costarricense, Enrique Pedro Haba Müller. Ambas concepciones jurídicas le permiten a la persona juzgadora el desarrollo de su ejercicio profesional disponiendo de herramientas conceptuales, éticas y prácticas más cercanas a la solución de los conflictos de las personas usuarias de la Administración de Justicia, dejando atrás enfoques formalistas del derecho que, con frecuencia, generan decisiones muy alejadas de los problemas prácticos de las personas y consecuentemente injusticias.

La antología consta de siete unidades, de seguido se hace una descripción de sus contenidos y propósitos.

En la **Unidad I: *¿Qué implica la fundamentación de la sentencia judicial?***, se aborda la actividad argumentativa entendida como la fundamentación de la sentencia judicial, tanto desde una perspectiva evaluativa (lo que las partes han pedido y quién tiene la razón), como en su función

legitimadora de la Administración de Justicia, la justificación de las decisiones judiciales que, mediante un discurso racional, aspira a ser aceptada por el sistema judicial y la colectividad.

En la **Unidad II: *Fundamentación de la sentencia judicial. Entre transparencia y disimulo. Aportes críticos desde el realismo jurídico y el postpositivismo***, se pretende dar respuesta a la interrogante: ¿Cualquier aproximación o enfoque jurídico es válido para la toma de decisiones jurisdiccionales y su respectiva fundamentación? Se concluye que la manera tradicional de resolver conflictos mediante la intervención judicial puede ser mejorada desde los enfoques del realismo jurídico o bien del postpositivismo.

En la **Unidad III: *El Lenguaje y sus características como punto de partida en la argumentación jurídica***, resulta indispensable analizar las características y complejidades que presenta el lenguaje donde se argumenta, pues, al estar las normas jurídicas construidas en lenguaje natural, así como la recepción y análisis de la prueba, deben expresarse en forma de actos comunicativos lingüísticos, y conocer las características y niveles de análisis del lenguaje (sintaxis, semántica y pragmática) permite comprender y valorar con mayor amplitud la prueba, así como interpretar las normas con una visión más completa del ordenamiento jurídico.

La **Unidad IV: *Argumentación y esquemas de razonamiento*** desarrolla los esquemas de razonamiento deductivo, inductivo y abductivo en la determinación de los hechos del caso (*quaestio facti*) y la aplicación del derecho al caso concreto (*quaestio iuris*).

En la **Unidad V: *Errores en la argumentación. Falacias, sesgos cognitivos y errores evidenciados por la “lógica viva” de Vaz Ferreira***, se analizarán diferentes perspectivas acerca de los errores argumentativos más usuales, no solo para detectarlos en los planteamientos que ofrecen las partes durante el proceso, sino también para evitar que la persona juzgadora incurra en ellos al momento de dictar sentencia, lo anterior, a través del estudio de las falacias, sesgos cognitivos y errores en la forma en que se asume la discusión de problemas que tienden a conducir a errores argumentativos (propuesta de la *Lógica Viva* de Carlos Vaz Ferreira).

En la **Unidad VI: *La sentencia. Estructura y argumentos jurídicos para su fundamentación***, en la decisión y elaboración de la sentencia, se desarrollará la convergencia de las temáticas estudiadas en las unidades precedentes: derechos fundamentales y humanos, elementos lingüísticos, esquemas de razonamiento, la existencia de fuentes de error y equívocos que deben evitarse, entre otros elementos, pues son insumos para la toma de decisiones jurisdiccionales y su expresión en la sentencia judicial. Por un lado, se desarrollará el contenido de la fundamentación sobre los hechos del caso que se han tenido por probados (*quaestio facti*), en particular, la forma en que se ha llegado a tales conclusiones por medio de la valoración de la prueba a la luz de las reglas de la sana crítica. Por otra parte. El contenido de la fundamentación

jurídica que implica la aplicación de las normas en la que se subsumen los hechos del caso, para asignar las consecuencias jurídicas que correspondan según los criterios o cánones interpretativos aceptados por el ordenamiento jurídico (*quaestio iuris*).

Por último, en la **Unidad VII: Decisión jurisdiccional y modelo de persona juzgadora. Aportes metodológicos desde el postpositivismo y el realismo crítico**, se desarrollan los aportes metodológicos y axiológicos de las concepciones jurídicas postpositivista y realista crítica, para dar cuenta de la solución de conflictos jurídicos mediante la motivación de la sentencia judicial. El epílogo de esta unidad transita por la reflexión acerca del perfil profesional que la persona lectora optará por desarrollar para su ejercicio profesional.

Si bien este curso plantea un panorama amplio y complejo en cuanto a las temáticas que son parte del ejercicio de la judicatura, su ubicación en el primer bimestre del programa de estudios del FIAJ permite que sus contenidos se vayan desarrollando y profundizando en los cursos posteriores que están estrechamente relacionados.

Se espera que la presente antología sea de utilidad tanto para las personas que participan del Programa FIAJ como para otros cursos homónimos dirigidos a la población judicial activa, la comunidad académica y jurídica en general.

Unidad I

¿Qué implica la fundamentación de la sentencia judicial?

Dicha orientación [realista] comienza por advertirle al jurista, antes que nada, eso que no me cansaré de repetir: “Comprenda que no hay Dios, ni “letra”, ni “espíritu de la ley” o “voluntad del legislador”, ni modelo ideal de “racionalidad” (dialogal o no dialogal), ni ninguna otra cosa, que le vayan a resolver ese problema en lugar suyo. ¡Decide USTED, no busque disimular este HECHO!

Enrique Pedro Haba¹

Se pueden justificar las decisiones judiciales, porque los jueces tienen a su disposición no sólo las razones suministradas por las leyes, sino también las provenientes de la constitución; las razones constitucionales están ancladas en el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales y tienen una fuerza superior a la de las razones legales. Y el juez debe justificar sus decisiones, porque el ideal del Estado constitucional es el sometimiento del poder a la razón, la idea de que no cabe algo así como un poder desnudo [...]

Manuel Atienza²

1 Haba, 2002: 30.

2 Atienza, 2014: 4.

Introducción

En esta unidad, interesa analizar los alcances de la actividad argumentativa como herramienta para el ejercicio de la actividad de las personas juzgadoras, tanto en su dimensión evaluativa (sobre las alegaciones de las partes procesales) como en su función legitimadora de la Administración de Justicia; es decir, elaborar la justificación de las decisiones judiciales, lo que constituye la fundamentación de las sentencias. Este último aspecto resulta de gran relevancia, pues conecta la actividad jurisdiccional con el valor constitucional de “*Justicia pronta y cumplida*”.

Objetivo general

- Valorar la importancia de la argumentación como forma de discusión racional en la búsqueda de soluciones a problemas diversos.

Objetivos específicos

- Distinguir los significados y escenarios de las acciones de razonar, argumentar y fundamentar para su aplicación.
- Reconocer las áreas o enfoques tradicionales de la argumentación: lógica, dialéctica y retórica, así como su conexión histórica con las formas contemporáneas de discernimiento del derecho para su análisis.
- Identificar el enfoque argumentativo del derecho en sus concepciones: formal, material y pragmática para su aplicación.
- Analizar la importancia que la actividad argumentativa tiene en la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales y en la legitimidad democrática de la Administración de Justicia para su aplicación.

Tema 1. Argumentar y fundamentar

Tema 1.1. Razonar, argumentar, fundamentar... los orígenes

El mundo de lo jurídico en general y la administración de justicia en particular guardan una estrecha relación con las prácticas argumentativas, pues el derecho como instancia de solución de conflictos y de regulación del orden social exige una racionalidad procedimental que permita reconducir las disputas a formas pacíficas, regladas, previsibles y vinculantes.

El siguiente texto es revelador en cuanto a la importancia medular de las prácticas argumentativas para la solución de conflictos sociales y su conexidad originaria con la función jurisdiccional:

*Todas las ciencias humanas tienen sus **mitos fundacionales**. Los de la argumentación están sin duda entre los más antiguos, ya que se remontan al siglo V a.C. Se cuenta que en esa época Sicilia estaba gobernada por dos tiranos, que habían expropiado las tierras para distribuirlas a sus soldados. Cuando en el año 467 a.C. una insurrección derrocó la tiranía, los propietarios expoliados reclamaron sus tierras y se produjeron como consecuencia infinidad de procesos. En estas circunstancias fue cuando Córax y Tisias habrían compuesto el primer «método razonado» para hablar ante un tribunal o, en otros términos, el primer tratado de argumentación.*

*Esta historia merecería ser verdad, especialmente porque da a la argumentación un origen curiosamente paralelo al de la geometría. En efecto, Heródoto (siglo V a.C.) atribuye la invención de esa ciencia a los egipcios quienes, cada año, debían reparar los daños causados por las crecidas del Nilo. En resumen, en los dos casos se trataría de un problema de límites difuminados, en este caso por el río y en aquél, por el tirano. ¿Cómo restablecer los límites de las propiedades? Para las catástrofes **naturales**, una respuesta **geométrica**; para las catástrofes **culturales**, una respuesta a través de la **argumentación**. (Plantin, 2015: 5 y 6).*

En Roma en el siglo I a. C., en un texto de su juventud llamado *De inventione rhetorica*, Marco Tulio Cicerón, quien es considerado el padre de la filosofía del derecho, narra parte de la mitología respecto a las prácticas argumentativas que ya eran un lugar común en el mundo antiguo.

Debe aclararse que lo referido por Cicerón guarda relación con la perspectiva retórica que, como se verá, es una de las perspectivas de análisis de la argumentación contemporánea.

No obstante, en el mundo grecolatino, el dominio de esta disciplina era fundamental para ejercer la ciudadanía, la discusión pública y el buen gobierno. Se entendía como el arte de la persuasión que debía ejercerse con cierta actitud ética, como se verá:

Hubo un tiempo, en efecto, en el que los hombres erraban por los campos como animales, se sustentaban con alimentos propios de bestias y no hacían nada guiados por la razón sino que solían arreglar casi todo mediante el uso de la fuerza; no existía aún el culto a los dioses; nada regulaba las relaciones entre los hombres; nadie había visto aún matrimonios legales ni mirado a hijos que pudiera considerar como propios; tampoco conocían los beneficios de una justicia igual para todos. Así, por error e ignorancia, la pasión ciega e incontrolada que domina el alma satisfacía sus deseos abusando de su perniciosa compañera, la fuerza física.

Entonces un hombre sin duda superior y sabio descubrió las cualidades que existían en los hombres y su disposición para realizar grandes empresas si fuera posible desarrollarlas y mejorarlas mediante la instrucción. Dotado de un talento excepcional, congregó y reunió en un mismo lugar a los hombres que estaban dispersos por los campos y ocultos en los bosques y les indujo a realizar actividades útiles y dignas; al principio, faltos de costumbre,

se resistieron, pero luego le escucharon con un entusiasmo cada vez mayor gracias a su sabiduría y elocuencia; así, de fieros e inhumanos los hizo mansos y civilizados.

En lo que a mí respecta, no creo que una sabiduría muda y sin elocuencia hubiera podido apartar repentinamente a los hombres de sus costumbres y hacerles adoptar géneros de vida diferentes. Además, una vez que fueron fundadas las ciudades, ¿cómo hubieran podido los hombres aprender a mantener vínculos de fidelidad y respetar la justicia, a acostumbrarse a obedecer a otros voluntariamente, a juzgar no sólo que debían trabajar por el bien común sino incluso dar su vida por él, si otros hombres no hubieran sido capaces de convencerlos con su elocuencia de lo que su razón les había revelado? Es evidente que sólo un discurso grave y elegante pudo convencer a hombres dotados de gran fuerza física para que, sometiéndose a la justicia sin recurrir a la violencia, aceptaran ser iguales que aquellos a los que podían dominar, y renunciaran voluntariamente a unas costumbres tan agradables a las que el tiempo les había conferido el carácter de un derecho natural. (Cicerón, 1997: 87 y 88).

Este relato mítico sirve a Cicerón para sustentar su postura acerca de la centralidad de la persuasión mediante la destreza en el uso de la palabra. Pero advierte que tal salto civilizatorio no hubiese sucedido, si tal proceder no fuera acompañado de una finalidad provechosa, dirigida al bien común, pues la retórica está integrada por el **logos** (razón o inteligencia), el **pathos** (manejo de las emociones del auditorio) y, sobre todo, por el **ethos**, caracterizado por la conducta o carácter del hablante u orador que le dota credibilidad. Cicerón se refiere a eso cuando alude a:

[...] la sabiduría sin elocuencia es poco útil para los estados, pero que la elocuencia sin sabiduría es casi siempre perjudicial y nunca resulta útil. Por ello, quien descuida el estudio noble y digno de la filosofía y la moral y consagra todas sus energías al ejercicio de la palabra, se convierte en un ciudadano inútil para sí mismo y perjudicial para su patria.

Por el contrario, quien se arma con la elocuencia no para luchar contra los intereses de su patria sino para defenderlos, éste, en mi opinión, será un hombre muy útil tanto para los propios intereses como para los intereses públicos y un leal ciudadano [...]. (Cicerón, 1997: 87).

De las ideas expresadas por Plantin y Cicerón, se puede colegir que, a través de la historia, las prácticas argumentativas han sido centrales para la convivencia humana, siendo el campo del derecho un espacio donde el valor de la argumentación se ha venido acrecentando y se ha manifestado como la fuente de legitimación de la función jurisdiccional, en particular, con el advenimiento del Estado constitucional de derecho donde vivimos hoy día.

De previo a profundizar en la relación entre la actividad argumentativa y el derecho, interesa emplear nociones y conceptos que resultarán útiles para este propósito. El filósofo español Hubert Marraud, al referirse sobre la acción de argumentar, afirma:

Argumentar es tratar de mostrar que una tesis está justificada. Como a menudo el fin es persuadir a alguien, se dice también que argumentar es intentar persuadir a alguien de algo por medio de razones, es decir racionalmente [...]. Argumentar es una práctica comunicativa que tiene una dimensión social [...]. (Marraud, 2016: 11-13).

Por otra parte, en palabras de la autora española Lilian Bermejo Luque, se puede estimar el valor de la argumentación en la esfera comunicativa de los seres humanos a partir de su principal uso o finalidad: la persuasión:

Dar razones es dar cuenta de nuestra racionalidad ante otros, a la vez que apelamos a la suya propia. Así, el único poder que ostenta quien argumenta es el de hacer valer la fuerza de las buenas razones como guías para determinar qué creer y qué aceptar. Quien argumenta no apela a su capacidad de hacernos bien o mal; no pretende persuadirnos apelando a lo que nos conviene, pues argumentar tampoco es negociar.

Yes por esto que la fuerza de la argumentación, su única fuerza, es una fuerza intrínsecamente legítima: es la propia racionalidad humana, su susceptibilidad a las buenas razones, la que determina la efectividad de la argumentación como instrumento de interacción.

En cuanto seres sociales y racionales, los humanos estamos abocados a la comunicación argumentativa. Nuestra naturaleza social nos compele a relacionarnos e interactuar con nuestros semejantes y, para ello, la argumentación resulta tremendamente útil: ofrecer razones es una forma eficaz de persuadirnos mutuamente y, de ese modo, poner en común nuestras creencias y coordinar nuestras actuaciones. Pero, por otro lado, ofrecer razones es una forma eficaz de persuadirnos en la medida que los humanos somos seres racionales, en el sentido de ser susceptibles a la fuerza de las razones a la hora de conducir nuestras creencias. Ejercer nuestra sociabilidad a través de la práctica de argumentar es hacer un ejercicio doble de racionalidad; la racionalidad de los humanos determina la efectividad de la argumentación como instrumento de persuasión y, puesto que resulta tan efectiva como tal, la misma racionalidad humana a la hora de elegir buenos medios para sus fines explica, a su vez, que la práctica de argumentar esté tan extendida. (Bermejo, 2014: 20 - 21)

Como puede apreciarse, existe una relación entre las acciones de *argumentar* y *razonar*, así como entre los conceptos de *argumentos* y *razones*, de allí que resulte conveniente dilucidar estos vínculos:

Razonar e inferir son procesos psicológicos de revisión o conservación de creencias, planes o intenciones. Razonar es practicar inferencias y una inferencia es el paso de unas creencias a otras creencias... Tampoco es lo mismo argumentar que razonar. Argumentar es usar argumentos y los argumentos expresan razonamientos, pero razonar no es una práctica comunicativa. Razonamos para resolver problemas, extraer conclusiones, tratar de entender algo, etc. Por tanto, a diferencia de argumentar, razonar no es un intento de justificación. Muchas veces razonamos antes de argumentar y nuestra argumentación expresa lo mejor de nuestro razonamiento, que por tanto se desarrolla antes y fuera del contexto de nuestra argumentación. (Marraud, 2016: 12-13).

De lo dicho por Marraud, se puede colegir que **argumentar** conlleva una dimensión comunicativa en la cual se argumenta a partir de razones y frente a alguien, no es un proceso solitario, sino que exige una actitud discursiva pública sujeta a la evaluación de terceras personas.

Razonar es una actividad o proceso psicológico previo a la argumentación, es un tipo especial de actividad mental o pensamiento mediante el cual se realizan inferencias; no obstante, carece de la dimensión comunicativa.

En palabras de Luis Vega Reñón: “[...] **cabe decir que toda argumentación envuelve algún proceso de inferencia y algún razonamiento. Pero de ahí no se sigue que todo razonamiento conduzca a, o se exprese discursivamente como, una argumentación [...]**”. (Vega y Olmos, 2016: 509). Cuando se alude a un *argumento* o un *razonamiento*, usualmente se hace referencia a un producto o resultado.

Al orientar esta exposición al terreno de la argumentación en el campo del derecho, es de interés puntualizar algunas características que se han ido planteando o sugiriendo, lo anterior en palabras del filósofo del derecho español Manuel Atienza:

*Los elementos que configuran el concepto de argumentación (en un plano muy abstracto) serían los cuatro siguientes: 1) **Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje.** Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos, o fragmentos de argumentos, que no consisten en un uso explícito del lenguaje; al menos, del lenguaje hablado o escrito. 2) **Una argumentación presupone siempre un problema,** una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) **Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad.** Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas y la conclusión). 4) **Argumentar es una actividad racional,** en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera. Lo resaltado no es del original. (Atienza, 2013; 109-110).*

En el derecho, particularmente en la actividad jurisdiccional, decidir y argumentar están ligados en términos similares a los recién expuestos respecto a razonar y argumentar.

En rigor, el abordaje de un caso en sede judicial implica para las personas juzgadoras varias acciones, generalmente secuenciadas, que implican percibir hechos y circunstancias del caso, a través de las pruebas —razonamiento teórico—, la recepción de argumentos proferidos por las partes procesales, una reflexión entre los hechos acreditados y las consecuencias normativas que deben asignarse —razonamiento práctico—, lo que implica, a su vez, que se haya adoptado una decisión, y esta debe ser comunicada a terceras personas (las partes procesales, así como la

comunidad jurídica en general). Así la exposición de las razones por las cuales se ha dado tal decisión implica la fase argumentativa de la función jurisdiccional, a lo que usualmente se denomina la fundamentación de la sentencia.

Tema 1.2. Una visión panorámica del campo de la argumentación (lógica, retórica y dialéctica)

Es necesario hacer una referencia general acerca del campo de la argumentación que tradicionalmente se ha podido estudiar desde tres perspectivas enunciadas por Aristóteles: analítica (lógica formal), dialéctica y retórica.

Para dicho objetivo, en un primer momento, se utilizará la exposición del autor Luis Vega Reñón (Vega, 2015, 27-31) en un apartado que lleva el mismo nombre que el presente acápite:

Una visión panorámica del campo de la argumentación

*Según una venerable tradición que se remonta al primer explorador y topógrafo del campo de la argumentación, Aristóteles, se distinguen tres regiones que, en su honor, cabría llamar Analítica, Dialéctica y Retórica. **La Analítica** es el lugar natural de las pruebas deductivas, de las demostrativas en particular: aquellas que discurren desde unos principios o puntos de partida iniciales e incontestables para establecer otra proposición verdadera que se sigue de ellos por necesidad. Estas pruebas consisten en argumentos considerados como productos discursivos, autónomos e impersonales —en calidad de “textos”—, cuyo análisis determina la estructura ilativa de las proposiciones integrantes que, a su vez, sólo son relevantes por su forma lógica (predicaciones afirmativas o negativas acerca de unos sujetos tomados de modo universal o particular, e.g. “todo S es P”, “algún S no es P”) y, en caso de ser asertos significativos (p. ej. “ningún hombre es piedra”), por tratarse de afirmaciones / negaciones verdaderas o falsas [...] Procura sentar unos criterios que nos permitan reconocer la validez o invalidez lógica o, en términos más generales, la corrección o incorrección de los argumentos —productos textuales y autónomos— analizados. Se supone que un argumento es correcto si la conclusión se desprende de las premisas con arreglo a las condiciones específicas que gobiernan el tipo de nexos ilativos expresados o pretendidos [...] **La Dialéctica** es, en cambio, el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, sea teórica o práctica, de orden especializado (una cuestión filosófica, cosmológica, médica, etc.) o de interés común o general (¿qué régimen político es preferible para el bienestar de una comunidad determinada?, ¿a quién se debe acudir en un problema de salud, a la familia o al médico?). Ahora lo que importa no son los productos de la argumentación, sus transcripciones textuales como argumentos autónomos, sino, por un lado, los procedimientos argumentativos a disposición de los agentes discursivos que mantienen el debate y, por otro lado, las normas que gobiernan y dirigen el ejercicio de los papeles de defensor u oponente en el curso de su interacción [...] Si uno de los puntos críticos del análisis en esta perspectiva es la detección y el tratamiento de las falacias, como maniobras ilegítimas, una de sus aspiraciones es la provisión y la invención de estrategias argumentativas no sólo legítimas, sino fiables y eficaces. Los criterios al respecto no obran, por lo regular, de la forma terminante y general que caracterizaba a los criterios de rigor en el ámbito analítico, donde un argumento dado*

A o es válido o es inválido; y si A es válido, también son válidos todos los argumentos de la misma forma lógica que A.

*Pues ahora nos movemos en otro terreno, harto irregular y pantanoso, donde el curso de la argumentación deviene no sólo sensible al contexto discursivo sino cambiante y sujeto a las vicisitudes de la propia interacción [...] **La Retórica** sería, en fin, el lugar natural de los procesos de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o disposiciones en el ánimo de un interlocutor o de un auditorio, o a provocar determinadas reacciones y actuaciones por su parte [...] Convencer, persuadir o disuadir a alguien de algo, seducirlo personalmente o atraparlo en las redes del discurso vienen a ser, de una parte, los objetivos buscados y, de otra parte, los efectos eventuales, pero no automáticos, de nuestras intervenciones discursivas en procesos reales y concretos de argumentación [...] Las artes retóricas no cuentan con un proceder que tenga asegurado de antemano su éxito suasorio o disuasorio. A diferencia tanto de los criterios analíticos, como de las interpretaciones y las regulaciones dialécticas, que pueden determinar la calidad interna, racional o razonable, de un argumento o de un procedimiento argumentativo, no hay criterios o métodos retóricos que aseguren la eficacia práctica o el efecto pretendido de un proceso argumentativo concreto. El mismo discurso, bueno o malo, puede (con)mover a una determinada gente en un determinado lugar y en un determinado momento, y aburrir o dejar indiferente a esa misma o a otra gente en otro lugar o en otro momento. Entonces pasan a un primer plano ciertos aspectos nuevos o solapados de la argumentación: el ethos o el talante expresivo del agente discursivo, el pathos o la disposición anímica de aquellos a quienes se dirige o llega el discurso, la adecuación del discurso a los destinatarios; pero también cuentan el escenario, el medio y el formato de la comunicación y, en suma, la situación concreta de interacción e inducción.*

Si se contraen los rasgos distintivos de estos tres paisajes —lugares en, y perspectivas sobre, el campo de la argumentación—, a tres consideraciones básicas: el foco central de atención, el principal modelo supuesto o contemplado, un objetivo que se pretende lograr a través de ese enfoque de las muestras discursivas contempladas, cabe obtener este esquema:

Modelo	Foco central	Modelo principal	Un objetivo característico
<i>Analítico</i>	<i>Argumentos ≈ productos textuales.</i>	<i>P r u e b a s r a c i o n a l e s (demostraciones)</i>	<i>Determinación de validez o corrección, según criterios semánticos lógicoformales o metodológicos.</i>
<i>Dialéctico</i>	<i>Procedimientos de interacción argumentativa.</i>	<i>D e b a t e s razonables.</i>	<i>Discriminación de actuaciones buenas malas (falaces) mediante análisis pragmáticos y contextuales.</i>
<i>Retórico</i>	<i>Procesos de comunicación personal.</i>	<i>D i s c u r s o s suasorios.</i>	<i>Catalogación de recursos para inducir creencias, disposiciones o acciones.</i>

A mayor abundamiento, siguiendo a Hubert Marraud, se pueden sintetizar las perspectivas o enfoques aludidos, además se mencionarán otros enfoques contemporáneos que se podrán asociar, más adelante, a las prácticas jurídicas donde participan quienes administran justicia:

Nuestra comprensión actual de sus diferencias se funda en lo que podemos llamar el principio de las tres Ps: la retórica trata de los procesos argumentativos, la dialéctica de los procedimientos argumentativos, y la lógica de los productos de la argumentación.

- 1) La **retórica** estudia la argumentación como un proceso de comunicación persuasiva, y en consonancia insiste en la distinción entre argumentación eficaz y argumentación ineficaz. La **dialéctica** estudia la argumentación como un procedimiento cooperativo para la toma de decisiones, y por ello juzga las argumentaciones como procedentes o improcedentes.
- 2) Finalmente, la **lógica** estudia los productos de la argumentación, y lo hace desde un punto de vista normativo, distinguiendo entre argumentos convincentes y no convincentes.

A estos tres enfoques clásicos pueden añadirse otros. Por ejemplo,

- El **enfoque lingüístico** (Ducrot y Anscombe 1983), que estudia la argumentación como una función del lenguaje y se centra en la oposición argumento-no argumento,
- La **psicología de la argumentación**, representada por Mercier y Sperber: El razonamiento suele verse como un medio para adquirir conocimiento y tomar mejores decisiones. Sin embargo, muchas pruebas muestran que el razonamiento a menudo lleva a distorsiones epistémicas y a pobres decisiones. Eso sugiere que hay que repensar la función del razonamiento. Nuestra hipótesis es que la función del razonamiento es argumentativa- Es encontrar y evaluar argumentos para persuadir. Así concebido el razonamiento es adaptativo dada la excepcional dependencia de los humanos de la comunicación y su vulnerabilidad a la desinformación (Mercier y Sperber 2011, p. 57).
- La **pragmática normativa** (Jacobs 2000), que concibe la argumentación como un acto de habla complejo cuyo propósito es justificar o rebatir una tesis para que un crítico razonable acepte la posición correspondiente.
- El **enfoque socio-institucional** que reivindica Luis Vega (2014) para analizar los procesos colectivos de discusión de propuestas y ponderación de alternativas para resolver cuestiones prácticas de interés o dominio público. (Lo destacado no es del original). (Marraud, 2015: 2 y 4).

Los diferentes enfoques argumentativos están presentes en el quehacer jurídico de las personas juzgadoras, en diferentes etapas y con variable intensidad.

Tema 1.3. Resurgimiento de la argumentación como disciplina y su impacto en el derecho

Según Luis Vega Reñón, la argumentación se encuentra actualmente en un período de renacimiento que inició en los años cincuenta del siglo pasado, y se puede observar, desde una perspectiva histórica, el siguiente recorrido:

[...] podemos apreciar tres grandes momentos o épocas de la teoría de la argumentación en el curso de nuestra cultura occidental.

1. El primero es el momento, digamos, fundacional. Tiene lugar durante los ss. V-IV en Atenas y discurre desde los rhetores y los llamados sofistas hasta el padre Aristóteles. Según es bien sabido, de Aristóteles parten las tres perspectivas clásicas sobre el campo que luego, en nuestros días, llegarán a oficiar de dimensiones constitutivas del propio discurso argumentativo: la lógica (“analítica”), la dialéctica y la retórica, aunque por lo regular hayan tenido vidas de parientes lejanos, historias diferentes y separadas.

2. El segundo es el momento escolar o, si se quiere, incluso profesional del cultivo de la argumentación. Corresponde a la escolástica medieval de los ss. XII-XIV y está representado de modo paradigmático por la figura del magister en Teología. La carrera conducente al desempeño de esta función universitaria llevaba consigo estatutariamente, desde el s. XIII, la práctica regular de la argumentación durante más de 15 años: la habilitación final como magister en Teología suponía un trato con diversas modalidades de quaestiones y disputationes desde los 14-15 años de edad hasta los 30 y tantos. Por lo demás, en algunos tratados escolares de finales del s. XII, ya aparecen nociones relacionadas con la argumentación no solo heredadas sino relativamente autóctonas.

3. El tercero es el momento del renacimiento actual. Viene marcado inicialmente por tres contribuciones que suelen considerarse capitales, aunque su influencia no haya sido determinante al mismo tiempo, del mismo modo y en las mismas áreas o lugares. Son, digamos, nuestros modernos clásicos:

- Chaïm Perelman & Lucie Olbrechts-Tyteca (1958), *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles.
- Stephen E. Toulmin (1958), *The uses of argument*. Cambridge UK: Cambridge University Press.
- Charles L. Hamblin (1970), *Fallacies*. London: Methuen. (Vega, 2014:3-4).

Este resurgimiento mencionado por el profesor Vega Reñón coincide con la irrupción de una fuerte crítica al *positivismo jurídico formalista* que estuvo en boga desde finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX. Esta forma de entender el derecho se desarrolló bajo el influjo de la mentalidad positivista de la época.

Se pensaba que el derecho en general y las decisiones de quienes juzgan en particular podrían alcanzar el nivel epistémico propio de las matemáticas, la lógica formal o de las ciencias exactas. Desde esta visión, se entiende la actividad jurisdiccional como la aplicación de razonamientos lógico-formales (deductivos), cuyas conclusiones serían decisiones judiciales “exactas” o “correctas”, colocando a la *seguridad jurídica* como un valor supremo, en aras de una pretendida previsibilidad absoluta de los pronunciamientos judiciales.

Como se irá desarrollando, esta forma de entender el derecho y la decisión judicial fue ilusoria, y hasta podría decirse que fue un autoengaño. El movimiento realista norteamericano fue

el que principalmente evidenció las falencias de esta forma de entender la actividad jurisdiccional, pues desveló que, muchas veces, las razones por las cuales se decide no pueden ser explicadas de forma racional. De hecho, no en pocos casos, la subjetividad de la persona juzgadora influía más en la resolución de los casos que los propios hechos, pruebas y normas jurídicas.

El resurgimiento de la argumentación como disciplina, así como la crítica al modelo jurídico dominante contaron con los aportes de autores que impactaron ambos campos del conocimiento, por un lado, **Chaïm Perelman** y **Lucie Olbrechts-Tyteca** en su obra ***Tratado de argumentación: la nueva retórica*** publicada en 1958, por otra parte, la obra de **Stephen Toulmin: *Los usos de la argumentación*** también de 1958.

En el ámbito de jurídico, una crítica similar en contra de la “*lógica jurídica*” fue desarrollada por **Theodor Viehweg** en su obra ***Tópica y jurisprudencia*** de 1951 y, en el mundo latino, desde inicio de la década de los años cincuenta, el filósofo del derecho hispano-mexicano, **Luis Recaséns Siches**, hablaba de ***logos de lo razonable*** o ***lógica de lo humano***:

Lo que caracterizó a los precursores, en los años cincuenta del siglo pasado, fue la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo. Recaséns Siches (inspirándose en Ortega) defendió la idea de un logos de lo razonable (adecuado para campos como el Derecho) que contrapuso al logos de lo racional. Viehweg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tónica; y la tónica no sería un ars iudicandi, una técnica referida al paso de las premisas a la conclusión, sino un ars inveniendi, volcado al descubrimiento de las premisas y centrado en la noción de problema (y no en la de sistema). Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico-deductivos o demostrativos a los de carácter retórico; estos últimos no tratarían de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir a un auditorio. Y, en fin, Toulmin se opuso al estudio tradicional de los argumentos desde un punto de vista puramente formal y, en su lugar, propuso un enfoque procedimental, dialéctico; una lógica operativa construida a partir del modelo del Derecho: «la lógica —llegó a afirmar— es Jurisprudencia generalizada» (Toulmin 1958: 7). (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 30-31).

El rechazo hacia el enfoque lógico-formal en el derecho por parte de los autores de los años cincuenta del siglo anterior luego fue matizado en los años setenta, ya que la complejidad de la actividad jurídica demanda la presencia de muchos recursos argumentativos, en cuenta la lógica formal, pero ya no como un elemento central, sino como un componente que Atienza califica como *condición necesaria, pero no suficiente* para dar cuenta de la argumentación jurídica. Aparte del enfoque o concepción formal, se requieren elementos de otras perspectivas, tales como la material y la pragmática.

EJERCICIO

Señale ejemplos de las diferentes etapas, actividades o situaciones que, en la práctica jurídica, se puedan asociar con los enfoques argumentativos mencionados (dos ejemplos respecto a cada enfoque).

Retórica	
Dialéctica	
Lógica	

Tema 2. El derecho como argumentación. Concepciones: formal, material y pragmática

El profesor Manuel Atienza Rodríguez ha venido desarrollando una propuesta o enfoque argumentativo del derecho en las últimas décadas y, sin pretender reducir el derecho a una mera actividad argumentativa, puede ofrecer herramientas para una mejor práctica jurídica. Atienza basa su trabajo en autores que se consideran como los precursores de lo que denomina la **teoría estándar de la argumentación jurídica**; entre ellos, los ya mencionados Theodor Viehweg, Chäim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, Stephen Toulmin, así como autores más contemporáneos como Neil MacCormick, Robert Alexy, entre otros. En su propuesta argumentativa del derecho, Atienza explica los tres enfoques o concepciones de la argumentación presentes en las prácticas jurídicas:

Hay tres formas características de interpretar esos elementos comunes que definen el concepto de argumentación y, por ello, cabe hablar también de tres concepciones o de tres aproximaciones básicas a la argumentación: formal, material y pragmática.

*La **concepción formal** ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados —premisas— de tal forma, se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada*

forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado: la lógica (la lógica estándar o clásica) no describe cómo la gente argumenta, sino que señala ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción característica de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el modus ponens o silogismo subsuntivo; si un razonamiento asume esa forma, entonces cabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto, aunque no por ello resulte ser un razonamiento sólido o persuasivo.

Para la **concepción material**, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc. El centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión. Sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal; una buena argumentación desde la perspectiva material presupone la corrección formal, pero tiene que cumplir también ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las fuentes del Derecho, de la interpretación o de la prueba. Un ejemplo de esa manera de entender la argumentación jurídica la encontramos en la «lógica material» o logos de lo razonable de Recaséns Siches, en la tópica de Viehweg o en la teoría interpretativa del Derecho de Dworkin.

Finalmente, la **concepción pragmática** contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. Lo que importa aquí es la argumentación vista como una actividad, como una interacción; en el transcurso de esa actividad se producen, naturalmente, argumentos, pero las premisas y conclusiones de los mismos no son ya enunciados sin interpretar o enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados aceptados, puesto que sin ciertos puntos de acuerdo no sería posible llevar a cabo esa actividad. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en cierto modo en términos individuales (una argumentación es algo que un

*individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social (o bien presupone que el individuo que argumenta en esta forma se desdobra en dos o más agentes razonadores). El éxito de la argumentación depende de que efectivamente se obtenga (o debiera obtenerse) la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de **la retórica**, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático (los elementos básicos son los de orador, discurso, auditorio y persuasión). Y el otro es el de **la dialéctica**, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante. Las concepciones de la argumentación de Perelman y de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico. (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 109-110).*

En las siguientes unidades, se puntualizará la importancia de cada una de estas concepciones en los diferentes momentos, etapas acciones y actos del quehacer jurídico, por lo pronto, se presentan algunos ejemplos:

- ✓ La **concepción formal** tiene presencia en la forma en que se estructura una sentencia judicial, ya que dicha estructura debe respetar criterios lógico-formales que conocemos como las reglas de la lógica, y debe existir consistencia lógica entre las premisas y la conclusión. El *silogismo judicial* implica la determinación de una premisa fáctica (los hechos probados) que se debe subsumir o no respecto a una premisa normativa y se debe arribar a una conclusión. Más adelante, se analizará esta temática en términos de justificación interna de la sentencia.
- ✓ La **concepción material** se relaciona con los procedimientos inferenciales que se hacen respecto a los hechos, la prueba y las normas aplicables, donde casi siempre se trabajará con inferencias inductivas, así como con tópicos o ideas aceptadas por la comunidad jurídica que se conocen por medio de principios o máximas de la experiencia. Aquí tiene presencia lo que se analizará como justificación externa de la sentencia.
- ✓ La **concepción pragmática** no solo guarda relación con la estructura del proceso judicial y su reglamentación (debido proceso legal) o con las facultades argumentativas de las partes en sus alegatos conclusivos, sino además la forma en que se deben valorar hechos por medio de las pruebas requiere consideraciones de contexto que permitan la solución más adecuada en el caso concreto —coherencia narrativa—. Este necesario nivel de contextualización para el análisis de los casos concretos también se proyecta a la interpretación normativa —coherencia normativa—.

Los tres enfoques argumentativos indicados por Manuel Atienza, como se verá más adelante en la Unidad III, coinciden con los tres niveles de análisis lingüístico de la **semiótica** o **semiología**. La concepción formal coincide con el primer nivel de análisis lingüístico, **la sintaxis**; la concepción material coincide con el segundo nivel de análisis, **la semántica**; y, finalmente, el tercer nivel de análisis lingüístico, **la pragmática**, coincide con el enfoque pragmático de la argumentación jurídica.

La integración al estudio del derecho de los diferentes niveles de análisis del lenguaje resulta imprescindible, para poder desarrollar una concepción de jurídica mucho más profunda que, a su vez, permite el ejercicio de la actividad jurisdiccional menos formalista, más consciente y comprometida con los fines del derecho en una sociedad democrática.

Por otra parte, la incorporación de saberes provenientes de la semiótica permite comprender tanto las propuestas del profesor Atienza y los llamados *postpositivistas*, como el planteamiento desde el *realismo crítico*, expuesto por el reconocido iusfilósofo uruguayo-costarricense, Enrique Pedro Haba Müller, aunque con implicaciones distintas entre ambas propuestas.

EJERCICIO

Explique y ejemplifique ¿cómo se relaciona la valoración de la prueba con las concepciones: formal, material y pragmática de la argumentación jurídica?

Tema 3. Actividad argumentativa y legitimación democrática de la Administración de Justicia

Tema 3.1. Actividad argumentativa en las sentencias judiciales como una exigencia contemporánea

A lo largo de la historia, la importancia que ha tenido la argumentación como actividad racional en la búsqueda de soluciones razonables a problemas de diferente índole no se discute. Sin embargo, resulta necesario analizar si esta actividad, presente en el quehacer jurídico, tiene un lugar o cumple una función legitimadora en el ejercicio del poder que los jueces y las juezas ejercen en sus decisiones jurisdiccionales.

Por otra parte, también conviene determinar si la función jurisdiccional encuentra en las prácticas argumentativas una fuente legitimación política en el contexto de las sociedades democráticas.

Para avanzar en las interrogantes que se han planteado, se toma como punto de partida la siguiente disposición de la corona española, la Real Cédula del rey Carlos III del 23 de julio de 1778, la cual formó parte de la *Novísima Recopilación* (Ley VIII, tit. 16, libro XI):

Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en mi Consejo, y en la mayor parte de los tribunales del Reyno [...]. (Atienza, 2014: 1-2).

Del mandato transcrito, el monarca manifiesta razones de índole administrativa que restan eficiencia a la justicia. Sin embargo, lo que resulta más relevante para el actual análisis es que lo que origina la prohibición de que se motiven las decisiones judiciales; es decir, que esta actividad genere “*cabilaciones en los litigantes*”, lo cual es calificado por la cédula real como inconveniente.

Si se toma en cuenta que tal disposición o mandato tuvo lugar en el marco de una monarquía absoluta, el sentido de dicha disposición es totalmente coherente con el sistema político de gobierno de la época, pues, en el absolutismo monárquico, se aduce que la legitimación política del gobernante proviene de la divinidad, y la administración de justicia es una labor burocrática que se ejerce en todo el reino por delegación y en nombre del rey.

Si la autoridad de los jueces (únicamente hombres en ese tiempo) es por delegación de quien detenta el poder por designios divinos, no es dable cuestionar la autoridad de la palabra de quienes juzgan, por cuanto sería poner en tela de juicio la autoridad del propio rey y dudar de la voluntad de Dios. Así, ¡Carlos III tenía razón!

Ahora bien, en nuestro contexto histórico actual, en el sistema político de las sociedades democráticas, la soberanía reside en el pueblo, este a su vez elige a sus representantes para que se legisle y gobierne por delegación.

De lo anterior se colige que la legitimación democrática del gobierno se obtiene mediante un mandato de poder popular delegado que se expresa en votos, una legitimidad política construida por criterios electorales.

Hasta este punto, resulta claro que la legitimación democrática del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo proviene de la elección que hace el pueblo por medio del sufragio; pero cabe preguntarse: ¿de dónde proviene la legitimidad democrática del Poder Judicial? ¿Será acaso que es un poder del Estado con un déficit de legitimación democrática?, pues se sabe que, en nuestro medio, quienes administran justicia no son electos por medio de criterios de representación electoral. Estas interrogantes esperan ser respondidas a lo largo de este acápite. Sin embargo, de momento, se avanzará en una dirección paralela a las preguntas planteadas.

Como resultado de la catástrofe que a todo nivel significó la II Guerra Mundial, las democracias occidentales fueron creando un marco constitucional rígido que consagró los derechos fundamentales de las personas con una fuerza normativa que impidiera la regresión de estos derechos fundamentales.

Así surge el *Estado constitucional de derecho* como paradigma superador del anterior *Estado de derecho*. Las prácticas jurídicas, así como las prácticas culturales fueron asentando una ciudadanía que no admitía que se le impusiera una decisión fundada en el simple ejercicio de un puesto de autoridad pública.

Cada vez más, para que resulten legítimos las decisiones y los actos provenientes de las autoridades públicas ante la ciudadanía, requieren una exposición de razones o motivos que los fundamenten.

Aunque las razones, motivos y fundamentación pueden ser entendidos como acciones diferenciadas en el contexto de las resoluciones judiciales, para lo que sigue, las acciones de *motivar*, *fundamentar* y *argumentar* se entenderán en un sentido semántico de sinonimia:

*[...] hay algo en lo que hoy creo que sí se aprecia coincidencia: la necesidad de acreditar la racionalidad de las decisiones; de acreditar, en fin, que el ejercicio más o menos discrecional de poder que representa la sentencia no es sin embargo un ejercicio arbitrario³. El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que representa «el signo más importante y típico de “racionalización” de la función judicial» (CALAMANDREI, 1960: 115). La motivación es justificación, exposición de «las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable» (ATIENZA, 1991: 22-23), y constituye así una exigencia del Estado de derecho en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. Por ello no es casual que una de las obras teóricas sobre los límites del poder más estimulantes de los últimos tiempos, el libro tantas veces citado de L. FERRAJOLI, *derecho y razón*, atribuya a la motivación el valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional. Como tampoco es casual que una gran parte de los esfuerzos realizados en las últimas décadas desde la teoría del derecho hayan girado sobre este punto⁴. Y es que en una sociedad moderna, donde los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad sino*

3 Como indica AÑÓN (1994: 902), «la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad ni es equivalente a una toma de decisiones arbitraria; por el contrario, su existencia [...] es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos».

4 Resultaría pretencioso esbozar aquí, ni siquiera mínimamente, las contribuciones que se han realizado desde las diversas teorías de la argumentación. A ellas remitimos, y sirvan como botón de muestra las siguientes: AARNIO y MACCORMICK, 1992; AARNIO, 1991; ALEXI, 1989.; ATIENZA, 1991; COMANDUCCI y GUASTINI, 1987; MACCORMICK, 1978; PECZENIK, 1989; WRÓBLEWSKI, 1989.

que exigen razones, la justificación o motivación de las decisiones tiende a verse, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces. «Suele decirse que sólo necesita justificación aquello que no es evidente ni arbitrario; si el sentido de las decisiones judiciales ya no se muestra evidente [...] y sus autores ni quieren ni pueden mostrarse arbitrarios, parece lógico que hayan de ganar la legitimidad a través de su actuación, es decir, en el iter que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo; un iter que se resuelve en un intento de justificación tanto de las premisas como de su desarrollo» (PRIETO SANCHÍS, 1991: 185). Como indica CAPPELLETTI, lo que distingue al juez del legislador no es su pasividad sustancial o creativa, sino su pasividad procedimental y, sobre todo, la necesidad de justificar las decisiones (CAPPELLETTI, 1984: 63), de demostrar su racionalidad o no arbitrariedad, pues ahí reside la principal fuente de legitimidad de su poder. Por ello puede decirse que «interdicción de la arbitrariedad y obligación de motivar son el anverso y el reverso de la misma medalla» (IGARTUA, 1998: 51). Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere además una particular importancia merced a la evolución que ha conocido el Estado de derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos. Por lo demás, qué duda cabe que la importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se quiera democrático, pues la democracia se basa en la participación del pueblo en la adopción de decisiones colectivas, y es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa sólo a las partes directamente afectadas por ella: la sentencia es también un acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por lo tanto ha de ser no sólo interna sino también externamente controlado⁵. Este control externo del poder del juez se realiza plenamente allí donde su actuación sea pública y no encubierta; por ello la motivación, en cuanto expresión de las razones del juez, facilita o permite este control⁶. En suma, en las sociedades modernas

5 Por ello, dice IGARTUA (1995: 167) que «la motivación de las sentencias sirve también para que cada quisque de populo o el público en su conjunto vigile si los tribunales utilizan arbitrariamente el poder que les ha sido confiado [...] La gente tiene derecho a saber por qué se declara culpable a alguien (si la sentencia es condenatoria) o por qué se reconoce la inocencia de alguno (si la sentencia es absolutoria)». Véase también IGARTUA, 1995: 177 ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ (1997: 132), quien, en referencia ahora a la exigencia de motivar los actos de la Administración, estima que «es algo que no sólo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera».

6 ANDRÉS IBÁÑEZ (1992: 259-260) hace hincapié en la «naturaleza político-general, por así decir *erga omnes* de la sentencia», frente a la tendencia que entiende el deber de motivar como «pura exigencia técnica “endoprocesal” que mira a hacer po-

«la base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión» (AARNIO, 1991: 29). Asumido que motivar una decisión es justificarla, aportar razones que permitan considerarla como correcta o aceptable, en el ámbito de la teoría jurídica se ha afianzado también una distinción sobre la estructura de la justificación de las decisiones judiciales que encuentra pocos objetores: la que diferencia entre justificación interna y externa. La decisión judicial puede concebirse como la conclusión de un silogismo práctico, por lo que su justificación habrá de consistir necesariamente en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión⁷. Pero no se agota con ello. Para que la decisión esté justificada es necesario, además, que las premisas de las que se parte sean correctas, es decir, que estén a su vez justificadas. Para hacer referencia a estas dos diferentes justificaciones, se ha convertido en un lugar común hablar de justificación interna y justificación externa. Se entiende que una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. Está externamente justificada cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación⁸. Así, cuando ni la premisa normativa ni la fáctica plantean problemas la justificación se reduce (tan sólo) a justificación interna; es decir, se agota en mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce, a partir de las premisas, a la conclusión. La exigencia de justificación externa aparece, sin embargo, cuando las premisas (normativa o fáctica, o ambas) exigen nuevas argumentaciones. Por ello hay quien considera asimilable el binomio justificación interna/justificación externa con el binomio casos fáciles/casos difíciles⁹. Con todo, la justificación de una decisión sólo puede entenderse completa cuando esté no sólo interna sino también externamente justificada, con independencia de que en determinados casos (difíciles) el peso de la motivación recaiga sobre la justificación externa. Pese a que la cultura de la motivación es relativamente reciente, pues se alimenta de una teoría del derecho que desconfía de la jurisprudencia mecánica y de una filosofía política comprometida con el pleno control del poder, y pese a los múltiples obstáculos que todavía encuentra

sible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación».

- 7 La adhesión a la teoría del silogismo como modo de concebir y deber ser el razonamiento judicial justificatorio, como modo de analizarlo, es generalizada en la actualidad, en particular en las teorías de la argumentación citadas en nota más arriba. Se hace eco de esta distinción CHIASSONI, 1997: 53 ss.
- 8 La distinción entre «justificación interna» y «justificación externa» es de WRÓBLEWSKI, 1974a: 33-34; WRÓBLEWSKI, 1989. Véase, no obstante, sobre los diferentes criterios de distinción interno-externo a REDONDO, 1996: 218 ss. 12, ATIENZA, 1991: 45-46.
- 9 Así, ATIENZA, 1991: 45-46.

para afianzarse plenamente¹⁰, no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable¹¹. La cultura de la motivación, sin embargo, ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba¹². (Gascón, 2010: 170-173).

En la vasta exposición precedente, la jurista española Marina Gascón Abellán da cuenta de la enorme relevancia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales para dotarlas de legitimidad de cara a una comunidad jurídica. Conviene puntualizar algunos de los aspectos:

1. La necesidad de acreditar la racionalidad de las resoluciones judiciales al exponer en su fundamentación las razones por las cuales se tomó una determinada decisión.
2. La fundamentación de las decisiones dejó de ser una exigencia de orden técnico dentro del proceso para convertirse en un elemento legitimador de la función jurisdiccional, pues a partir del análisis de las razones ofrecidas en el fallo, se puede controlar no solo la conformidad de lo resuelto con la constitución y las leyes, sino además se constituye en un límite la arbitrariedad.
3. Al ser la sentencia judicial un acto público que plasma el ejercicio de un poder público del Estado, es de interés no solo de las partes procesales, sino también de la ciudadanía en general.
4. La motivación de la sentencia judicial implica tanto el cumplimiento de elementos que garanticen *la justificación interna* del fallo, así como la *justificación externa* de este permite desplegar la dimensión político-jurídica garantista de tutela de los derechos.

En su blog de opinión denominado ***La mirada de Peitho***, el profesor Atienza, reflexionando sobre la motivación de las decisiones judiciales, plantea las siguientes interrogantes y decálogo de posibles respuestas:

1) ¿se pueden justificar las decisiones judiciales?; 2) ¿se debe hacer, esto es, deben los jueces motivar sus decisiones?

[...] como soy aficionado a los decálogos (aunque la mía no sea precisamente una

10 No deja de ser significativo que incluso quienes —como RUIZ VADILLO— parecen en ocasiones comprometidos con la cultura de la motivación, hagan afirmaciones del siguiente tenor: «la interdicción de la arbitrariedad [...] supone un importante punto de apoyo en la tarea de exigir a las resoluciones judiciales armonía, hasta tal punto que en muchas ocasiones he pensado que una sentencia no motivada es una sentencia arbitraria». (RUIZ VADILLO, 1997: 85, nota 202; cursiva añadida).

11 Se debe notar al respecto que el Tribunal Constitucional español —siguiendo en esto (por obvias razones históricas) la doctrina de los otros grandes tribunales europeos— ha realizado un gran esfuerzo, tal vez aún insuficiente, por entrar en la cultura de la motivación, sancionando su falta como una infracción del artículo 24 CE. A título de ejemplo, STC 61/1983, FJ 3.º, y STC 55/1987, FJ 1.º

12 TARUFFO (1988b: 201 ss.) subraya la tendencia de los jueces a infravalorar la obligación de motivar los hechos.

personalidad religiosa), resumiré todo ello en forma de diez puntos, de los que quizás pudieran derivarse diez mandamientos, o incluso alguno más:

1. Por motivar podría entenderse la actividad –o el resultado de la actividad- consistente en dar buenas razones en la forma adecuada con el propósito de lograr la persuasión. Hay, pues, tres elementos a distinguir (y reunir): las buenas razones, la forma de presentarlas, y el propósito de persuasión.

2. “Buenas razones” significa “buenas razones justificativas”, de las que no forman parte (o no necesariamente) los motivos, los antecedentes causales que pueden haber llevado a un juez o a un tribunal a decidir de una determinada forma. Por ejemplo, un deseo de venganza, de favorecer los intereses de tal persona, corporación, proyecto político, etc. o de no ver revocada una resolución no constituyen buenas razones, puesto que no tienen carácter justificativo, sino explicativo.

3. Las buenas razones tienen que ser razones válidas en Derecho y estas, a su vez, pueden ser de distintos tipos: a) razones autoritativas o formales, como aplicar una norma (porque ha sido establecida por la autoridad), seguir un precedente o recurrir a la analogía; b) razones finalistas, como tomar una decisión porque de esa manera se satisface un fin legítimo de acuerdo con el Derecho (favorecer el desarrollo económico, fomentar la educación); c) razones de corrección: la decisión supone un trato equilibrado a las partes de un contrato, protege la buena fe, etc; d) razones institucionales: al decidir así, el juez respeta el principio de la división de poderes y no invade una competencia legislativa.

4. La “forma adecuada” se refiere a la forma lógica del razonamiento. El tramo final de una motivación judicial es el famoso silogismo subsuntivo o judicial al que los teóricos de la argumentación suelen llamar ahora -desde hace algunas décadas- “justificación interna”. Naturalmente, en una motivación, incluso en los casos más simples, se despliegan muchas otras formas argumentativas, además de esa deducción. Y esto cobra particular importancia en los casos difíciles, en los que la “justificación interna” tiene que ir acompañada de la “justificación externa”, esto es, de las argumentaciones (no solamente de tipo deductivo) dirigidas a justificar las premisas del silogismo. En todo caso, una decisión no puede considerarse justificada si no obedece a una forma lógica reconocible.

5. El propósito de persuadir es un ingrediente necesario de una motivación judicial, pero es importante reparar en que se trata de un propósito, no de que, para poder justificar adecuadamente una decisión, haya, de hecho, que persuadir a los destinatarios de la misma (que suelen ser muy variados: van desde las partes de un proceso hasta la comunidad jurídica –o política- en su conjunto). El juez que motiva bien una decisión es el que lo hace de manera que lograría la persuasión de un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: conocimiento cabal de los datos de hecho que rodean el caso, del Derecho aplicable, carencia de sesgos, etc.

6. El que sea posible justificar una decisión depende entonces de que el juez sea capaz de encontrar esas buenas razones, y sea capaz de plasmarlas en una forma lógicamente adecuada y de presentarlas de manera persuasiva (idealmente persuasiva) [...].

7. Lo anterior lleva a darse cuenta de una cuestión obvia, pero que los juristas (muchos juristas) tienden a veces a dejar de lado: el presupuesto para que una decisión judicial pueda justificarse (motivarse adecuadamente) es la justicia del ordenamiento que ha de aplicar. Por lo demás, las cuestiones de justicia, de moral, no son sólo cuestiones de presupuestos,

sino que integran las argumentaciones en que consisten las motivaciones de las decisiones judiciales. Pero -también esto es algo en lo que debe insistirse- el razonamiento judicial no se puede reducir a razonamiento moral; hay en él un componente moral, pero el juez no razona –no debe razonar- sobre un determinado caso como lo haría (sobre el mismo) un razonador moral no vinculado por el sistema jurídico como lo está el juez.

8. Normalmente se habla de dos tipos de razones que justifican que el juez deba motivar sus decisiones: hacer posible el buen funcionamiento de un sistema de recursos (razones endoprocesales); y controlar el inmenso poder depositado en los jueces (razones extraprocesales o políticas). Quizás no esté de más añadir que esas dos razones contribuyen también a facilitar que las decisiones de los jueces sean decisiones justas.

9. El constitucionalismo contemporáneo viene a ofrecer una respuesta positiva a las dos grandes cuestiones antes planteadas: Se pueden justificar las decisiones judiciales, porque los jueces tienen a su disposición no sólo las razones suministradas por las leyes, sino también las provenientes de la constitución; las razones constitucionales están ancladas en el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales y tienen una fuerza superior a la de las razones legales. Y el juez debe justificar sus decisiones, porque el ideal del Estado constitucional es el sometimiento del poder a la razón, la idea de que no cabe algo así como un poder desnudo [...]

10. Los ideales no deben confundirse con la realidad. La realización de la idea del Estado constitucional exige muchas condiciones, algunas de ellas muy complejas y que pueden darse en diversos grados. Una de esas condiciones es la existencia de una Constitución cuyos contenidos –los derechos fundamentales- tengan un grado razonable de cumplimiento. Y otra condición es la existencia de jueces provistos de una actitud ética y una aptitud técnica adecuadas. (Atienza, 2014: 4-7).

A las razones endoprocesales y extraprocesales expuestas por Atienza en el punto 8 de su decálogo, Marina Gascón agrega una que estima que es de suma importancia: la **función respecto de la propia persona juzgadora**:

[...] la motivación desempeña también una tercera e importantísima función respecto del propio juez, quien, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos; es decir, es muy posible que la conciencia de tener que motivar «condicione la formulación de la decisión sometiéndola a controles racionales y jurídicos» (TARUFFO, 1991: 139). De alguna manera esta función viene a levantar acta de las relaciones existentes entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: el descubrimiento de una hipótesis no tiene por qué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que si puede justificarse una decisión se haya adoptado ésta

prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación. Por eso no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar «retroactúe» sobre el propio iter de adopción de la decisión reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la «corazonada», que resultará más difícil de justificar¹³. (Gascón, 2010: 180).

Tema 3.2. Legitimación democrática de la Administración de Justicia, desde la perspectiva cognitiva y la perspectiva garantista

Sobre las interrogantes planteadas al inicio de este tema, se puede afirmar que no existe ningún déficit democrático en la legitimidad de la Administración de Justicia, no puede dejarse de lado que su esfera de competencias está delimitada por la Constitución Política, la cual plasma el consenso democrático de mayor jerarquía normativa de un país, de manera que la legitimidad del Poder Judicial sí goza de legitimidad democrática popular que dimana de la propia Constitución.

Por otra parte, de los textos que se han desarrollado en este acápite, se colige con meridiana claridad que la fundamentación de las sentencias expresa no solo la legitimidad democrática de la jurisdicción, permitiendo que la ciudadanía controle el ejercicio del poder de sus juzgadores y juzgadas, sino también, en consonancia con el régimen democrático, la motivación de las sentencias implica una permanente rendición de cuentas, caso por caso, en conexión con el deber de probidad en la función pública.

Lo afirmado encuentra sustento en lo que el jurista italiano Luigi Ferrajoli desarrolla en un ensayo denominado: *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción* donde, a su vez, brinda razones adicionales que dan cuenta de la legitimidad democrática del quehacer del Poder Judicial que, a pesar de su procedencia (análisis de teoría política del Estado), conectan con el deber de fundamentación que se ha venido desarrollando:

Según un punto de vista muy difundido en el sentido común, la fuente de legitimidad de los poderes públicos residiría, esencialmente, en el consenso popular. Se trata de una tesis bastante insidiosa, que si es asumida de forma acrítica puede servir para apoyar las más desastrosas involuciones totalitarias. Ciertamente el consenso es la principal fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, pero no es la fuente de legitimidad de todas las decisiones legislativas y gubernativas y no es la fuente de legitimidad de todas las demás funciones públicas.

13 Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998: 418 y 1992: 290 ss., donde insiste en que una de las finalidades de la motivación es implicar al juez, «comprometerle, para evitar la aceptación acrítica, como convicción, de alguna de las «peligrosas sugerencias de la “certeza subjetiva”» (p. 292). SERRA DOMÍNGUEZ señala también esta función de la motivación 1984: 584-585.

1. No es, sobre todo, la única fuente de legitimidad de las funciones políticas de gobierno, ni sirve para legitimar cualquier decisión política. **Ningún consenso mayoritario, ni siquiera la unanimidad de los consensos, puede legitimar, en la democracia constitucional, decisiones contrarias a la Constitución.** Ésta es la gran novedad del constitucionalismo democrático inaugurado en Europa con las Constituciones rígidas de la segunda posguerra. Se comprende desde entonces que el consenso, del cual incluso los regímenes fascistas se habían aprovechado y a través del que habían conquistado el poder con medios legales, no garantiza de hecho la supervivencia de la democracia. Por eso es que fue diseñada, por esas nuevas Constituciones, la que podemos llamar “esfera de lo indecible”: de lo “indecible que”, es decir, la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de lo “indecible que no”, es decir la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. Solamente lo que queda fuera de esta esfera es, desde entonces, la “esfera de lo decidible”, o sea de las decisiones legítimas, a través de la representación política, del consenso popular.

2. Por tanto el consenso es la fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, pero solamente dentro de los límites y con los vínculos establecidos por las Constituciones. Pero no es —y llego así a la segunda tesis avanzada al inicio— la fuente de legitimidad de otras funciones públicas. Y no lo es, en particular, de esa clásica función de garantía que es la función judicial.

Esta diversidad de fuentes de legitimidad del Poder Judicial, y más en general de las instituciones de garantía, respecto a la de los poderes políticos está conectada a su distinta naturaleza, la cual justifica su separación e independencia. Según una tesis que he sostenido en distintas ocasiones, las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, legislativo y iuris-dictio, una vinculada a lo que he llamado esfera de lo decidible, la otra a la que he denominado esfera de lo indecible (qué y qué no). Pertenecen a la esfera discrecional de lo decidible las funciones de gobierno, entre las cuales se pueden incluir tanto las legislativas como aquellas que son, en sentido estricto, gubernativas y las auxiliares de tipo administrativo. Por el contrario, se instituyen para actuar y defender la esfera de lo indecible las que podemos llamar funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial, que es una función de garantía secundaria, como la función administrativa de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales igualmente vinculada a la ley.

Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales y cuyas fuentes de legitimidad son por ello la representación política y el consenso. Las funciones de garantía corresponden por el contrario al espacio de la jurisdicción y de la administración sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.

Pongamos, por tanto, bajo análisis los fundamentos específicos de la legitimidad de las funciones de garantía, y en particular de las funciones jurisdiccionales, en oposición a las de la representación y el consenso sobre las que se basa por el contrario la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno. Los fundamentos específicos y distintos, que justifican la separación entre las dos clases de funciones, son esencialmente dos: I) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción; II) la garantía de los derechos de los ciudadanos, primeros entre todos los derechos fundamentales, y por tanto el papel de contra-poder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría [...]

II EL CARÁCTER TENDENCIALMENTE COGNITIVO DE LA JURISDICCIÓN COMO PRIMER FUNDAMENTO DE SU LEGITIMIDAD

*[...] Por lo que hace a la jurisdicción, su naturaleza tendencialmente cognitiva, además de prescriptiva, es claramente reconocible por la motivación, de hecho y de derecho, que se exige a toda decisión judicial. Las leyes, los reglamentos, los acuerdos entre particulares y gran parte de las decisiones administrativas son actos solamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende solamente del respeto de las formas que rigen su formación y cuya legitimidad política depende, en la esfera privada de la autonomía de sus autores y, en la esfera pública, de su oportunidad y sintonía con los intereses generales. Las sentencias, por el contrario, son siempre verificaciones de una violación, y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognitivos respecto de los hechos y reconocitivos respecto del derecho, de cuya verdad, aunque sea de forma aproximativa como es toda verdad empírica, depende tanto su validez o legitimidad jurídica, como su justicia o legitimidad política: si criticamos una condena o una absolución por considerarlas injustas es porque entendemos que son falsas sus motivaciones [...]. **Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o de los disensos, puede convertir en verdadero lo que es falso o en falso lo que es verdadero [...].** Por el contrario, el sentido de la frase **“Siempre habrá un juez en Berlín”**¹⁴ implica que debe haber siempre un juez capaz, por su*

14 La frase “Siempre habrá un juez en Berlín” fue dirigida por el campesino Arnold en 1780 a Federico II, que quería apoderarse de su molino. Es citada por G. Radbruch en su libro *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, *Revista de Derecho Pri-*

independencia, de absolver a un ciudadano ante la falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la mayoría de la opinión pública piden su condena, y de condenarlo en presencia de pruebas cuando los mismos poderes pretenden su absolución [...]

III EL PAPEL DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS COMO SEGUNDO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN

*Este nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales representa el primer fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado de derecho. Una actividad cognitiva, aunque inevitablemente incluya opciones, convenciones y momentos para la decisión, no puede, por principio, someterse a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de un poder externo, por más acreditado ética y políticamente que esté, no solamente no contribuye a alcanzar la verdad sino termina desviándose de tal fin [...] De ahí el segundo fundamento de la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía que se identifica, en gran parte, con su papel de tutela de los derechos fundamentales. Justamente porque tales derechos son universales, virtualmente contra las mayorías¹⁵ y los poderes de mayoría, también las funciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser, virtualmente, contra-mayoritarias. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, prestarle o no prestarle asistencia sanitaria, o proveer o dejar de proveer para su subsistencia porque responda o no responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. **Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, o la privación o afectación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social [...]. Si es verdad que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, virtualmente contra los poderes de la mayoría, entonces su garantía no puede no dejarse en manos de contra-poderes, que estén —de nuevo— separados y sean independientes de los poderes de mayoría.***

vado, 1930, cap. VII, parágrafo 2. Contrariamente a lo que se suele pensar, en realidad Federico II ignoró la sentencia de los jueces y la sustituyó con un acto de fuerza, apoderándose del molino.

- 15 Véase, en este sentido, Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 241, 274-278 e 318-323, donde se sostiene el carácter contra-mayoritario y anti-utilitario de los derechos fundamentales, si por “utilidad” se entiende la utilidad general: “La Constitución, y en particular el Bill of Rights, tienen por objetivo proteger a los ciudadanos individuales y a los grupos contra determinadas decisiones que una mayoría podría tomar, incluso cuando esa mayoría actúe en nombre de los que entiende que puede ser el interés general de la comunidad” (ivi, p.241); “Tener un derecho frente al Estado significa poder hacer algo incluso si la mayoría piensa que es equivocado hacerla o cuando la mayoría hubiese resultado dañada si se hiciera” (ivi, p. 278); “No sería lícito jactarse de respetar los derechos individuales si ello no comportase un cierto sacrificio; sacrificio representado por la renuncia a los beneficios que el país recibiría si no tuviera en cuenta los derechos que son incómodos. El beneficio general no puede ser un buen motivo para limitar los derechos” (ivi, p. 277). “Si alguien tiene derecho a algo, entonces el Estado no se lo puede negar, aunque fuera más útil actuar así para el interés general”: este es el “significado de derecho (que podría ser llamado el concepto «anti-utilitarista» de derecho” (ivi, p. 319). N. del T.: del libro de Dworkin hay una traducción en la Editorial Ariel, 1984, con el título *Los derechos en serio*.

Por otro lado, a diferencia de las actividades legislativas y administrativas de gobierno, la función jurisdiccional no interviene nunca en casos generales en función de intereses generales, sino solamente sobre casos particulares e individuales prefigurados por la ley. (Lo resaltado no es del original). (Ferrajoli, 2010: 23-38).

De lo transcrito resulta necesario aclarar que, cuando Ferrajoli refiere a la jurisdicción y su : “[...] naturaleza tendencialmente cognitiva, además de prescriptiva, es claramente reconocible por la motivación, de hecho y de derecho, que se exige a toda decisión judicial”, establece una importante diferencia con las características de otras áreas del quehacer normativo del Estado, como las del Poder Ejecutivo y las del Poder Legislativo, pues estas son solo prescriptivas (con la coercitividad del derecho obligan a hacer o no hacer, en sentido amplio), no son ni verdaderas ni falsas, mientras que las sentencias judiciales son tanto preceptivas como asertivas, ya que las situaciones jurídicas que *prescriben* deben estar amparadas a la comprobación de situaciones fácticas (los hechos del caso acreditados por medio de la prueba).

Por tanto, las sentencias judiciales son susceptibles a criterios de verdad o falsedad. Por lo anterior, el mandato normativo de las sentencias judiciales requiere una adecuada motivación o fundamentación.

En la siguiente unidad, se hará referencia a la fundamentación que la sentencia judicial debería tener desde la perspectiva del realismo jurídico, lo anterior, en el marco de una crítica general hacia la *actitud normativista* que autores realistas como Enrique Pedro Haba arguyen con mucha solidez.

EJERCICIOS

- ✓ A partir de los aportes de las personas actoras mencionadas, con sus propias palabras, explique el deber de motivación de las sentencias judiciales y cuál es su importancia.
- ✓ Explique el concepto “*poder contra-mayoritario*”? Brinde dos ejemplos prácticos donde se manifieste esta característica del poder.

Bibliografía

- **Andrés, P.** (2009). Imparcialidad judicial e independencia judicial. En *Ética judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*. Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- **Atienza, M.** (2014). ¿Qué significa motivar? Blog: La Mirada de Peitho.
- <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/02/que-significa-motivar.html>
- _____ . (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____ . (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.
- _____ . (2004). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. 2.^a edición. Lima: Editorial Palestra.
- **Bermejo-Luque, Lilian.** (2014). *Falacias y argumentación*. Madrid: Plaza y Valdés Ediciones.
- **Cicerón, M.T.** (1997). *La invención retórica*. (Introducción, traducción y notas por Salvador Núñez). Madrid: Editorial Gredos.
- **Ferrajoli, L.** (2010). *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Conferencias. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- **Gascón, Marina.** (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3.^a edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- **Haba, E. P.** (2018). *Invitación al razonamiento jurídico realista. Sus puntos de partida más un modelo procedimental heurístico*. Lima: Editorial Palestra.
- _____ . (2002). Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Doxa. N.º 25. Madrid.
- **Marraud, H.** (2016). ¿Es lógic@? Análisis y evaluación de argumentos. 3.^a edición. Madrid: Ediciones Cátedra.
- _____ . (14 de abril de 2015). *Argumentos e inferencias. Teoría de la argumentación y psicología del razonamiento*. Conferencia.

- https://www.academia.edu/11982393/Argumentos_e_inferencias._Teor%C3%ADa_de_la_argumentaci%C3%B3n_y_psicolog%C3%ADa_del_razonamiento
- **Plantin, C.** (2015). *La argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.
- **Vega, Luis y Olmos, Paula.** (2016). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. 3.^a edición. Madrid: Editorial Trotta.
- **Vega, L.** (2016). *Introducción a la teoría de la argumentación*. Lima: Editorial Palestra.
- _____. (2014). El renacimiento de la teoría de la argumentación. En *Revista Iberoamericana de Argumentación*. N.º 9.

GLOSARIO

1	<p>COGNICIÓN / COGNITIVO</p> <p>Se define como la acción y efecto de conocer. La palabra proviene del latín <i>cognitio</i> que a su vez se compone de las partículas <i>con</i>, que significa 'junto' o 'todo', y <i>gnōscō</i> o <i>gnōscere</i>, que significa 'saber' o 'tener noción'.</p> <p>Así, la cognición es una facultad propia del ser vivo que le permite registrar e interpretar la información que recibe a través de la experiencia, la percepción y la subjetividad.</p> <p>El proceso de cognición implica el uso de habilidades mentales como la atención, la memoria, los sentimientos, el razonamiento, la capacidad para resolver problemas, la toma de decisiones y, finalmente, el aprendizaje.</p> <p>https://www.significados.com/cognicion/</p> <p>Ver Unidad V: Tema 2 Sesgos Cognitivos. Perspectiva psicológica relacionada con las Falacias.</p>
2	<p>CONCLUSIÓN</p> <p>2. f. Idea a la que se llega después de considerar una serie de datos o circunstancias. Saque sus propias conclusiones.</p> <p>Sin.: • corolario, deducción, inferencia, ilación.</p> <p>6. f. Der. Cada una de las afirmaciones numeradas contenidas en el escrito de calificación penal. U. m. en pl.</p> <p>7. f. Fil. Proposición que se pretende probar y que se deduce de las premisas.</p> <p>https://dle.rae.es/conclusi%C3%B3n</p> <p>Derivación o deducción realizada a partir de la consideración del contexto o de las circunstancias. En el debate, finalización de lo que se expone en virtud de no tener más que exponer. Decisión tomada acerca de algún asunto. Afirmación conclusiva. Proposición derivada o deducida de premisas. Término, finalización o acabamiento. en conclusión. En definitiva; a manera de resumen.</p> <p>https://diccionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/conclusi%C3%B3n</p> <p>Ver Unidad IV: Tema 2.1 Conceptos necesarios para el análisis de Argumentos</p>

3 DIALÉCTICA

1. adj. Pertenciente o relativo a la dialéctica.

Sin.:	<input type="checkbox"/> argumentativo, lógica, retórica.
-------	---

3. f. Arte de dialogar, argumentar y discutir.

4. f. Método de razonamiento desarrollado a partir de principios.

<https://dle.rae.es/dial%C3%A9ctico?m=form>

Se conoce como dialéctica a la técnica que intenta descubrir la verdad mediante la confrontación de argumentos contrarios entre sí. La palabra dialéctica se origina del griego dialektiké. La dialéctica es el arte de persuadir, debatir y razonar ideas diferentes.

En un discurso, la dialéctica consiste en presentar una idea principal o concepto, denominado tesis, al cual se le contraponen diferentes argumentos e ideas, conocidas como antítesis. Ahora bien, para solventar esta oposición de ideas surge la síntesis, que se presenta como una nueva manera de comprender el tema.

<https://www.significados.com/dialectica/>

4 ENUNCIADO

Conjunto o secuencia de palabras con la que se expone un problema o asunto. || Secuencia de palabras delimitada por pausas muy marcadas que pueden constituirse por una o varias oraciones. || En lingüística, secuencia con valor comunicativo, sentido completo y entonación.

<https://dictionariosual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/enunciado>

Ver Unidad VI: Tema 1.1 Teoría de la verdad como correspondencia y el modelo cognoscitivista de valoración de la prueba.

5 FUNDAMENTAR / FUNDAMENTACIÓN

1. tr. Establecer la razón o el fundamento de una cosa. Fundamenta su decisión EN los datos citados.

Sin.: basar, asentar, apoyar, sustentar, fundar, cimentar.

2. tr. Echar los fundamentos o cimientos de un edificio.

Sin.: cimentar.

<https://dle.rae.es/fundamentar?m=form>

FUNDAMENTACIÓN

Exposición ordenada de razones o ideas que como consecuencia natural allegue a una conclusión lógicamente válida. || En materia de recursos, argumentación técnico-jurídica en la que se menciona una serie de artículos, o reglas jurídicas concatenadas y vinculadas razonablemente con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca. || Establecimiento del motivo o causa de algo. || Justificación, prueba o demostración de las razones o bases de algo.

<https://dictionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/fundamentaci%C3%B3n>

FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

En un fallo judicial, exposición ordenada de razones que conducen a tomar una decisión con base en argumentos jurídicos y probatorios. || Justificación de lo resuelto en un juicio. || Motivos de la declaración conclusiva de un juez o de una jueza que se conforman como resolución. || Justificación, prueba o demostración de razones que se ofrecen en el acto jurisdiccional que supone la culminación de un proceso o causa. || Manifestación lógicamente dispuesta que conduce a tomar una decisión que conlleva la enunciación del derecho y de las pruebas

<https://dictionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/fundamentaci%C3%B3n-de-la-sentencia>

6	<p>INFERENCIA / INFERIR</p> <p>INFERIR</p> <p>Del lat. inferre ‘llevar a’.</p> <p>1. tr. Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa. <i>Se infiere de su rostro que está contento.</i></p> <p>Sin.: deducir, derivar, concluir, colegir, inducir, argüir, entender.</p> <p>https://dle.rae.es/inferir?m=form</p> <p>INFERENCIA</p> <p>Dedución, inducción Conducción a un resultado.</p> <p>https://diccionariosual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/inferencia</p> <p>Ver: Unidad IV: Tema 2.1 Conceptos necesarios para el análisis de Argumentos.</p>
7	<p>LÓGICA</p> <p>6. f. Ciencia que expone las leyes, modos y formas de las proposiciones en relación con su verdad o falsedad.</p> <p>https://dle.rae.es/l%C3%B3gica?m=form</p> <p>Es una ciencia formal que estudia la estructura o formas del pensamiento humano (como proposiciones, conceptos y razonamientos) para establecer leyes y principios válidos para obtener criterios de verdad.</p> <p>Como adjetivo, ‘lógico’ o ‘lógica’ significa que algo sigue las reglas de la lógica y de la razón. Indica también una consecuencia esperable, natural o normal.</p> <p>Se utiliza también para referirse al llamado ‘sentido común’. Procede del latín <i>logĭca</i>, y a su vez del griego <i>λογική</i> (<i>logike</i>, ‘que posee razón’, ‘intelectual’, ‘dialéctico’, ‘argumentativo’), que a su vez deriva de la palabra <i>λόγος</i> (<i>logos</i>, ‘palabra’, ‘pensamiento’, ‘razón’, ‘idea’, ‘argumento’).</p> <p>https://www.significados.com/logica/</p> <p>Ver Unidad IV: Tema 1.1. Argumentación Jurídica y Lógica Jurídica.</p>

8 PRAGMÁTICA

4. f. Ling. Disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los hablantes, así como los enunciados que estos profieren y las diversas circunstancias que concurren en la comunicación.

<https://dle.rae.es/pragm%C3%A1tico?m=form>

Pragmático es relativo a la práctica o la realización de las acciones y no la teoría. Pragmático es un término de origen griego “pragmatikos” y del latín “pragmaticus”, que significa ser “práctico.”

Pragmática es una disciplina que estudia el lenguaje en relación con el contexto donde se desarrolla la idea. Es decir, las oraciones producen una acepción semántica, pero su significado e interpretación depende del contenido y del contexto lingüístico.

Una misma oración puede tener varios sentidos en diferentes contextos. En el análisis pragmático se estudian variables como la situación, el contexto sociocultural, las personas, el emisor, entre otros.

<https://www.significados.com/pragmatico/>

Ver Unidad III: Tema 2.2 Dimensiones de Análisis del Lenguaje y la Argumentación Jurídica

9 PREMISA

En el silogismo, cada una de las proposiciones de las cuales se infiere la conclusión. proposición. || Idea de la que se parte para construir un razonamiento. || Señal o indicio por el que se deduce o induce o conoce alguna cosa.

<https://diccionariosual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/premisa>

Una premisa es el resultado de un razonamiento que puede ser verdadero o falso y que permite determinar una conclusión. Sin embargo, por uso del término, también se emplea como sinónimo de objetivo o de principio moral, “Nuestra premisa es ganar el campeonato de fútbol”, “Los docentes educan partiendo de la premisa de los valores sociales”.

También es una señal para inferir algo partiendo de la información o argumentos que se posean. La premisa y la conclusión forman un argumento.

Premisa es una palabra que se origina del latín *praemissus*, que significa “enviar delante”. Algunos sinónimos de premisa son: antecedente, idea, hipótesis.

Premisa en lógica

En los estudios de la lógica, las premisas son las proposiciones o procesos de razonamiento que sostienen los argumentos para desarrollar una conclusión.

Si el argumento es verdadero, la proposición puede conllevar a una conclusión acertada. Sin embargo, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas, pueden afirmar o negar algo, pero no dejan de ser premisas.

<https://www.significados.com/premisa/>

Ver Unidad IV: Tema 2.1 Conceptos necesarios para el análisis de Argumentos

10 PROPOSICIÓN

2. f. Fil. Expresión de un juicio entre dos términos, sujeto y predicado, que afirma o niega este de aquel, o incluye o excluye el primero respecto del segundo.

3. f. Gram. Tradicionalmente, oración que se une mediante coordinación o subordinación a otra u otras proposiciones para formar una oración compuesta. La oración compuesta *No iré aunque me lo pidas* está formada por dos proposiciones.

<https://dle.rae.es/proposici%C3%B3n?m=form>

Una proposición es expresar algo que se considera o se piensa: algo que se propone o que puede considerarse verdadero o falso.

El término *proposición* se utiliza en diferentes ámbitos del conocimiento como la Lingüística, la Lógica y las Matemáticas, por lo que puede manifestarse de varias formas... Gramaticalmente, una proposición es una oración. Es decir, una relación entre sujeto y predicado con sentido completo. La proposición puede estar acompañada de complementos o presentar una estructura compleja (subordinación, coordinación o yuxtaposición)...

Para la Lógica, la proposición es el razonamiento expresado con oraciones que pueden considerarse verdaderas o falsas. Por ejemplo, *La guitarra suena*, puede interpretarse como verdadera o falsa, pero no verdadera y falsa a la vez.

Las proposiciones no pueden tener forma interrogativa ni exhortativa (mandato) ni presentar ambigüedad.

<https://www.significados.com/proposicion/>

Ver Unidad IV: Tema 2.1 Conceptos necesarios para el análisis de Argumentos y Tema 2.3. Reglas de Inferencia de la Lógica Jurídica.

11 **RETÓRICA**

3. adj. despect. Vacuo, falta de contenido. *Una disculpa retórica.*

4. f. Arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover.

Sin.: oratorio, elocuencia, poética, gramática.

6. f. despect. Uso impropio o intempestivo de la retórica.

Sin.: ampulosidad, grandilocuencia, pomposidad, rebuscamiento, alambicamiento, afectación, altisonancia.

<https://dle.rae.es/ret%C3%B3rico?m=form>

La retórica es una disciplina que proporciona las herramientas y técnicas para expresarse de modo que tanto el lenguaje como el discurso sean eficaces para deleitar, persuadir o conmover.

La palabra proviene del latín *rhetorica*, y este a su vez del griego *ῥητορικὴ* (*retoriké*).

La retórica, por un lado, teoriza sobre la utilización del lenguaje, ya sea de manera oral, frente a un auditorio, ya de manera escrita, en un texto. Por otro, establece el conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación práctica que otorgan al discurso belleza y elocuencia, así como capacidad de persuasión.

<https://www.significados.com/retorica/>

12 **SEMÁNTICA**

2. f. Significado de una unidad lingüística. *La semántica de esa palabra se presta a discusión.*

3. f. Ling. Disciplina que estudia el significado de las unidades lingüísticas y de sus combinaciones.

<https://dle.rae.es/sem%C3%A1ntico?m=form>

Es el área de la lingüística que estudia el significado de las palabras y expresiones. El significado de las palabras nos permite diferenciar conceptos, sean concretos (como entre gato y perro) o abstractos (como entre alegría y tristeza).

También nos permite interpretar correctamente enunciados como Cerró la boca. El significado de boca implica que se puede cerrar. Sin embargo, sería muy difícil interpretar Cerró el tenedor, ya que en su significado no hay rasgos que se abren o cierran.

<https://www.significados.com/semantica/>

Ver Unidad III: Tema 2.2 Dimensiones de Análisis del Lenguaje y la Argumentación Jurídica

13 SILOGISMO

Un silogismo es un razonamiento deductivo que consta de dos premisas (mayor y menor), a partir de las cuales se llega a una conclusión.

El silogismo es un argumento formado de tres proposiciones, estando la conclusión contenida en una de las dos primeras y, mostrando a la otra, que la misma conclusión allí está contenida.

El silogismo es tomado como un razonamiento deductivo, ya que partiendo de dos juicios se infiere un tercero.

La “premisa mayor”, es aquella que sirve de punto de partida, y es la más general.

La “premisa menor” sirve de intermediario y es menos general, y de ellas dos se deduce la conclusión del razonamiento.

Con base en la anterior información, el ejemplo más clásico del silogismo es:

Todos los hombres son mortales. (Premisa mayor)

Pedro es hombre. (Premisa menor)

Luego, Pedro es mortal. (Conclusión)

Según el filósofo y pensador griego Aristóteles, el razonamiento es un encadenamiento de juicios, y partiendo de una premisa se descubren otras

<https://www.significados.com/silogismo/>

Ver Unidad IV: Tema 1.3 Justificación Interna y Externa de las Sentencias; Unidad VI: Tema 2.2 Subsunción (Silogismo judicial)

14 **SINTAXIS**

1. f. Gram. Parte de la gramática que estudia el modo en que se combinan las palabras y los grupos que estas forman para expresar significados, así como las relaciones que se establecen entre todas esas unidades.

<https://dle.rae.es/sintaxis?m=form>

La Sintaxis es la parte de la gramática que estudia cómo se combinan y relacionan las palabras para formar secuencias mayores. Estas unidades mayores son los sintagmas (grupo de palabras) y las oraciones (relaciones entre sintagmas).

También analiza el orden correcto de las palabras y sintagmas para que las oraciones se construyan de manera correcta. Por ejemplo, la oración Pizza cenar Alberto quiere resulta de difícil comprensión porque los elementos de la oración no siguen el orden natural: Alberto quiere cenar pizza.

Además, la Sintaxis estudia cómo se construyen los diferentes tipos de oraciones según el orden y el modo en que se relacionan las palabras para expresarlas de manera clara y coherente.

<https://www.significados.com/sintaxis/>

Ver Unidad III: Tema 2.2 Dimensiones de Análisis del Lenguaje y la Argumentación Jurídica

Unidad II

Fundamentación de la sentencia judicial. Entre transparencia y disimulo. Aportes críticos desde el realismo jurídico y el postpositivismo

*Sí, el juez es un ser humano, como cualquiera de los que caminan por ahí.
Esto significa que cuando las cosas pasan por su cabeza, él las va
a procesar más o menos como hace el común de los mortales.
¿Cómo? Es a través de lo que se llama habitualmente
su «conocimiento» y su «voluntad» [...] Antes de ser
dictada, la sentencia pasa por su conocimiento,
por sus convicciones, por su ideología,
por todo lo demás que está «ahí» ...
¡por sus conocimientos técnico-jurídicos también!*
Enrique Pedro Haba¹⁶

*Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la
autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación
de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad.
Elo supone que la dimensión valorativa y justificativa
del Derecho adquiere una relevancia fundamental.
El cambio central está, por tanto, en la conside-
ración de que ser leal a las reglas no es serlo
sólo a su expresión (porque no son sólo
manifestaciones de voluntad), sino a sus
razones subyacentes, al balance de
principios que pretenden reflejar,
a sus propósitos protectores y/o
promocionales de derechos.*

Josep Aguiló¹⁷

16 *Del «Subjetivismo» en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. Versión de 2008 para la Revista Jurídica Estudiantil Hermenéutica.*

17 (Aguiló, 2007: 667).

Introducción

Se ha analizado a profundidad la relevancia de la labor argumentativa o fundamentación de las decisiones para la legitimidad de la función jurisdiccional. No obstante, corresponde profundizar y asumir una temática más compleja, relacionada con la siguiente pregunta: ¿cualquier aproximación o enfoque jurídico es válido para la toma de decisiones jurisdiccionales y su respectiva fundamentación?

Interesa analizar aquí las críticas que se han planteado contra la forma usual en que las personas juzgadoras resuelven y motivan sus sentencias, tanto desde el *realismo jurídico* como desde el *postpositivismo*, advirtiendo, desde este momento, que ambas visiones, desde donde se aduce la crítica, no son compatibles entre sí, en muchos aspectos. Sin embargo, de ambas concepciones del derecho se puede obtener una visión más clara, reflexiva y responsable de cómo asumir los procesos decisorios y su motivación en la actividad jurisdiccional.

Objetivos específicos

- Analizar la calidad de la fundamentación de las sentencias para su mejoramiento, según la concepción jurídica de la que se parta.
- Identificar el contenido y alcance de la crítica proveniente del realismo jurídico y su pertinencia en el enriquecimiento de la fundamentación de las sentencias judiciales para su empleo.
- Identificar el contenido y alcance de la crítica proveniente del postpositivismo y su pertinencia para la mejora de la fundamentación de las sentencias judiciales.
- Desarrollar los conceptos de contexto de descubrimiento y contexto de justificación como metodología para la orientación de los procesos de toma de decisión y fundamentación de las sentencias judiciales orientadas a los valores de transparencia y legitimidad.
- Analizar los alcances de los deberes de imparcialidad e independencia judicial como principios rectores en los deberes éticos y profesionales de las personas juzgadoras, para la toma de decisiones y su fundamentación.

Concepciones sobre el derecho y la posibilidad de fundamentación de las sentencias

Como se anticipó en el tema 1.3. de la Unidad I, en un momento histórico, la forma de entender el derecho y la decisión judicial estaba bajo el influjo de una pretensión científicista que presentaba a la disciplina jurídica como una suerte de ciencia dura, en la cual las personas juzgadoras asumirían de forma aséptica la resolución de los casos de manera mecánica, subsumiendo premisas fácticas (los hechos del caso) a premisas normativas (leyes o marco jurídico) mediante un procedimiento deductivo que arribara a conclusiones (decisiones) categóricas; es decir, a la *única decisión correcta posible*, según el esquema lógico-formal que correspondiera.

Desde luego, como se verá más adelante, ni el derecho es ciencia, ni se puede arribar a *únicas decisiones posibles*. Esta ilusión de concebir al derecho como una ciencia exacta venía determinada, a su vez, por la inalcanzable pretensión de convertir a quien juzga en la “*boca de la ley*”, sin que las normas tuvieran que ser interpretadas de modo alguno, pues el Poder Legislativo habría ya promulgado *leyes claras y precisas*, correspondiéndoles a los jueces y las juezas la mera aplicación de los mandatos normativos.

Se aduce como inalcanzable tal pretensión por tanto las normas jurídicas se construyen en lenguajes naturales (castellano, inglés, francés, etc.), y estos contienen características, tales como ambigüedad, polisemia, sinonimia, homonimia, vaguedad (textura abierta), sin incluir, por ahora, los diferentes niveles lingüísticos de análisis (sintaxis, semántica pragmática) que hacen más complejo el tema lingüístico, en fin, una serie de características que hacen a los lenguajes naturales operativos, ¡pero nunca exactos!, al menos en el sentido que se pretendió en la ilustración.

El problema de la pretensión científicista de raigambre positivista y las características propias del lenguaje natural de los textos normativos generaron una falsa conciencia de que quienes administraban justicia simplemente aplicaban una metodología lógico-formal a la resolución de asuntos, con la neutralidad e higienización propia de un laboratorio, desembocando en una cultura jurídica formalista, incapaz de generar reflexiones autocríticas y, sobre todo, encubridora de lo que en realidad jueces y juezas hacen cuando deciden y fundamentan sus fallos.

Si bien, en lo anteriormente descrito, existe una gran dosis de autoengaño, también es posible que esa forma de entender el derecho sea terreno fértil para ocultar las verdaderas razones por las que se resuelve, aunque se encubran, como sostiene Pedro Haba, con magia verbal, entre otros subterfugios.

Se analizará primero la crítica proveniente desde el realismo jurídico y, posteriormente, las propuestas que se construyen desde el postpositivismo.

Tema 1.1. Bosquejo sobre el realismo jurídico

Una de las concepciones jurídicas que es pertinente analizar, como se indicó, es el realismo jurídico, del cual se hará un bosquejo general a efectos de poder comprender mejor los alcances de la crítica que, desde este enfoque, se hace a lo que denomina normativismo de los juristas:

El realismo jurídico viene a ser la contrafigura del formalismo. Tanto en su versión norteamericana como escandinava, el Derecho tiende a verse como una realidad in fieri, como una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo. Al igual que los positivistas normativistas, los realistas suscriben la tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero su concepción empirista e instrumentalista del Derecho (más marcado, este último rasgo, en el caso de los americanos; el pragmatismo fue el trasfondo filosófico de ese movimiento) les lleva a rechazar la identificación del Derecho con «las reglas sobre el papel». Digamos que, para utilizar adecuadamente el Derecho (como factor de transformación social), hay que tomar en consideración no sólo las normas válidas, sino también las normas eficaces, al igual que los intereses, los fines, los valores sociales y muchos otros elementos que componen la «maquinaria del Derecho».

Tanto en el caso del realismo americano como en el del escandinavo ha habido posiciones más o menos radicales o moderadas. Hablando, sin embargo, en términos generales, cabría decir que si ese movimiento (del que formaron parte autores como Holmes, Pound —habrían sido los precursores en Estados Unidos a comienzos del XX, Frank, Llewellyn o —del lado escandinavo— Hägerström, Olivecrona, Lundstedt o Ross) no produjo una teoría de la argumentación jurídica, ello se debió, esencialmente, a los tres siguientes factores. En primer lugar, al escepticismo axiológico. Los realistas subrayaron la importancia de los juicios de valor en la toma de las decisiones jurídicas, pero entendieron que los mismos caían fuera del campo de la razón; en relación con ellos no sería posible construir un razonamiento propiamente justificativo, sino de carácter persuasivo, retórico (y puramente instrumental). En segundo lugar, el interés por la retórica queda, de todas formas, limitado por el hecho de que el enfoque realista es, en lo esencial, un enfoque conductista, dirigido a predecir o explicar el comportamiento de los operadores jurídicos, más bien que a justificarlo; los más radicales, como Frank, insistirán en la mistificación del silogismo judicial como doctrina de la justificación judicial. Finalmente, la tesis de la indeterminación (más o menos radical) del Derecho, esto es, postular que las decisiones judiciales no están determinadas por normas previamente establecidas, sino que son el fruto de elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiosincrásicos, lleva también a que no se pueda hablar propiamente ni de argumentación jurídica ni de método jurídico. (Atienza, 2013: 25-26).

Tema 1.2. Crítica al normativismo jurídico desde el realismo jurídico

Como punto de partida, se puede afirmar que, en la actualidad, difícilmente alguien asume el derecho y las decisiones jurisdiccionales en el sentido cientificista anteriormente expuesto. Pero eso no obsta para que la profunda huella que esa visión dejó no se manifieste de diversas formas como se verá, siendo indispensable avanzar sobre los planteamientos realistas para poder identificar disfuncionalidades que es menester superar.

En el ámbito costarricense e internacional, el iusfilósofo Enrique Pedro Haba Müller ha cultivado de manera sólida el pensamiento realista en el derecho, desarrollando una feroz crítica contra lo que ha denominado *normativismo de los juristas*, como se apreciará en el siguiente texto:

2. El normativismo de los juristas (platonicismo juridicista)

*El normativismo jurídico se basa en la aplicación de la “Superstición del Único Significado Verdadero”¹⁸ a la comprensión, específicamente, de lo que es derecho. Para ese normativismo, se trata de encontrar unas normas que de alguna manera se hallan pre-establecidas, con toda seguridad y precisión, en los textos del Derecho positivo, o hasta más allá de estos, en un “cielo” de los conceptos¹⁹ (p.e., ciertas “naturalezas jurídicas”). Difícilmente sea dable presentar una mejor caracterización sumaria de la **actitud intelectual clave** en que consiste el **normativismo jurídico**, que la siguiente:*

“L. O. Thayer escribió (en 1898) sobre “aquel paraíso de los juristas en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en el que los hombres pueden expresar sus intenciones no solo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos.”²⁰

Esas normas, el jurista piensa que las descubre simplemente. Descubre una norma jurídica como se descubre una estrella, solo que en otro lado: una en el firmamento, la otra en unos papeles. No menos ésta que aquella son, para él, algo que “está ahí”, no hay más que “verlas” [...] O más bien, por lo habitual, lo que así se re-conoce es simplemente determinada estrella/norma ya vista antes por unos juristas eminentes que nos lo hacen saber así.

18 “[...]. la Superstición del Único Significado Verdadero –tal como la ha denominado I. A. Richards–, lo cual puede tener consecuencias en cualquier campo del saber, y es fatal para cualquier pretensión de adelanto en el campo de la ética” [e igualmente en el del razonamiento jurídico]. (Ch. L. Stevenson., *Ética y lenguaje*, trad. E. A. Rabosi, Bs. As., 1971: 86).

19 Véase el clásico de Rudolf von Jhering, *Broma y veras en la juris-prudencia*: Parte III.

20 Transcrito en J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester (Mass.), 1970 (ed. or. 1930): 202, nota 19.

Tal descubrimiento se efectúa por unas vías de pensamiento que nada más consisten –se supone– en un “darse cuenta”, mediante la inteligencia profesional, de aquello que la letra dice por sí misma, o de “la voluntad del legislador”, o bien, en todo caso, de la “naturaleza jurídica” del instituto en juego, etc. Cada una de estas cosas, o determinada combinación de ellas, no puede implicar –se supone– más que una sola respuesta verdaderamente “correcta” para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable. En esta óptica, una vez que llego a conocer bien esas normas, ya sé todo lo que tenía que saber, en cuanto a lo “propriadamente” jurídico. Como jurista, mi mundo intelectual se agota en saber desarrollar un pensamiento de orden pura y simplemente hermenéutico-intelectual respecto a normas cuyo contenido y alcance estaría ya fijado de antemano.

Así, el normativismo de los juristas impone una doble reducción del conocimiento, deformación profesional que amputa de antemano los posibles contactos entre pensamiento jurídico y realidad. a) Los normativistas reducen su conciencia, cuando pronuncian los discursos jurídicos al mero nivel de ciertos significados, en sí y por sí mismos, de unos juegos lingüísticos profesionales. Con ello se hace abstracción, completamente o poco menos, de las dimensiones prácticas de ese lenguaje: el normativista no se detiene a examinar qué repercusiones su discurso pueda tener (¡o no!) en los hechos. b) Incluso respecto a esos juegos de significados como tales, los normativistas tienen una visión simplista y en buena medida ficticia, pues no solo omiten plantear las indeterminaciones y antinomias que presentan las leyes y otros textos del Derecho positivo, sino que más bien contribuyen a encubrirlas mediante sus modos (dogmática, etc.) de exponer la normativa jurídica: “mito básico”²¹, “naturalezas” jurídicas y esencialismo en general,²² etcétera.

La impronta normativista en la formación profesional de los juristas hace que lo ahí enseñado consista, primordialmente, en repertorios conformados por la letra de unos preceptos del derecho positivo y las paráfrasis de estos ofrecidas en textos de estudio, a veces ampliadas mediante ciertas sutilezas dogmáticas. Ya lo decía Vaz Ferreira:

“Tienden también los estudios jurídicos a hacer espíritus formalistas y a sacarlos de la realidad; a formar mentalidades acostumbradas a dar una importancia inmensa a las cuestiones de palabras, a las fórmulas, a las abstracciones, a las deducciones... Otra característica del estado mental que tan fácilmente se produce en los abogados, consiste en un respeto excesivo a las fórmulas hechas, a las prescripciones de los Códigos, como si no fueran dictadas por hombres”²³[...].

21 Basic Legal Myth: cf. el sensacional libro de Frank señalado en la nota anterior.

22 V. Haba 2001c (Sec. B.II.3) y 2002 (Primera Parte: Sec. C.I.2).

23 C. Vaz Ferreira, Moral para intelectuales, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III, Montevideo, 1963 (ed. or. 1909): 69 s. Recuérdese asimismo las palabras de ese autor recogidas como encabezamiento del presente estudio, tomadas de su Lógica viva, Homenaje [...], vol. IV, 1963 (ed. or. 1910): 145.

En efecto, el normativismo consiste en NO ir “más allá” del nivel semántico de unas normas, contentándose con aprehenderlas en ciertos planos de ellas que son acríticos por excelencia. El normativismo de los juristas les angosta la visión del mundo en forma tal que su conciencia social queda encogida, por lo menos mientras el pensamiento permanece dentro de ese plano, a lo que formulan los preceptos oficiales y sus versiones dogmáticas. Su mundo (“cielo”) es, simplemente, el de unos textos normativos. Para él se trata, en primer término y en último término, de lo que en estos se dice. NO se ocupa, ni poco ni mucho, de lo que con ellos se HACE (si es que algo se hace [...]).

* * *

Por más que haya tal o cual discurso, jurídico u otro, esto puede ser intrascendente en la práctica. También puede que esta última, aun invocando dicho discurso en todo o en parte, lo emplee para hacer cosas distintas de lo que sus locutores originarios (p.e., unos legisladores) se imaginaron. Al olvidar que las cuestiones prácticas no se resuelven con simplemente decir esto o aquello, ni aunque sea por escrito con la unción del sello “derecho”– se cae en una miopía muy extendida, no solo entre juristas, a la que se puede llamar: platonismo (o fetichismo) de las reglas ²⁴. Tal tendencia está anclada, a su vez, en unas características más generales del pensamiento humano corriente: “magia verbal”, wishful thinking, etc.²⁵

El platonismo de las reglas es un espejismo a que el jurista tiende en forma típica. Constituye, podría decirse, como una “enfermedad profesional de nuestro gremio” (Carrió), ²⁶ si bien creencias análogas son comunes también fuera de él mismo: en las ideas políticas vulgares, en los parlamentos, en la dirigencia de instituciones públicas, etcétera. El normativismo jurídico es un hijo dilecto de ese platonismo. En efecto, ni más ni menos que un PLATONICISMO JURIDICISTA vienen a ser todas aquellas disquisiciones y discusiones sobre lo que “dicen” unos preceptos o principios, de cualquier sector del Derecho, cuando son llevadas adelante–como corrientemente sucede en la dogmática– con entera abstracción de fijarse en las posibilidades y en las consecuencias reales que esas normas, entendidas de determinada manera, puedan tener si llegan a ser aplicadas de tal manera en la práctica. Eso hace que, por lo general, lo más importante de todo no sea llamado a la cita: no forma parte del razonamiento “jurídico” lo de saber si

24 La expresión “platonismo de las reglas” (Regel-Platonismus) es de H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort, 1973: 195. Frank se refiere con más detenimiento al mismo fenómeno, para el cual usa, entre otras calificaciones, la de rule-fetichism, o.c. (supra: nota 14): 165 y Apéndice II; en el libro de ese autor, véase los caps. VI a IX de la Primera parte, esp. los sitios que en el Index (403 s.) aparecen señalados bajo las rúbricas platonism y word-magic.

25 V. Haba 2003b: § 12.

26 Dicho autor se refirió, con esas palabras, especialmente “a la proclividad a pesquisar la llamada “naturaleza jurídica” de una institución, de un hecho o de una relación que preocupa a los juristas, y a la facilidad con que estos entran en polémicas sobre el punto” (G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Bs. As., 1965: 73).

en verdad están dadas las condiciones para que las normas en cuestión puedan realizarse como apriorísticamente se está dando por descontado. Se deja completamente fuera de foco cómo tales normas sean aplicadas de hecho en las condiciones sociales presentes. Se habla, y a menudo se discute, sobre ciertos preceptos jurídicos o unas figuras de la dogmática, sin preguntarse quiénes y de qué maneras podrán hacerlas cumplir en la práctica, a qué sectores sociales les serán aplicadas realmente, qué consecuencias microsociales o macrosociales se seguirán (¡jo no!) de ello, etc. **El normativismo es, por excelencia, el enclaustramiento extraempírico del pensamiento jurídico profesional.**

En semejante hacer “rancho aparte” respecto a la dimensión práctica de las normas invocadas reside la ceguera capital de todo platonismo de las reglas. Amparado en este, la dogmática jurídica se dedica a librar señeras lides (semánticas) en las que “resuelve”, con solo dictar unas reglas o interpretarlas de cierta manera, los asuntos que sea. **El jurista dogmático se queda muy orondo en ese “cielo de los conceptos jurídicos” [...] ¡pase lo que pase en la “tierra”!**²⁷

* * *

Dicho platonismo se hace presente en dos fases. Por un lado, cuando se preparan proyectos de ley o reglamentos, a menudo los autores presuponen, implícitamente, que basta con establecer determinado cuerpo de normas, que ellos estiman las mejores, para que así, sin más, pasen a hacerse realidad ciertos objetivos perseguidos al legislarlas. Dan por descontado que también en la práctica se actuará conforme a tales normas y de acuerdo con dichos objetivos. Es, dicho sea de una manera gráfica, imaginarse que los preceptos tienen “patitas”: que esas reglas son capaces de “caminar” por sí solas, y que lo harán ni más ni menos que según lo deseado por sus autores. Por otro lado, ya ante cuerpos normativos en vigencia, se tiende a pensar respecto a ellos como si se tratara de un mundo per se; algo así como un topos uranos conformado según las ideas jurídicas establecidas en (aquellas que se imputan a) las disposiciones jurídicas.

Así, lo que los normativistas logran, más allá de que tal sea o no su propósito conscientemente, es desviar la atención de aquellos factores más decisivos para determinar la manera real como el Derecho está en condiciones de incidir, o no, en la resolución de esos asuntos. Nadie –¡tampoco la Sala Constitucional!– puede “leer” eso en el texto de las leyes o en la Constitución, ni en los eufemismos de la dogmática profesional. **Las aplicaciones posibles de esos textos dependen de otras cosas: de la ideología y en general de la mentalidad que obre en la “cabeza” de aquellas personas que funcionan como sus intérpretes autorizados, en amalgama con variadas condiciones de la madeja social; en una palabra, todo aquello sobre lo cual NO habla la enseñanza normativista. Si se hace**

27 Supra: nota 13.

abstracción de esos otros elementos, el fuera-del-texto (Debray)²⁸, entonces los textos del Derecho positivo –y a fortiori los de la dogmática jurídica– no sirven para saber gran cosa, en los casos discutidos por los juristas. Los textos solos ilustran poco, tanto para conocer como para impulsar la práctica del Derecho.

Es cierto que, en cuanto a esta práctica, no deja de haber renglones donde puede tener su importancia, a veces decisiva, la conciencia que los actores hayan adquirido sobre la existencia y lo que dicen esos textos justamente. **Para un entendimiento realista sobre el derecho, tampoco es cuestión de caer en otro error, paralelo al del normativismo, y no mucho menos irrealista que este: tomar muy poco, o nada, en cuenta la normativa oficial promulgada por el Estado.** Aunque no todo el espectro de lo que se edita como Derecho positivo, ni cada precepto tomado en particular, es algo que se aplica siempre, ni siempre es aplicado de la misma manera, es innegable que buena parte de la letra de ese Derecho y unas conceptualizaciones consagradas en la dogmática profesional de los juristas llegan a constituir, efectivamente, un “momento” de la dinámica real en la vida jurídica.

No es cuestión de calificar a los profesionales del derecho como “normativistas”, en el sentido apuntado, porque se ocupen de normas jurídicas... ¡sino por la manera como lo hacen! Reconozco que ellas juegan un papel ciertamente importante dentro del razonamiento jurídico en general. La equivocación del normativismo no reside en el hecho de tomar en cuenta tal “momento”, la dimensión semántica de las normas jurídicas, sino en: a) hipostasiarlo; y b) desgajarlo completamente de los otros “momentos” –variantes ideológico-interpretativas, condiciones socio-económicas y políticas, preferencias del intérprete, etc.– que le impartirán sus direcciones concretas a esas normas. (Lo resaltado no es del original). (Haba, 2002:12-21).

Del texto del profesor Haba, se desprende con claridad que la crítica al *normativismo del gremio de juristas* parte de lo que denuncia como la **superstición del único significado verdadero** que reduce la comprensión del mundo jurídico a las normas, en un sentido literal, es decir, *lo que las palabras dicen*, atribuyéndoles una suerte de autonomía.

Desde esa perspectiva, se asume que las normas tienen un único significado, y que la labor de quien es jurista es simplemente *encontrar tal significado* (de allí la analogía que hace de comparar el hallazgo de ese significado con el hallazgo de una estrella en el firmamento), y así aplicarlo *en automático* a todos los casos, prescindiendo de la realidad social, los efectos o consecuencias de la decisión, las finalidades del derecho en general; en fin, una serie de consideraciones que conectan las normas jurídicas con su razón de ser; es decir, resolver problemas de orden práctico.

28 R. Debray, *Crítica de la razón política* (trad. –con muchos defectos– Pilar Calvo), Madrid, 1983: 105.

Por eso, Haba afirma que esta forma de entender el derecho no toma en cuenta la dimensión pragmática, necesaria para comprender el contexto de los asuntos que se enjuician.

El normativismo hace desaparecer la capacidad crítica de quien resuelve casos judiciales, pues al pensar que existe un único significado verdadero de la norma, sí se persuade que lo ha encontrado, lo aplicará a rajatabla, poco le importará si su decisión resulta intersubjetivamente aceptable para resolver el conflicto jurídico o no, su objetivo será decidir conforme a lo que significan las normas en sí mismas, *a partir de su hallazgo*.

El autor menciona, en diferentes momentos, el impacto que el normativismo tiene en la formación profesional de juristas, siendo tales advertencias de mucha importancia a los efectos del presente análisis, pues, a consecuencia de esta forma de pensar, se asumirá la función jurisdiccional como un procedimiento mecanizado, cuyas decisiones se toman casi de forma automática sin que haya reflexión alguna sobre si las razones por las cuales se está decidiendo son aceptables o no lo son. Este aspecto se analizará más adelante cuando se profundice en el significado y alcances de los deberes de imparcialidad e independencia de las personas juzgadoras.

Otro aspecto que no debe desdeñarse es que, desde el pensamiento normativista, no se asumirá personalmente la decisión, ya sea que beneficie o perjudique a una parte procesal, dirá que no ha sido su responsabilidad que ¡ha sido la ley!

Un autor realista como el profesor Haba parte de un concepto de *fundamentación* de las sentencias, bastante cercano a lo que se ha venido exponiendo. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el enfoque realista no admite que existan **únicas respuestas**, sino que, en la mayoría de los casos, por las razones antes mencionadas, se debe optar entre varias posibilidades jurídicas y, de seguido, se debe justificar la opción escogida:

¿Qué es «fundamentar»? “[...]1) Los textos jurídicos admiten, por lo menos cuando los juristas discuten sobre su significado, más de un sentido: tantos cómo interpretaciones plausibles, esto es, lingüísticamente creíbles, se presenten al respecto. 2) Entre esas interpretaciones, el juez elige una de ellas como base de su fallo; las razones que presentan para acogerla constituyen, en combinación con el señalamiento de los hechos probados, su manera de fundamentar la sentencia. Ahora nuestra pregunta es: ¿Cómo efectuar tal fundamentación? ¿Qué es una fundamentación jurídica? O, más ampliamente (para empezar): ¿qué cabe entender en general cuando decimos que una afirmación está «fundamentada», en un discurso dado? Fundamentar significa, en general, que ante una tesis equis -una idea, algo que se propone, determinada afirmación-, esto que se sostiene se apoya en cierto por qué. Tal «por qué» constituye justamente el fundamento para creer en aquello, para sostener eso que sostengo. Fundamentar es invocar razones en apoyo de una afirmación; o sea, no pretender que esa afirmación debe ser creída por sí misma simplemente, sino tenerla por aceptable en virtud de alguna otra cosa. Eso «otro» son las razones señaladas ahí como fundamento para hacer aceptable dicha afirmación. (Haba, 2018: 41-42).

En un amplio trabajo publicado en el año 2007, el autor costarricense Minor E. Salas, discípulo del profesor Haba, hace una crítica, de naturaleza descriptiva, a la fundamentación de las sentencias judiciales, tal como se observan en la realidad, siendo oportuno mencionar que, dentro de las “*funciones legitimadoras*” que se le atribuyen, menciona cuatro foros de destinatarios: 1) Las partes involucradas. 2) Los tribunales superiores o de alzada. 3) El foro jurídico (por razones de vanidad). 4) Ante la opinión pública y los medios de comunicación. Para este autor, jueces y juezas prestan especial atención a quienes conocerán en alzada sus sentencias, convirtiéndose la fundamentación en una herramienta para fines estratégicos de orden personal, más que para brindar razones intersubjetivamente aceptables:

El foro social más importante al que se dirige el juez con la motivación de sus fallos está constituido, empero, por los Tribunales Superiores (“Salas de Casación”). A ningún juez le gusta ver cómo sus sentencias son revocadas una y otra vez por las instancias de alzada. De allí que se cuiden mucho (en la argumentación que le dan a sus decisiones) de tener siempre presente la opinión de los Tribunales Superiores. Esto explica el exagerado inventario de jurisprudencia que se cita en las sentencias de los tribunales de primera instancia, las cuales se convierten, de esta manera, en un “collage” absurdo y hasta ridículo, donde la técnica no es el razonamiento sesudo del juez sino el “corte y pegue” mecánico de los programas informáticos. (Salas, 2007: 339).

Sobre la fundamentación de las sentencias, el profesor Haba sostiene que las personas juristas siempre eligen. No obstante, los normativistas no se percatan de que han hecho una elección, o bien, ocultan que lo han hecho por medio del discurso normativista ya descrito.

Por su parte, quienes son realistas sí asumen tal escogencia y la justifican. Haba contrasta la forma en que fundamentan sus decisiones normativistas con la forma en la que lo hacen los realistas, según se aprecia en el siguiente cuadro comparativo:

Fundamentación normativista	Fundamentación realista
<p><i>“Para el normativista, ¿qué razones son las invocables jurídicamente? Él pasa a hurgarlas en un universo discursivo puramente semántico, conformado por unas u otras concepciones jurídico-doctrinarias; cuya validez presupone intocable frente a cuanto pueda o no acontecerle a los protagonistas de carne y hueso, por efecto de las normas entendidas justamente de tal manera, en la práctica social del derecho. Con base en tales o cuales saberes doctrinarios de los asentados allí, cree que encontró la única respuesta propiamente jurídica al interrogante planteado [...] Sea como sea, lo peculiar de tal tipo de fundamentaciones, cualquiera fuere la respuesta en que así desemboquen unos u otros normativistas, es precisamente esa manera general de razonar, esto es: que las soluciones jurídicas, sean las que sean, ellos las buscan y las encuentran ni más ni menos que en su «cielo», no según lo que pase o deje de pasar en la «tierra» social. En todo caso, no las determinan pensando principalmente en cómo esa respuesta pueda servir para los propios terrícolas involucrados... En efecto, el pensamiento iusnormativista consiste generalmente en eso. Se piensa que el jurista, encerrado en su gabinete de estudio, en el tribunal o en el bufete, con sólo leer unos textos jurídicos -y, cabe agregar, estando debidamente entrenado en la dogmática jurídica- se haya así en perfectas condiciones, sin más, de resolver debidamente cualquier cuestión de derecho, sea de orden general o en relación con un caso concreto conocido...lo de la responsabilidad social del jurista. Quiera o no quiera, éste la tiene. Pero el normativista quiere lavarse las manos. Nos dice: «Si resolví de esta manera (la respuesta jurídica dada), no es porque quiera elegir tal cosa yo, sino porque así lo dice la ley. Es esta misma, no yo (¡¡!), quien me impone semejante respuesta. Ahí no hay nada que “elegir”, todo esta pre-establecido en el derecho positivo, yo no hago sino re-conocerlo que ya está ahí, nada decido por mi propia cuenta».</i></p> <p>(Haba, 2018: 42-45).</p>	<p><i>El realista sabe que aquel cielo normativista es ni más ni menos que una construcción semántica de los propios juristas; y que, por añadidura, aún en ese cielo mismo las respuestas son contradictorias. Por eso, un juez realista no puede fundamentar diciendo que su fallo, su interpretación del derecho, no es sino una aplicación rigurosa de lo que dice la ley, simplemente eso. Él no puede consentirse el lujo de desconocer que, en verdad, la ley en cuestión se puede entender, en los casos controversiales, de distintas maneras. Para elegir entre los sentidos lingüísticamente posibles no hay más remedio, pues, que buscar más allá de ellos mismos, recurrir a algún tipo de «árbitro» (digámoslo así) entre ellos [...] El jurista realista se preocupa entonces por averiguar ciertas cosas de la «tierra», estrechamente vinculadas a las posibles consecuencias prácticas del fallo judicial [...] El realista se dirá: «puesto que, quiéralo o no, aquí no tengo más remedio que elegir yo mismo entre distintos fallos posibles dentro de este derecho positivo, ¿qué es lo que quiero lograr en la práctica mediante la elección que tengo por delante? ¿Para qué voy a elegir ahí la solución jurídica A en vez de la solución jurídica B, o al revés?»[...] lo de la responsabilidad social del jurista [...] Todo jurista elige, necesariamente, cuando sostiene una interpretación en vez de otras presentadas por colegas. Pues bien, como el realista sabe que el juez, piense este lo que piense, no puede escaparse de elegir, y puesto que aquel no propone efectuar esa elección a capricho sino con verdaderos fundamentos, ha de declarar muy bien en qué se va a fundamentar, así como también por qué elige justamente tales fundamentos y no otros. El juez realista necesita explicar, específicamente, qué ventaja práctica tienen los fundamentos invocados por él [...] Ahí entra en juego la cuestión de los efectos sociales. El jurista realista toma muy en cuenta los efectos reales que puedan seguirse de adoptar una u otra interpretación entre las que están en disputa. Él reconoce abiertamente: «yo prefiero que esto tenga tales o cuales efectos sociales, y veo que es dable usar ese texto como instrumento para lograr esos efectos sociales, en vez de otros efectos, si acepto la interpretación A». Esto acarrea, claro está, una responsabilidad para quien tiene tanta franqueza. Entonces ya no me puedo lavar las manos, como juez, alegando que no soy yo quien contribuye a provocar aquellos efectos, en lugar de otros efectos que acarrearía una interpretación jurídica B. ¡Decido yo!, dentro de los márgenes interpretativos que admite el lenguaje de los textos legales. No voy a engañarme, ni engañar otros, diciendo que ese fallo, ni otro en sentido distinto, está predeterminado en el cielo de la doctrina jurídica o en la letra de la ley. Al desempeñar mi función de juez, soy yo mismo quien elijo decidir de acuerdo con tales o cuales fines sociales” . (Haba, 2018: 42-45).</i></p>

Aparte de su crítica al normativismo de los juristas y a otros enfoques como el de la *teoría estándar de la argumentación jurídica*²⁹, el profesor Haba Müller también propone una *metodología realista* para abordar los problemas de la interpretación jurídica, en concreto la toma de decisión y fundamentación de las resoluciones judiciales. Esta propuesta metodológica será desarrollada en la Unidad VII.

Para concluir este tema que ha procurado un acercamiento al pensamiento y la crítica desde el realismo jurídico, resulta necesario agregar que, aparte de los señalamientos de naturaleza cognitiva, hay una variante de naturaleza conativa que merece ser expuesta, ya que el normativismo bien podría ser una ruta escapista de resolución de asuntos donde la persona juzgadora se refugia para evitar asumir las decisiones como propias:

Antes de ser dictada, la sentencia pasa por su conocimiento, por sus convicciones, por su ideología, por todo lo demás que está «ahí»... ¡por sus conocimientos técnico-jurídicos también! E interviene asimismo su «voluntad», como señalé al principio. Digo su voluntad, distinguiéndola ahora de sus «conocimientos», para no dejar tampoco de lado el fenómeno siguiente, que en muchos casos no juega papel primordial, pero en otros sí: las presiones sociales sobre la cabeza del juez. Esto también cuenta, unas veces más y otras menos, según el medio social y también según la «firmeza» (o no) de su propia personalidad. Supongamos que ese juez, de acuerdo con su conciencia, su ideología y todo lo demás, llega a una conclusión determinada, armonizable de tal o cual manera con la literatura de que se compone el ordenamiento jurídico de su país. Pero pensemos que dicho juez está sujeto a una presión muy fuerte para que resuelva de otra manera. Entonces el problema ya no son sus conocimientos, correctos o no, sino en qué medida él pueda tener la fuerza de carácter para resistir ante esas presiones sociales. (Haba, 2008: 44).

Si bien lo mencionado por el profesor Haba es potenciado por una fundamentación normativista, no es un tema exclusivo de este pensamiento, sino que, en la mayoría de los casos, está condicionado por el mayor o menor grado de consolidación institucional que el Poder Judicial tenga en un país determinado, pues si es muy vulnerable a las presiones de poderes fácticos o a otras esferas de poder público, existirá mayor riesgo de que las presiones externas influyan en las decisiones de jueces y juezas.

29 En el año 2010, en la Revista Doxa n.º 33 (Cuadernos de Filosofía del Derecho), se publicó un prolongado debate entre los filósofos del derecho Enrique Pedro Haba y Manuel Atienza. Haba hizo, desde su postura realista, una feroz crítica a la teoría estándar de la argumentación jurídica, desarrollada en buena medida por Manuel Atienza, autor postpositivista. El debate se dio por medio de ensayos, dando inicio el profesor Haba con: **Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación**. Atienza respondió con el ensayo: **Crítica de la crítica crítica: contra Enrique Haba y consortes**. Haba de nuevo escribió: **Callar o no callar... That is the question! (Entre «crítica crítica» y las críticas poco-críticas)**. La respuesta de Manuel Atienza fue: **Entre callar y no callar: decir lo justo**. El profesor Haba volvió a ripostar: **Avatares de lo «racional» y lo «razonable», cuando son eximidos de tener carnet de identidad**. Finalmente, otros autores (Juan Antonio García Amado y Óscar Sarlo) participaron también de los puntos de vista en contraste.

Por último, el llamado que hace Pedro Haba en su propuesta realista exige un compromiso de las personas juzgadoras, el cual plasma en forma de desafío intelectual y ético, como a continuación se transcribe:

*Tanto el juez normativista como el juez realista eligen, entre las respuestas jurídicas disponibles. La diferencia está en cómo eligen y cuál sea la rigurosidad de su atención (¡o no!) a los efectos prácticos de su elección. Si bien el intérprete no puede salvarse de tomar ahí una decisión PROPIA, no menos cierto es que puede someter su decisión a unas u otras formas de pensar. **Puede decidir con base en una toma de posición razonada, lo más científica y autoconsciente posible. O bien, en cambio, puede decidir a «pálpito», o algo por el estilo. O puede limitarse a seguir una línea de soluciones acostumbrada, sin reflexionar mayormente sobre ella, ya sea la de determinada jurisprudencia o la doctrina que le enseñaron a acatar ciertos profesores prestigiosos. O, también, puede decidir en función de unas presiones sociales, o directamente personales, a que él se encuentre sometido. ¡Hay maneras y maneras de optar entre las interpretaciones jurídicas presentes!** (Haba, 2008: 38).*

*De ahí que la aproximación realista-crítica no se limite simplemente a subrayar el carácter optativo de toda interpretación jurídica, sino que pone al jurista ante su propia responsabilidad asimismo en cuanto a lo siguiente: **“Sepa también que usted puede, si es que quiere (aunque nada ni nadie le “obliga” a hacerlo así), decidir las cuestiones jurídicas de otra manera que la mayoría de sus colegas, si es que usted, a diferencia de ellos, entre las opciones interpretativas viables procede a elegir con base en recursos que ofrece el pensamiento de orientación empírico-racional.** (Haba, 2002:31-32).*

Tema 1.3. Bosquejo sobre el postpositivismo o constitucionalismo

La otra concepción jurídica que nos ocupa a los efectos del presente análisis es el denominado *postpositivismo* también conocido como *constitucionalismo*. Igual que con el realismo jurídico, se ofrece un bosquejo general que sirva para captar los alcances de la crítica que, desde este enfoque, se hace hacia formas de positivismo jurídico formalista que, en buena medida, coinciden con el normativismo de los juristas criticado por el realismo:

[otras] concepciones del Derecho parecen haber entrado en crisis como consecuencia de la irrupción, en las últimas décadas del siglo XX, del paradigma del constitucionalismo (para algunos, neo-constitucionalismo). No quiere ello decir, naturalmente, que haya que prescindir de ellas sin más, puesto que en esas tradiciones teóricas se contienen (en mayor o en menor medida) elementos imprescindibles para desarrollar un enfoque argumentativo del Derecho. Pero ninguna de ellas parece, por sí misma, adecuada para cumplir ese objetivo.

Por «constitucionalismo» se puede entender, al menos, dos cosas distintas: un fenómeno, la «constitucionalización» de nuestros Derechos después de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de Constituciones rígidas densamente pobladas de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales; o bien la conceptualización, la teorización de ese fenómeno. Muchos juristas, por ejemplo, parecen aproximarse hoy al Derecho con las herramientas de otro tiempo, esto es, sin ser conscientes de los grandes cambios que se han producido en las últimas décadas. Otros consideran que el positivismo jurídico metodológico (el de los normativistas o el de los realistas) sigue siendo una concepción adecuada, siempre que se introduzca en el mismo algunos cambios de relativa poca importancia. Otros, en fin, piensan que se necesita un nuevo tipo de positivismo (positivismo crítico, positivismo incluyente, etc.). Y finalmente, los autores a los que en sentido estricto cabría calificar de «constitucionalistas» o, quizás mejor, de «post-positivistas» (como Dworkin, Nino o Alexy) son aquellos que consideran que el positivismo jurídico no es ya una concepción adecuada del Derecho, sin caer por ello (aunque ésta sea una objeción usual que les dirigen sus críticos) en formas de iusnaturalismo.

En términos generales, cabría decir que esa nueva concepción del Derecho (a la que no sólo se adscriben ciertos teóricos del Derecho, sino también muchos juristas prácticos) supone, entre otras cosas, lo siguiente. El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento «insular»: la argumentación jurídica tiene, necesaria-mente, un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política.

Aunque el uso del término «pragmatismo» puede llevar a confusión, el enfoque del Derecho como argumentación presupone un trasfondo pragmatista, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica. Eso significa que, en la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo que no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones. Pero, además, el tipo de pragmatismo específico que se defiende en este libro presupone una idea fuerte de razón práctica, o sea, no implica circunscribir la racionalidad práctica a la adecuación entre medios y fines. Es, como se ve, una concepción que permitiría calificar de pragmatistas a filósofos como Kant o como Habermas, o a teóricos del Derecho como Dworkin (a pesar de que este último haya polemizado con cierto tipo de «pragmatismo jurídico»). (Atienza, 2013: 28-30).

Tema 1.4. Crítica al positivismo normativista desde el pospositivismo (¿cómo desenmascarar a un formalista?)

La crítica que se hace al positivismo jurídico en general (no solo a sus versiones formalistas o normativistas) tiene su punto de partida en los profundos cambios que se han producido en el mundo de lo jurídico con los procesos de constitucionalización en los términos que el filósofo del derecho español Josep Aguiló³⁰ plantea:

- 30 Josep Aguiló hace una interpretación y resume las características que el proceso histórico de constitucionalización del orden jurídico ha tenido, a partir de lo dicho por Ricardo Guastini:
- 1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales, cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.
 - 2) La rigidez de la Constitución desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar «reserva de Constitución»: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.
 - 3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución, es decir todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de «normas programáticas».
 - 4) Se produce una «sobreinterpretación» de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.
 - 5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente, por parte los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales.
 - 6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.
 - 7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos.

La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista. (Aguiló, 2007: 665).

Esta concepción del derecho parte de una concepción positivista que, por razones históricas, ha dejado de ser funcional para los desafíos y necesidades que el paradigma constitucional representa.

El profesor Aguiló menciona una serie de aspectos que marcan la diferencia entre el paradigma positivista, propio del *Estado legal de derecho*, desfasado frente al momento histórico actual, frente al *Estado constitucional de derecho* vigente, lo que implica para autores como él la necesidad de un nuevo enfoque jurídico. El cuadro contiene la enunciación de las diferencias más relevantes entre ambos enfoques y, a su vez, permite conocer las características definitorias del postpositivismo (columna derecha):

1. Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas	
<p>Positivismo</p> <p>El modelo adecuado para explicar la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración.</p>	<p>Postpositivismo</p> <p>Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un «balance, ponderación o compromiso» entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.</p>

2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación

<p>Positivismo</p> <p>Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los de <i>lex superior</i> (prevalece la voluntad de la autoridad superior), <i>lex posterior</i> (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y <i>lex specialis</i> (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).</p>	<p>Postpositivismo</p> <p>Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.</p>
---	--

3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos

<p>Positivismo</p> <p>Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos.</p> <p>Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos.</p>	<p>Postpositivismo</p> <p>En un sentido trivial, puramente regulativo (de guía de la conducta), es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes transponiendo (invirtiendo) los sujetos sí supone pérdida de significación. En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que «alguien tiene un deber porque otro sujeto tiene un derecho», no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que «alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber». El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.</p>
---	---

4. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación

Positivismo

Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es

subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros.

Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica.

Postpositivismo

En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino

como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

5. Del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas

Positivismo

«Crear normas» y «aplicar normas» son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea ex novo el Derecho (gobierno per leges) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno sub lege). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

Postpositivismo

No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es sub constitutione), pues la ley no es creación ex novo, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales).

Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución».

6. De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas

Positivismo

El Derecho es «creado» y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad.

Todo el Derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal en el sentido weberiano de la expresión. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

Postpositivismo

En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Éste es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que sí son válidas formalmente.

Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas (por razón de su contenido) y cuya validez no tiene sentido remitirla a una o algunas normas formalmente válidas. Se trata de normas inderogables en el sentido de que su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o en el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regulación, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado o sustantivado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal.

7. De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»

Positivismismo

Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre «casos regulados» (resueltos por el sistema de reglas) y «casos no regulados» (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto.

Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como «permitido» elegir cualquiera de las opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay —según se ha dicho— relaciones de tipo lógico.

Postpositivismo

La distinción relevante no es ya la anterior (regulados/no regulados), sino la que opone los «casos fáciles» a los «casos difíciles». En el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas,

también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (jurisdicción, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (jurisprudencia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades.

Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere.

8. De la separación tajante entre el lenguaje del derecho y el lenguaje sobre el derecho a un discurso reconstructivo del derecho mismo

<p>Positivismo</p> <p>El lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad. Por el contrario, la ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo del lenguaje del Derecho, de las normas. La Ciencia del Derecho es, por tanto, discurso descriptivo y sus enunciados tienen valor de verdad. El presupuesto metodológico es que el Derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.</p>	<p>Postpositivismo</p> <p>En el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena «ciencia jurídica» no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstructivo, práctico y justificativo.</p> <p>El «científico» del Derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por tanto, es susceptible de ser descrito. Por el contrario, el jurista (tanto el teórico como el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora. El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.</p>
--	---

9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del derecho como práctica

<p>Positivismo</p> <p>El Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el Derecho es un conjunto de normas, el Derecho objetivo) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del Derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan. En consecuencia, es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo. La mera observación de hechos y actos es suficiente para la determinación de sus normas.</p>	<p>Postpositivismo</p> <p>El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el Derecho (ya sean aceptantes, participantes o meros usuarios). El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. No hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo de una práctica social que, si bien está dotada de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.</p>
--	--

10. De «enseñar derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar derecho es desarrollar ciertas habilidades»

Positivismo	Postpositivismo
<p>El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho es muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.</p>	<p>El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. «¿Cómo resolver un problema jurídico?» es el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la «invisibilidad» y la «intercambiabilidad» a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho. Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.</p>

Cuadro elaborado a partir del ensayo: *Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, del profesor Josep Aguiló. Revista Doxa n.º 30-2007.

El detallado cuadro comparativo del profesor Aguiló pone en evidencia dos aspectos fundamentales, respecto al postpositivismo: el primero es que se trata de una exposición descriptiva de los cambios que han ocurrido en el mundo de lo jurídico desde que surgió el *constitucionalismo*. Por lo tanto, no es exclusivamente una propuesta teórica, sino una comprobación empírica de que las exigencias del nuevo paradigma han demandado cambios que se han ido desarrollando gradualmente.

En el caso de Costa Rica, a partir de 1989, con la aparición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se observa la presencia, en nuestro sistema, de muchos de los temas planteados por el postpositivismo. El segundo aspecto es la constatación de que nuevos enfoques y herramientas jurídicas han generado una autonomía epistémica del paradigma postpositivista.

Para los propósitos del presente trabajo, interesa resaltar que, desde la perspectiva de la persona juzgadora, algunos de los aspectos mencionados permiten tener insumos o herramientas para un mejor tratamiento de la decisión y fundamentación de las sentencias.

Este paradigma parte de una conexión entre el derecho, la moral y la política, sin embargo, no en un sentido involutivo, como podría ser regresar a postulados iusnaturalistas de otros tiempos, sino que la conexión moral y política se da a través de los valores consagrados (positivizados) en la Constitución Política por medio de principios.

Esta forma de asumir el derecho parte del nivel de las *reglas* (normas jurídicas promulgadas por el parlamento); pero su interpretación debe hacerse conforme a los principios constitucionales (de mayor jerarquía normativa) de manera que no resulta válida una interpretación normativa literal (como la criticada por el realismo), sino que hay que acudir a las razones subyacentes de las normas (razón de ser, objetivos, finalidades o propósitos) para desentrañar su sentido y determinar su aplicación a casos específicos. Por tal razón, este enfoque también es conocido como *principialista*.

La forma de superar la discrecionalidad jurídica es buscar la interpretación normativa que mayor coherencia normativa brinde; es decir, la que mejor se ajuste a la consecución de los valores constitucionales consagrados en los principios. Esta característica permite intuir que hay interpretaciones mejores que otras: hay formas de decidir mejores que otras, lo cual algunos autores perfilan como la posibilidad de que haya “**únicas respuestas correctas**” en la decisión jurisdiccional (Ronald Dworkin, por ejemplo).

No obstante, parece excesivo concluir de esa manera. Acudir a principios constitucionales para encontrar la interpretación jurídica para la resolución de un caso concreto implica, en realidad, la búsqueda de la mejor (no la única) respuesta posible (Aulis Aarnio), en referencia a una comunidad jurídica que comparte los mismos valores básicos.

Como se verá más adelante, la concepción postpositivista utiliza, además de la subsunción, la ponderación para la construcción de soluciones normativas a partir de balancear, en el caso concreto, los principios que subyacen a las normas. De esa forma, se da respuesta a casos de lagunas normativas y lagunas axiológicas que, desde el positivismo jurídico tradicional, no tenían respuesta por tratarse de casos no regulados.

Por vías diferentes al realismo jurídico, el postpositivismo también permite desarrollar una actividad argumentativa intersubjetivamente aceptable para la toma de decisión y fundamentación de las sentencias judiciales.

Al igual que, cuando se desarrolló la crítica del normativismo de los juristas (desde el realismo jurídico), corresponde evidenciar que la forma en que se deben asumir las discusiones

jurídicas en este enfoque, según se ha descrito, implica un rechazo al pensamiento y prácticas jurídicas formalistas que, en buena medida, encubren las verdaderas razones que han motivado a las personas juzgadoras resolver de determinada manera un asunto judicial. Sobre esta temática, el profesor Manuel Atienza expone lo siguiente:

El formalismo no es la única dolencia que aqueja al Derecho o, mejor, a quienes tienen la función de interpretarlo y aplicarlo. Pero es quizás la más perniciosa en los países latinos por el carácter de enfermedad endémica que ha adquirido en nuestra cultura jurídica. Es cierto, por otro lado, que no todo lo que se llama a veces «formalismo» es igualmente rechazable; e incluso hay un formalismo —un significado de esa expresión— que no lo es en absoluto. El Derecho es, en buena medida, un fenómeno de autoridad; en el mismo, las razones formales (que apelan a la autoridad y no al contenido) tienen una importancia fundamental, lo que no ocurre, por ejemplo, en la moral. Por eso, los jueces no deben dialogar, como a veces se dice, de tú a tú con la Constitución y con las leyes, sino que deben reconocer la autoridad de la una y de las otras; en el caso del juez constitucional, el sometimiento a la Constitución debe ir unido a la deferencia hacia el legislador como principio interpretativo fundamental. Si las cosas no fueran así, no habría Estado de Derecho, simplemente porque el imperio de la ley habría pasado a ser imperio o gobierno de los jueces.

Pero el formalismo al que me estoy refiriendo aquí es otra cosa. Es una manera de entender el Derecho en la que el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan. Implica por ello un comportamiento ritualista, una forma de desviación que, en consecuencia (cuando se es consciente de ello), tiende a ocultarse; de ahí que tenga sentido hablar de desenmascarar, pues nadie se reconoce a sí mismo como un formalista. Ofrezco por ello aquí una especie de guía, que podría leerse como una serie de consejos, para llevar a cabo esa necesaria labor. En las motivaciones que llevan a cabo los jueces formalistas suelen encontrarse, en efecto, un número significativo de los siguientes rasgos (Atienza, 2011: 199-201):

Cómo desenmascarar a un formalista

1. El empleo de un lenguaje oscuro y evasivo. Una resolución formalista suele estar redactada de manera que un lector culto, incluso un profesional del Derecho, no la entienda, o al menos, no la entienda con facilidad. La utilización (sin necesidad) de términos «técnicos» o la omisión de indispensables referencias contextuales son estrategias adecuadas para ello.
2. La apelación abusiva, injustificada, a valores como la seguridad jurídica o el debido proceso. El abuso proviene de que se trata de valores fundamentales, pero instrumentales y que, en consecuencia, no pueden separarse de los valores sustantivos que los dotan, en último término, de sentido: digamos que nadie querría tener la «seguridad» de que le van a discriminar, sino la seguridad de que le van a tratar con la misma consideración y respeto que a los demás.
3. El énfasis en las cuestiones procesales y la tendencia a considerarlas haciendo abstracción del fondo del asunto. El lector tiene un indicio claro de que se razona de manera formalista cuando, después de haber leído la motivación de una sentencia, ni siquiera puede saber cuál era el problema sustantivo que ahí se debatía.
4. La pasión por el rigor lógico, que muchas veces resulta ser una pasión no correspondida; quiere decirse con ello que el formalista suele tener una idea equivocada de lo que significa la lógica. Lo que él ama es más bien una quimera, pues la lógica (formal) no impone nunca una solución, o no lo hace de manera incondicionada: la conclusión depende de cuáles sean las premisas de las que se parta. El verdadero amor por la lógica, en definitiva, no tiene por qué llevar a nadie al formalismo jurídico.
5. La apelación frecuente a la profesionalidad, a la neutralidad, a la objetividad, etc., como virtudes fundamentales del juzgador. Ocurre, sin embargo, que, en no pocas ocasiones, ese recurso se utiliza para ocultar la falta de profesionalidad, de independencia y de imparcialidad de quien las invoca.
6. La preferencia por las interpretaciones literales y descontextualizadas de las normas, en lugar de atender a las razones subyacentes de las mismas y a las consecuencias de las decisiones.
7. El uso de un lenguaje enfático y dirigido (retóricamente) a descartar cualquier tipo de duda en cuanto a la corrección de la decisión: «ha quedado meridianamente claro», «resulta incontrovertible de todo punto», etcétera.
8. Las referencias, en ocasiones, a ciertos símbolos de la cultura anti-formalista... siempre y cuando resulten inocuas, esto es, no pongan en cuestión la solución formalista que se pretende justificar. El formalista de nuestros días, podríamos decir, es un jurista con mala conciencia.
9. La disociación entre los motivos reales (ideológicos, psicológicos, etc.) que le han llevado a la decisión y las razones que esgrime para justificar esa decisión. En el caso de las decisiones formalistas, es frecuente que la explicación de lo que ha ocurrido y la «justificación» que puede leerse en la resolución vayan por caminos muy separados.
10. La tendencia a incurrir en contradicción, especialmente si se examina un número significativo de resoluciones del juzgador. Al parecer, no es fácil, y seguramente tampoco resulta conveniente, ser formalista todo el tiempo.

El decálogo expuesto por el profesor Atienza describe algunas de las prácticas disfuncionales en la actividad jurisdiccional, las cuales son frecuentes en la cultura jurídica iberoamericana.

En el siguiente tema, se analizará una propuesta metodológica que puede aplicarse a los procesos decisorios, la cual busca generar autocrítica en la persona juzgadora para evitar muchos de los patrones ritualistas que se observan en las prácticas procesales y en las sentencias judiciales.

De lo analizado a este punto, se puede concluir que la concepción del derecho de la que parte la persona juzgadora es fundamental para poder asumir los problemas de las personas usuarias del sistema de administración de justicia, de una manera profunda y comprometida.

Tema 2. Contextos de descubrimiento y justificación como instrumentos metodológicos para las decisiones judiciales

Tema 2.1. Contextos de descubrimiento y de justificación

Como se ha podido observar en las concepciones jurídicas expuestas, los procesos de toma de decisión y fundamentación de las sentencias judiciales no son actividades mecánicas, ni quienes juzgan son asépticos o neutrales (en cuando personas), sino que, por el contrario, existen múltiples factores que podrían influir en las decisiones de jueces y juezas. Muchas veces, esos factores son ignorados por quien resuelve un asunto (en el mejor de los casos) o, peor aún, tales factores podrían ser aprovechados para encubrir las verdaderas motivaciones que han definido la resolución de un caso concreto (peor escenario posible).

En ambas críticas (realista y postpositivista), se puede percibir como un gran riesgo la creencia de que las personas juzgadoras resuelven conforme a criterios predeterminados y autónomos de las propias normas jurídicas (como si las normas jurídicas -que no son más que palabras- tuvieran poderes metafísicos) que sencillamente captan y aplican como la “verdadera forma de resolver el caso”.

Relacionada con esta actitud mental, escudarse en una visión formalista del derecho, paradójicamente, lejos de garantizar seguridad jurídica, más bien sirve para ocultar las verdaderas razones por las cuales se ha decidido el caso que, desde luego, no se explicitan en las resoluciones.

De seguido, se analizará un enfoque o herramienta metodológica que pretende no solo dar cuenta de la necesidad de reconocer las razones explicativas y justificativas de las decisiones, sino también podría servir como un insumo para desarrollar una conciencia autocrítica y, en consecuencia, una actitud ética conforme a los deberes de imparcialidad e independencia judicial:

III. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN: EXPLICAR Y JUSTIFICAR

En la filosofía de la ciencia se suele distinguir (cfr. Reichenbach, 1951) entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado, está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última tarea requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas

del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento). **La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular** (cfr. Wasserstrom, 1961, y Golding, 1984, pp. 23-23). **Así, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Si pensamos en el argumento que concluye afirmando: A los presos del Grapo³¹ se les debe alimentar por la fuerza, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.³²**

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación no coincide con la distinción entre discurso descriptivo y prescriptivo, sino que tanto en relación con uno como con otro contexto, se puede adoptar una actitud descriptiva o prescriptiva. Por ejemplo, se puede describir cuáles son los móviles que llevaron al juez a dictar una resolución en el sentido indicado (lo que significaría explicar su conducta); pero también se puede prescribir o recomendar determinados cambios procesales para evitar que las ideologías de los jueces —o de los jurados— tengan un peso excesivo en las decisiones a tomar (por ejemplo, haciendo que tengan más relevancia otros elementos que forman parte de la decisión, o proponiendo ampliar las causas de recusación de jueces o jurados). Y, por otro lado, se puede describir cómo, de hecho, el juez en cuestión fundamentó su decisión (se basó en el argumento de que, de acuerdo con la Constitución, el valor vida humana debe

- 31 A finales de 1989, varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO) se declararon en huelga de hambre como medida para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria. Básicamente, con ello trataban de presionar a favor de la reunificación de los miembros del grupo en un mismo centro penitenciario, lo que significaba modificar la política de dispersión de los presos por delito de terrorismo del Gobierno. En los meses sucesivos, diversos jueces de vigilancia penitenciaria y varias Audiencias provinciales tuvieron que pronunciarse acerca de si cabía o no autorizar la alimentación por la fuerza de dichos reclusos cuando su salud estuviera amenazada, precisamente como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre. La solución que dieron algunos órganos judiciales fue autorizar la alimentación cuando los presos se encontraran en estado de plena consciencia y manifestaran su negativa. Otros, por el contrario, entendieron que la Administración sólo estaba autorizada a tomar este tipo de medidas cuando el preso hubiera perdido la consciencia. Un análisis de las diversas argumentaciones llevadas a cabo a propósito de este caso puede verse en Atienza (1990a).
- 32 “Las razones explicatorias se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos [...]. Las razones justificatorias u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista” (Nino, 1985, p. 126).

prevalecer sobre el valor libertad personal); o bien, se puede prescribir o sugerir —lo que exige a su vez una justificación— cómo debiera haber fundamentado el juez su decisión (su fundamentación tenía que haberse basado en otra interpretación de la Constitución, que subordina el valor de la vida humana al valor libertad personal).

En todo caso, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Por un lado, está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, por medio de argumentos. **En el campo del derecho, uno de esos modelos es el de la información integrada, elaborado por Martín F. Kaplan (cfr. Kaplan, 1983). Según él, el proceso de toma de decisión de un juez o un jurado es el resultado de la combinación de los valores de información y de impresión inicial. El proceso de decisión comienza con la acumulación de unidades de prueba o información; a ello le sigue el proceso de evaluación en el que a cada ítem informativo se le asigna un valor en una escala específica para el juicio que se está desarrollando; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información; luego se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular como, por ejemplo, probabilidad de culpabilidad; y, finalmente, se toma en cuenta la impresión inicial, esto es, los prejuicios del juez o del jurado que pueden provenir tanto de condiciones situacionales (por ejemplo, su estado de humor en el momento del juicio), como de condiciones asociadas con su personalidad (por ejemplo, prejuicios raciales o religiosos). El modelo no sólo pretende explicar cómo se decide —y se argumenta— de hecho, sino que sugiere también qué se podría hacer para reducir el peso de los prejuicios (dar un mayor peso a los otros elementos), o bien bajo qué condiciones los juicios con jurado (lo que implica también las argumentaciones de los jurados que conducen a una determinada conclusión) podrían ser tan fiables como los juicios con jueces profesionales.**

Por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro.

La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general,

suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Se trata, por tanto, de teorías (como las de Alexy o MacCormick, de las que se tratará en capítulos sucesivos) que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en general) cómo se deberían justificar. **Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas y, en ese sentido, se oponen tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad)** (cfr. Neumann, 1986, pp. 2 y 3).

La primera de estas dos posturas parece insostenible, especialmente en el contexto del derecho moderno, en el que la obligación que se establece de motivar —justificar— las decisiones, no sólo contribuye a hacerlas aceptables (y esto resulta especialmente relevante en sociedades pluralistas que no consideran como fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la tradición o la autoridad), sino también a que el derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana (Golding, 1984, p.9). Por otro lado, justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas. Y otro tanto ocurre con la segunda postura, esto es, con la opinión de que los jueces —o los jurados— no justifican (ni podrían justificar propiamente) sus decisiones, sino que las toman de forma irracional —o arracional—, y posteriormente las someten a un proceso de racionalización. Así, algunos representantes del realismo americano (especialmente Frank, 1970)³³ han mantenido, en efecto, que las sentencias judiciales “son desarrolladas retrospectivamente desde conclusiones tentativamente formuladas” (p. 109); que no se puede aceptar la tesis que representa al juez “aplicando leyes y principios a los hechos, esto es, tomando alguna regla o principio [...] como su premisa mayor, empleando los hechos del caso como premisa menor y llegando entonces a su resolución mediante procesos de puro razonamiento” (p. 111); y que, en definitiva, las “decisiones están basadas en los impulsos del juez”, el cual extrae esos impulsos no de las leyes y de los principios generales del derecho fundamentalmente, sino sobre todo de factores individuales que son todavía “más importantes que cualquier cosa que pudiera ser descrita como prejuicios políticos, económicos o morales” (p. 114).

33 La crítica de Frank se encuentra en uno de los apartados, The Judging Process and the Judge's Personality, de la que probablemente sea su obra más conocida Law and the Modern Mind, cuya primera edición es de 1930.

Más adelante volveré a tratar acerca del silogismo judicial, pero la distinción que se acaba de introducir permite mostrar con claridad el error en que incurren estos últimos autores y que no es otro que el de confundir el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Es imposible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible. En otro caso, habría que negar también que se pueda dar el paso de las intuiciones a las teorías científicas o que, por ejemplo, científicos que ocultan ciertos datos que no encajaban bien con sus teorías estén, por ello mismo, privándolas de justificación. (Atienza, 2004: 31-36).

Tema 2.2. Valor instrumental y crítico de los contextos en la función jurisdiccional

Del anterior texto se pueden inferir algunas consideraciones de mucha relevancia para la función jurisdiccional. No obstante, se advierte que algunas de ellas tienen un alcance limitado a la ética profesional de jueces y juezas; pero no por eso resultan irrelevantes:

- 1. Contexto de descubrimiento.** Una sentencia judicial puede ser analizada a partir de las **razones que podrían explicar** por qué se decidió de tal o cual manera. Estas razones, por lo general, no aparecerán en el texto de la resolución, de manera que son muy difíciles de controlar por las partes procesales. Sin embargo, cuando estas se pueden inferir (de forma indirecta, por descuido en la redacción de la sentencia o por la conducta procesal de jueces y juezas), pueden ser controladas por medio de los recursos correspondientes y, en algunos casos (antes del Fallo), por medio de la recusación, ya que usualmente evidencian un quebranto al deber de imparcialidad o de independencia.
- 2. Contexto de justificación.** Más allá de la dificultad de acreditar razones explicativas que podrían desvelar un proceder reprochable por parte de la persona juzgadora, lo cierto es que sí se pueden controlar (de una forma intersubjetivamente aceptable para la comunidad jurídica) las **razones justificativas** que se aducen en las sentencias como los fundamentos de la decisión, aunque de una forma limitada, ¡es lo que hay! Si bien el control de las sentencias es dificultoso para las partes, también es cierto que *no se puede resolver cualquier cosa* (fundada en prejuicios, por ejemplo, decisionismo metodológico), pues no podrá justificarse (fundamentarse) en la sentencia.
- 3. Frente a su proceso de toma de decisión, de cara a la fundamentación de lo que decidirá, la persona juzgadora sí puede acudir a esta dualidad de contextos para analizar de forma crítica su proceder. Se puede utilizar esta herramienta metodológica como parte de su deliberación**

en torno al caso y se pueden responder las preguntas: *¿Las razones por las cuales estoy resolviendo el presente caso están dentro de las motivaciones que el derecho acepta? ¿Esas razones que me motivan a tomar la decisión del presente caso se podrían hacer visibles en la justificación/fundamentación de mi sentencia?* Lo dicho corresponde a un nivel de reflexión crítica, irreductiblemente ética, que una persona juzgadora debería hacerse por honestidad intelectual y probidad frente a sus deberes como juez o jueza de la república.

- Este proceder no debería ser entendido como una mera sugerencia metodológica, pasando a un plano prescriptivo, debería ser una de las formas en que las personas juzgadoras controlen el poder institucionalmente conferido, al momento de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento. Lo anterior tiene fundamento en el deber de imparcialidad e independencia judicial que se constituyen en garantías al servicio de la ciudadanía.

La siguiente imagen plasma la forma propuesta en que las personas juzgadoras deberían deliberar su toma de decisión fundamentada:



Al considerar el deber de reflexionar sobre la naturaleza de las razones de nuestra decisión sobre la base de los deberes de imparcialidad e independencia judicial, la dualidad de contextos desaparece, solo se deben considerar las razones justificativas del fallo, las cuales solo deben ser razones aceptables por el derecho.

Imparcialidad e independencia judicial como garantías al servicio de todas las personas

Se ha afirmado que las razones por las cuales las personas juzgadoras deben hacer todo lo que esté a su alcance para procurar la toma de decisiones lo más transparente, razonada y objetivamente posible se fundamentan en los deberes de imparcialidad e independencia judicial, sin olvidar que la sujeción a la ley es una obligación ontológicamente indisoluble de la función jurisdiccional. De seguido, se analizará la propuesta que el profesor Josep Aguiló desarrolla sobre esta temática:

LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

Los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces. Todos los jueces tienen el deber de ser independientes y de ser imparciales cuando realizan actos jurisdiccionales. Esto es muy importante porque hay una acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a las garantías destinadas a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes. El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto de litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio. En consecuencia, una correcta interpretación de los principios de independencia e imparcialidad de los jueces tiene que partir de la imputación de un deber de independencia y un deber de imparcialidad a todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.³⁴

34 Un ejemplo de postura inadecuada en el análisis de estos principios es el siguiente: “La independencia judicial constituye, hoy en día, un postulado constitucional (Art. 117.1 CE) que tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, estando sometidos únicamente al imperio de la ley [...] la independencia judicial supone la posibilidad de decidir los casos particulares según conciencia [...]” en Picó i Junoy, Joan: La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 30 y ss. En el primer trabajo citado en la nota uno, critico dos grandes deformaciones de la idea de independencia judicial. La primera de estas deformaciones es concebir la independencia como autonomía, como libertad.

LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

*¿En qué consisten los referidos deberes de los jueces? En mi opinión, conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho exige a los jueces. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, **en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma. O dicho de otra forma, en el ideal de un juez independiente e imparcial los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión.***

EL SENTIDO DE LOS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

*Así entendidos, como generadores de deberes para los jueces, **los principios de independencia y de imparcialidad de los jueces tratan de proteger dos cosas diferentes. Por un lado, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y sólo desde el Derecho (la legalidad de la decisión).** Los deberes de independencia e imparcialidad son, en este sentido, los correlatos del derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (y sólo desde el Derecho). Pero, **por otro lado, tratan de proteger también la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas (la credibilidad de la decisión).** Las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, los regímenes de incompatibilidades, las causas de abstención y recusación no deben verse sólo –ni tal vez fundamentalmente– como juicios previos de inclinación a la prevaricación, sino más bien como intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas. Sobre ello volveré enseguida.*

¿EN QUÉ SE DIFERENCIAN EL DEBER DE INDEPENDENCIA Y EL DEBER DE IMPARCIALIDAD?

Como se ha visto, la independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide. ¿En qué se diferencian,

pues? La independencia, **el deber de independencia**, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales, frente a la Iglesia, etc. **La imparcialidad**, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio. Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse –estar sujeto– a personas ni debe cumplir funciones de representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio.³⁵

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN

Analicemos brevemente las instituciones de la abstención y de la recusación. El sentido inmediato de estas dos instituciones procesales parece claro: preservar la legalidad de las decisiones judiciales; evitar que la presencia en el juez de motivos para decidir provenientes del proceso y extraños al Derecho puedan llevarle a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones. Obviamente ello es así, pero no agota el análisis de estas dos instituciones porque, en mi opinión, no constituye el núcleo central de las mismas. Bien mirado, no tiene mucho sentido pensar que el juez que se abstiene está diciendo algo así como que si juzgara, dadas las circunstancias, se le podría debilitar tanto la voluntad que podría llegar a prevaricar o que se le podría nublar de tal forma el entendimiento que no llegaría a discernir cuál era la solución correcta del caso. Lo mismo puede decirse respecto del juez que admite la recusación de un compañero: no parece tener mucho sentido interpretar la aceptación de una recusación como un juicio previo (o prejuicio) de inclinación a la prevaricación o a la incapacitación para la formación correcta del juicio. Si pensáramos que esa es la interpretación correcta de estas instituciones no cabe duda de que realmente resultaría muy

35 Dada la peculiar posición del juez dentro del orden jurídico, que implica que el juez debe resolver los casos con sujeción sólo a normas (independencia) y sin intereses en el proceso (imparcialidad), las exigencias derivadas de ambos principios tienden a confundirse. Sin embargo, una buena manera de mostrar la separación entre ambos principios es darse cuenta de que el deber de independencia puede regir sin que lo haga el de imparcialidad; o, dicho de otra manera, que la independencia como deber es compatible con la parcialidad. Ese es, por ejemplo, el caso de los abogados. Así, por ejemplo, en el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española puede leerse: “La independencia del Abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho”. Reproduzco a continuación algunos incisos del Artículo 2 del referido Código relativo a la independencia: “1. La independencia del Abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el Abogado constituye un derecho y un deber. 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el Abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios y ajenos. 3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores [...]”.

*duro abstenerse o admitir una recusación. En mi opinión, las cosas se ven mucho más claras si estas instituciones se interpretan de una manera menos inmediata y no redundante con la exigencia de legalidad de las decisiones jurisdiccionales. En efecto, **la abstención y la recusación protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión), sino también y fundamentalmente la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que, en realidad, reconoce el juez que se abstiene (o el que admite una recusación) es que si no lo hiciera su decisión podría ser vista como motivada por razones distintas a las suministradas por el Derecho y, por tanto, la decisión podría perder su valor. La decisión podría interpretarse a partir de razones con un potencial explicativo tan alto como el parentesco o el interés en el proceso y, en consecuencia, resultar deslegitimada. La decisión, al contar con una explicación verosímil distinta del simple cumplimiento del deber por parte del juez, podría perder su autoridad. Este aspecto de actuar en defensa de la credibilidad de las razones y las decisiones judiciales no es marginal ni meramente secundario, es consustancial a la abstención y a la recusación***³⁶. Y ello es así porque **nada hay más distorsionador para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que el que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al Derecho; y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones.**³⁷ (Aguiló, 2009: 28-32).

36 “En materia de justicia incluso las apariencias tienen importancia...”. Sobre ello véase Plácido Fernández-Viagas Bartolomé: *El juez imparcial*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 136 y ss.

37 Si todo lo anterior es acertado entonces creo que hay razones para estar en desacuerdo con la que me parece que es la doctrina jurisprudencial dominante a propósito de las causas de abstención y de recusación; la que afirma que se trata de causas tasadas y que, por tanto, considera que debe excluirse la aceptación de otras posibles causas. No es este el lugar apropiado para detenerse en extenso en ello, pero me parece que lo que hace esa línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a esas reglas. Como todos sabemos las reglas en general tienen una formulación que hace que en ocasiones su aplicación pueda generar casos anómalos de infrainclusión o suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación, aunque dicho caso no sea estrictamente subsumible en ninguna de las reglas de recusación previstas; es decir, no tiene sentido negar toda posibilidad de infrainclusión de las reglas. Como tampoco tiene sentido negar toda posibilidad de sobreinclusión de las reglas. Este último es el caso, me parece, de la recusación del magistrado del Tribunal Constitucional Pablo Pérez Tremps. En definitiva, no hay razón para que la dialéctica principios/reglas no opere en esta materia, como sí lo hace en las demás.

Ejercicio n.º 1. Película *Talentos ocultos* (*Hidden figures*)³⁸

- a) Observe la película *Talentos ocultos*. Para la finalidad de este ejercicio, no es necesario verla en su totalidad. Sin embargo, ver la película completa es altamente recomendable, ya que permite una contextualización de los aspectos relevantes para el ejercicio.
- b) Analice el contenido de los dos fragmentos de la película que se indican:
- Conversación de Mary Jackson con su jefe Karl Zielinski, quien la motiva a concursar para un puesto de ingeniera en la NASA. (Contexto de la petición ante tribunales).
 - Comparecencia de Mary Jackson ante los Tribunales de Justicia solicitando autorización para asistir a una universidad que es para hombres blancos (aún vigente el sistema de segregación racial en los Estados Unidos de América, a nivel estatal).
- c) Conteste las siguientes interrogantes:
1. **¿En cuál de los contextos estudiados, ubicaría las manifestaciones que el juez hace antes de que el personaje XX planteé su caso? Justifique su respuesta.**
 2. Una vez que Mary Jackson expone su caso, utilizando información respecto a la vida del propio juez (ajenas al caso), este, tomando en consideración lo que ha dicho la solicitante, resuelve su petición. ¿Cuál sería el contexto de descubrimiento y cuál el de justificación de la decisión tomada por el juez?
 3. **¿Cómo podrían ser vistos los argumentos que finalmente persuadieron al juez, desde el deber de imparcialidad de las personas juzgadas?**
 4. **¿Cómo podría describirse la concepción jurídica que evidencia el juez en su primer comentario (antes de escuchar los argumentos de la peticionante)?**

38 *Hidden figures* (titulada *Talentos ocultos* en Hispanoamérica y *Figuras ocultas* en España) es una película biográfica estadounidense de 2016 dirigida por Theodore Melfi y escrita por Melfi y Allison Schroeder. El título juega con el doble significado de *figure/cifra* y *figure/silueta*.⁴ Está basada en el libro de no ficción del mismo nombre de Margot Lee Shetterly. Taraji P. Henson en el papel de Katherine Johnson es una matemática afroamericana que calculó las trayectorias de vuelo del Proyecto Mercury y el vuelo a la Luna del Apolo 11 (1969). La película también presenta a Octavia Spencer, Janelle Monáe, Kevin Costner, Kirsten Dunst y Jim Parsons. (https://es.wikipedia.org/wiki/Hidden_Figures).

Ejercicio n.º 2. Caso hipotético – Pensión alimentaria

Analice el siguiente caso:

1).- Una mujer de 32 años, madre de cinco niños, solicita un aumento de la pensión alimentaria que recibe de su exconviviente y padre de sus dos últimos hijos (de 4 y 2 años respectivamente). Por tanto, estima que la suma de treinta mil colones, por cada uno de ellos, es insuficiente para cubrir sus necesidades (salud, alimentación, educación, vestido, entretenimiento, etc.).

2).- El padre de los niños argumenta que la suma de dinero que paga es suficiente. Manifiesta que, pese a que su situación económica personal es bastante buena y holgada, considera que no es justo que le pretendan imponer la obligación económica de los otros tres hijos de su excompañera, pues sabe que uno de los hijos (el mayor, de 14 años) es mantenido por su padre biológico, pues también a ese hombre le tiene pensión. Agrega: **"Si lo que quiere es que le mantengan a los otros güilas (un niño de 9 y una niña de 7 años), que le ponga pensión a los tatas de esos carajillos, pero yo no tengo que cargar con esa jarana,... isi de eso viven estas mujeres! ide ponerle a uno pensiones"**.

➤ La persona juzgadora es un hombre. Luego de escuchar los argumentos resuelve rechazar el aumento de pensión solicitado.

➤ Dentro de la exposición de argumentos para su decisión expresó: **"[...] aparte de que el monto de pensión, parece razonable al nivel de vida de la madre e hijos, debo agregar que esta jurisdicción no puede permitir que sus mandatos se conviertan en una forma de enriquecimiento sin causa. No es tolerable para el derecho de familia que se desnaturalice la función o los fines de la pensión alimentaria, que ese sagrado instituto se convierta en un modus vivendi para personas disolutas, como se ha visto muchas veces. No en pocas ocasiones, se utiliza este instituto para vengarse de una expareja, para truncarle su nivel de vida, es decir, con finalidades ocultas que este juzgador no puede avalar [...] no pocos varones son objeto de múltiples pensiones alimentarias, como las mencionadas, que les impide salir adelante y les mantiene en un estado permanente de zozobra ante la posibilidad de perder hasta la libertad [...]"**.

Refiérase a los siguientes aspectos:

- Explique si es razonable la decisión del juez.
- ¿Es sustentable jurídicamente el alcance de lo resuelto?
- ¿Lo resuelto guarda relación con los hechos del caso o las manifestaciones de las partes?
- Hipótesis: Si se supiera que la persona juzgadora es obligada alimentaria de hijos que ha procreado con tres mujeres distintas (debe afrontar tres pensiones alimentarias), ¿qué aportaría ese dato en términos de valorar su resolución?

“Ejercicio #3 Caso hipotético – Violencia Doméstica”

1.- Mujer de 40 años, recepcionista a tiempo completo de una empresa, denuncia a su esposo (hombre de 42 años), mensajero (motorizado), por violencia intrafamiliar.

2.- La mujer aduce que es víctima de constante agresión psicológica, dado que su marido **sistemáticamente le grita e insulta**, reclamándole que no es una buena esposa, pues no cumple con su obligación de débito conyugal, no atiende bien a la familia (esposo y dos hijos varones de 12 y 9 años), pues por estar trabajando, la casa es un desastre, no está limpia, no hay almuerzo ni cena, no lava la ropa a tiempo, ni la aplancha. Además, le reclama (**gritos e insinuaciones respecto a su conducta sexual**) que se mantiene trabajando, para estar viendo constantemente a otros hombres, pues como recepcionista tiene oportunidad de andar “*pelándoles el diente*” a muchos hombres que llegan a esa empresa y que los niños se quejan de que su mamá no está en casa.

3.- En fechas recientes, la agresión psicológica ha ido en aumento al punto de que los reclamos e insultos del marido son proferidos en el contexto de una actividad familiar, en presencia de los hermanos, sobrinos y padres de su esposo.

4.- La señora solicita medidas de protección, en particular, la salida del domicilio del presunto agresor.

➤ La audiencia es celebrada por una señora jueza, quien escucha los argumentos de las partes y, ante la manifestación realizada por el marido durante la comparecencia oral, le consulta a la esposa de este si, en efecto, es cierto que nunca ha habido ninguna acción o agresión física de parte del marido para dar cumplimiento a sus reclamos. Ante la pregunta, la señora responde que nunca la ha agredido físicamente y que toda la agresión ha sido únicamente verbal.

➤ La señora juzgadora resuelve denegar la solicitud de salida del domicilio en común por parte del marido e indica en su resolución:

➤ **“[...] ese tipo de desacuerdos son propios de las relaciones de pareja, parte de la vida familiar e inherentes a la convivencia social. Les sugiero buscar cómo resolver el tema de una manera civilizada, pues para acudir a instancias judiciales, se requiere un nivel de conflicto o violencia significativo que amerite la intervención del Estado, este caso no reviste esas características. Más bien se impone una reflexión introspectiva de parte de ambos cónyuges respecto a si están cumpliendo su rol como esposo o esposa, como padre o madre de manera adecuada. A modo de ejemplo, se debe reflexionar si en efecto vincularse al mundo laboral justifica abandonar la crianza de los hijos [...]”.**

Refiérase a los siguientes aspectos:

- Explique si es razonable la decisión de la jueza.
- ¿El alcance de lo resuelto es sustentable jurídicamente?
- Hipótesis: Si se supiera que la persona juzgadora es una devota religiosa que, a su vez, ha sido objeto de violencia doméstica por parte de su esposo, ¿qué aportaría ese dato en términos de valorar su resolución?

Bibliografía

- **Aguiló, Josep.** (Julio-diciembre de 2009). Imparcialidad y concepciones del derecho. En: *Revista Jurídicas*. Vol. 6. N.º 2. Universidad de Caldas, Colombia.
- Disponible en internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129012568003>
- _____.(2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Revista Doxa*. N.º30. Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras>
- **Atienza, Manuel.** (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. En: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Isonomía. N.º34. Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Disponible en internet: http://www.archivo.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_340.pdf
- _____. (2004). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Editorial Palestra. 2.ª edición. Lima.
- **Haba, E. P.** (2018). *Invitación al razonamiento jurídico realista. Sus puntos de partida fundamentales más un modelo procedimental heurístico*. Lima: Editorial Palestra.
- _____. (2008). Del «subjetivismo» en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. En: *Revista Jurídica Estudiantil Hermenéutica*. N.º15. San José: Impresos Chico.
- _____. (2002). Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Revista Doxa*. N.º 25. Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10151/1/doxa25_15.pdf
- **Salas, Minor E.** (2007). ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. En: Chirino, Alfredo (coord.). *Humanismo y derecho penal. In memoriam del profesor Henry Issa El Khoury Jacob*. San José: Editorial Jurídica Continental.

- Disponible en internet: <https://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>
- Debate entre Enrique Pedro Haba y Manuel Atienza. *Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa*. N.º 33-2010. Universidad de Alicante.
- <https://doxa.ua.es/issue/view/2010-n33>

<p>1</p>	<p>ASERTO / ASERCIÓN</p> <p>1. m. Afirmación de la certeza de algo. Sin.: aserción, afirmación, aseveración. https://dle.rae.es/aserto?m=form</p> <p>1. f. Acción y efecto de afirmar o dar por cierto algo. Sin.: aseveración, afirmación, aserto, confirmación.</p> <p>2. f. Proposición en que se afirma o da por cierto algo. https://dle.rae.es/aserci%C3%B3n?m=form</p>		
<p>2</p>	<p>DEDUCCIÓN</p> <p>2. f. derivación (acción de sacar o separar una parte). <table border="1" data-bbox="228 999 630 1041"> <tr> <td>Sin.</td> <td><input type="checkbox"/> derivación.</td> </tr> </table></p> <p>3. f. Fil. Método por el cual se procede lógicamente de lo universal a lo particular. Sinónimos o afines de deducción: conclusión, inferencia, consecuencia, suposición, ilación. https://dle.rae.es/deducci%C3%B3n?m=form</p> <p>Derivación de consecuencia a partir de una proposición. Conclusión obtenida de un supuesto. Acción de desprender un resultado con base en un principio. Método por el cual se parte de lo universal para concluir lo particular. Retención, rebajo, descuento de una cantidad. https://dictionariosual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/deducci%C3%B3n</p> <p>Ver Unidad IV Tema 2.2 Deducción e Inducción. Características y utilidad práctica.</p>	Sin.	<input type="checkbox"/> derivación.
Sin.	<input type="checkbox"/> derivación.		

3	<p>PRESCRIPTIVO</p> <p>1. adj. Que prescribe (preceptúa, ordena). <i>Normas prescriptivas.</i></p> <p>https://dle.rae.es/prescriptivo</p> <p>PRESCRIBIR</p> <p>1. tr. Preceptuar, ordenar, determinar algo.</p> <p>https://dle.rae.es/prescribir#CnUBuhO</p> <p>*En el presente curso tiene mucha relevancia desde el enfoque lingüístico así como en la dimensión normativa.</p> <p>Ver Unidad III Tema 2.4 Argumentos teóricos y prácticos. Dirección de ajuste del lenguaje (lo descriptivo y lo normativo)</p>				
4	<p>RAZONES SUBYACENTES</p> <p>RAZÓN</p> <p>5. f. motivo (ll causa).</p> <table border="1" data-bbox="228 1115 1425 1157"> <tr> <td>Sin.:</td> <td>motivación, motivante, motivo, fundamento, causa¹, móvil, origen, base, raíz</td> </tr> </table> <p>https://dle.rae.es/raz%C3%B3n?m=form</p> <p>SUBYACENTE</p> <p>1. adj. Que subyace.</p> <table border="1" data-bbox="228 1329 1078 1371"> <tr> <td>Sin.:</td> <td>oculto, latente, encubierto, larvado, profundo.</td> </tr> </table> <p>https://dle.rae.es/subyacente</p> <p>Ver Unidad VI: Tema 2.3 Adecuación – argumentación finalista</p>	Sin.:	motivación, motivante, motivo, fundamento, causa ¹ , móvil, origen, base, raíz	Sin.:	oculto, latente, encubierto, larvado, profundo.
Sin.:	motivación, motivante, motivo, fundamento, causa ¹ , móvil, origen, base, raíz				
Sin.:	oculto, latente, encubierto, larvado, profundo.				

5	<p>MAGIA VERBAL</p> <p>*Uso de palabras o cláusulas prestigiosas con potencial de movilizar emociones en el receptor del mensaje, usualmente se invocan como sustituto indebido de la fundamentación en una sentencia o argumento judicial.</p> <p>Ver Unidad III: Tema 3.6 Magia Verbal –Verbalismo</p>
5	<p>SUBSUNCIÓN, RAZONAMIENTO SUBSUNTIVO</p> <p>Inclusión de algo como parte de un conjunto más amplio. Según cierta doctrina, hay subsunción del delito de terrorismo en los delitos de lesa humanidad o en la categoría general de crímenes contra la humanidad. Enlace lógico entre hechos acaecidos y la previsión hipotética que se hizo en una norma.</p> <p>https://diccionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/subsunci%C3%B3n</p> <p>Ver Unidad III: Tema 1.3. Justificación Interna y Externa de las Sentencias ; Unidad VI: Tema 2 El razonamiento jurídico - Quaestio Juris</p>
6	<p>WHISFUL THINKING</p> <p>*Pensamiento por deseos. Tipo de autoengaño que resulta también en la falacia conocida con el mismo nombre, que guarda relación con la previsión de nexos de causalidad ingenuos y poco realistas.</p> <p>Ver Unidad III: Tema 3.7 “Wishful Thinking” – Pensamiento por deseos – ; y Unidad IV: Tema 1.6.1.9 Falacia de la Causa Falsa – Whisful Thinking</p>

Unidad III

El lenguaje y sus características como punto de partida en la argumentación jurídica

Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», que puedan estar al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.

Genaro R. Carrió³⁹

Las palabras transportan ideas valiosas, ayudan a crear ideas valiosas. Mas las palabras transportan también mentiras, estupideces o unas descripciones engañosas de ideas ajenas; y estimulan las bases de pasiones, las más pasmosas emociones. Pero la drástica revisión de malos hábitos de lenguaje es tan importante que no debiéramos desacreditarla por reclamar eso en demasía.

Jerome Frank⁴⁰

39 Carrió, J. (1990: 94).

40 Frank, J. (1942). *Si los hombres fueran ángeles. Algunos aspectos del gobierno en una democracia*. Citado por Haba (2012: 120).

Introducción

Como se ha visto en las unidades precedentes, la actividad argumentativa es siempre una acción relativa al lenguaje, pues implica un acto comunicativo hacia terceras personas, no importa si es hablado o por escrito.

Por otra parte, también se ha mencionado la importancia sobre reconocer y emplear ciertas nociones y características del lenguaje, así como las dimensiones de análisis lingüístico como requerimiento de los enfoques jurídicos analizados (realismo y postpositivismo) para un reconocimiento comprensible del orden normativo y para fundamentar las resoluciones jurisdiccionales de mejor manera.

La razón del interés por los temas relativos al lenguaje obedece además a un hecho evidente: ¡las normas jurídicas están construidas en lenguaje natural! Esto implica que las reflexiones y aprendizaje relativos al lenguaje permitan ser la base de un aspecto primordial en la actividad de la persona juzgadora: la interpretación normativa.

Objetivos específicos

- Identificar las características propias de los lenguajes naturales para el mejoramiento de la actividad interpretativa de las normas jurídicas.
- Distinguir los niveles de análisis del lenguaje y su relevancia para la aplicación de las concepciones jurídicas postpositivista y realismo crítico.
- Identificar los usos del lenguaje aplicables a los hechos del caso y a la subsunción de las normas en la elaboración de la sentencia judicial para su aplicación.
- Analizar las tipologías de desacuerdos y pseudo-disputas de origen lingüístico que, con frecuencia, se presentan en las discusiones entre juristas para la prevención de errores y el logro de una mejor comunicación y motivación de la sentencia.

Tema 1. Lenguajes naturales

Tema 1.1. Lenguaje y lengua. Características generales. (Lenguaje natural, artificial, técnico y formal)

En el análisis de esta temática, se puede partir de la definición que hace el filósofo español Eduardo Bustos sobre lenguaje y lengua:

Por lenguaje se entiende la capacidad, disposición o facultad de desarrollar el conocimiento de una lengua, para su uso en la expresión y en la comunicación. Por lengua, en cambio, se entiende el sistema de reglas y signos lingüísticos que, en el curso del aprendizaje, un hablante llega a dominar para su uso adecuado en la comunicación con otros hablantes que han llegado al dominio de ese mismo sistema. La diferencia fundamental es que el lenguaje no se aprende, que lo que se aprende son las lenguas. La idea es que todo ser humano, por el hecho de serlo y a diferencia de otras especies animales, tiene un lenguaje, esto es, una capacidad para aprender una lengua, aunque, como en el caso de los niños salvajes, no pueda desarrollarla completamente en ausencia de las

condiciones adecuadas (Chomsky, 2002). El lenguaje es una capacidad biológica, algo para lo que los humanos nos encontramos habilitados por nuestra dotación genética. En última instancia, puede ser considerado como un instinto (Pinker, 1994) o como un órgano (Anderson y Lightfoot, 2002) que hemos desarrollado en el curso de la evolución logrando con él una capacidad de adaptación al entorno cambiante que no tiene parangón en otras especies. Las diferentes lenguas son las diferentes formas en que esa capacidad se concreta, en diferentes sociedades y culturas, en diferentes momentos históricos. Pero la lengua no solo es una realidad biológica, sino que también puede considerarse como una realidad social, histórica y cultural. (Vega & Olmos. 2011: 347-348).

A efecto del presente análisis, interesa mencionar que existen diversos tipos de lenguaje, diferentes niveles de análisis, así como ciertas características de estos que guardan relevancia con el tema jurídico en general y los asuntos judiciales en particular.

En primer término, se puede hablar de lenguajes naturales y, por oposición a estos, de lenguajes artificiales, dentro de los cuales se puede diferenciar entre lenguaje técnico y lenguaje formal, como se aprecia en los siguientes cuadros⁴¹:

Lenguaje natural	<i>Se llama lenguaje natural al que utilizan los seres humanos en su comunicación ordinaria, porque ha sido formado paulatinamente mediante el uso del grupo social, a través de una dinámica histórica no deliberada. Así, son lenguajes naturales el castellano, el inglés, el latín, el hindi o cualquier otro comúnmente hablado en algún momento y en algún lugar [...] El lenguaje natural posee una gran riqueza significativa, y no sólo transmite descripciones sino también emociones, órdenes u otros mensajes [...] El contenido metafórico, las sugerencias, la ironía o el sutil arte de la poesía demuestran la capacidad del lenguaje natural para transmitir informaciones (en el sentido lato de la palabra) en distintos planos. Esta función no se cumple sin algunos defectos, como la vaguedad y la ambigüedad [...] pero aun estas características tienen su lado positivo: la ambigüedad permite cierta economía de palabras, ya que un mismo vocablo sirve (según el contexto en que se halle) para varios significados; y la vaguedad se adapta generalmente al escaso nivel de precisión requerido por las comunicaciones de la vida cotidiana. Pero todos los rasgos señalados, que no obstan a la comunicación ordinaria (y antes bien, la facilitan), se transforman en desventajas cuando queremos elaborar un discurso riguroso (es decir, cuando buscamos una forma de expresión unívoca y precisa). Y, por cierto, cualquier avance de la ciencia nos introduce en vericuetos cada vez más complejos, lo que obliga a expresarse con el mayor rigor posible. Por esto, al lado del lenguaje natural han surgido los lenguajes artificiales.</i>
Lenguaje artificial	<i>Los llamados lenguajes artificiales se denominan así por oposición al lenguaje natural. Cabe advertir que el uso de esta terminología en nada prejuzga acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad. Hablamos de lenguaje “natural” en cuanto éste aparece como dado para los hablantes de una comunidad lingüística: desde que nacemos aprendemos el lenguaje de nuestro grupo social sin que podamos, de hecho, intervenir individualmente de modo apreciable en su conformación. Pero no por esto dejaremos de reconocer que los símbolos son en principio arbitrarios y que no existen significados “naturales” de los términos [...] En este último sentido, también el lenguaje natural es, a su modo, artificial.</i> <i>Entre los lenguajes artificiales suelen distinguirse el lenguaje técnico y el formal.</i>

41 La información contenida en los cuadros indicados proviene de la obra colectiva de los autores: Ricardo A. Guibourg; Alejandro M. Ghigliani y Ricardo V. Guarinoni. (1990). *Introducción al conocimiento científico*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Lenguaje técnico	Lenguaje formal
<p><i>El lenguaje técnico podría denominarse, con mayor propiedad, “lenguaje natural con términos técnicos”. Aparece cuando se otorga a determinados vocablos o expresiones un significado restringido, a través de definiciones precisas. Las ciencias utilizan comúnmente este procedimiento para otorgar mayor precisión al lenguaje, pero la base y la estructura del lenguaje técnico son las mismas del lenguaje natural del que se parte. Así, un cirujano dirá: “el paciente requiere una apendicectomía”; un abogado, “la contraparte ha quedado en rebeldía en la absolución de posiciones” y un psicólogo hablará de “la influencia del edipo en el superego”. Todos ellos hablan un mismo idioma, que conserva su vocabulario general y su construcción gramatical; pero cada uno agrega a esta base común términos estrictamente definidos que constituyen el lenguaje específico (o la jerga profesional) de cada ciencia, con un mayor grado de univocidad en los conceptos relevantes para determinado sector del conocimiento.</i></p> <p><i>Los términos definidos pueden haber sido tomados del lenguaje natural (así, por ejemplo, la definición de “robo” en un texto jurídico es más precisa y restringida que en su sentido usual), o puede haberse creado un vocablo para nombrar una categoría hasta entonces inexistente en el lenguaje, y que el científico considera relevante (“protón”, “sincronía”, “parsec”).</i></p>	<p><i>A veces la necesidad de precisión es tal que el uso de un lenguaje técnico no es suficiente: las palabras utilizadas pueden traer a la mente asociaciones no queridas, y la vaguedad (o, a veces, la ambigüedad) no puede en ocasiones reducirse aceptablemente. En tales casos suele resultar necesario o conveniente el recurso a los lenguajes formales. Un lenguaje formal es aquel en el que se han eliminado los términos del lenguaje ordinario y se emplean únicamente símbolos arbitrarios, de cuyo significado se prescinde para dirigir la atención exclusivamente sobre las relaciones entre dichos símbolos, expresadas en fórmulas, tal como en el álgebra o en la lógica formal.</i></p> <p><i>En álgebra, por ejemplo, decimos:</i></p> $(a + b) = (b + a)$

De los cuadros precedentes, se pueden extraer importantes conclusiones: las normas jurídicas se redactan en lenguaje natural (aunque en diferentes lenguas o idiomas). Por lo tanto, las características propias del lenguaje natural son aplicables a las normas jurídicas.

Más adelante, se verá que ciertas características que permiten al lenguaje natural su capacidad comunicativa se pueden convertir en obstáculos para la interpretación de los textos jurídicos.

Por otra parte, la mayoría de las normas jurídicas también contienen elementos de lenguaje técnico que implican un significado lingüístico más preciso, según las diferentes áreas del derecho.

Según lo anterior, las normas jurídicas, así como la actividad argumentativa en torno a ellas se realizan por medio del lenguaje natural y lenguaje técnico. Finalmente, los lenguajes formales, muy útiles en la lógica formal o las matemáticas, por ejemplo, no tienen mayor aplicación práctica en el ámbito jurídico, al menos en los dos enfoques del derecho sobre el que se ha centrado este texto.

Tema 1.2. Lengua, el habla y los enfoques sincrónico y diacrónico

Como se indicó al inicio, existe una relación entre lenguaje y lengua. Ahora interesa precisar los conceptos de lengua y el habla, así como dos enfoques existentes que serán clave en el desarrollo de la presente unidad, a saber: sincronía y diacronía. Siguiendo a Guibourg y otros tenemos que:

- *La lengua. La lengua es el sistema de signos (y de reglas para su uso) que sirve a una comunidad lingüística. Es a la vez un producto social de la facultad del lenguaje y un conjunto de convenciones necesarias, adoptadas por el cuerpo social para permitir el ejercicio de dicha facultad por los individuos. La lengua es sistemática, y forma parte de las pautas sociales, como código aceptado normalmente por cierto grupo. A ella nos referimos, por ejemplo, cuando hablamos de la gramática de un idioma, y sobre ella nos informan también los diccionarios. El emisor de un mensaje que quiera ser comprendido por receptores de una determinada comunidad lingüística debe codificado a través de la lengua que a ésta corresponda.*

a) *El habla: Es el acto individual a través del cual la lengua se manifiesta, el acto que la pone en acción. Si la lengua se halla en potencia en cualquier hablante (en la medida .en que éste participe de cierto código aceptado), sólo puede exteriorizarse por medio del acto individual de emitir un mensaje, así como la suma de conocimientos que componen la medicina se pone en movimiento en la conducta del galeno frente a un paciente concreto [...]. (Guibourg 1990: 24-25).*

Tanto la lengua como el habla pueden ser analizados bajo los siguientes enfoques:

Enfoque sincrónico	Enfoque diacrónico
<i>[...] el sincrónico, es el que observa la lengua desde el punto de vista estático. Consiste en hacer un corte temporal, como si se tomara una fotografía, y determinar las pautas que en ese momento componen la lengua aceptada por la comunidad lingüística. Con ellas se puede confeccionar una gramática y compilar un diccionario.</i>	<i>El enfoque diacrónico (o dinámico), en cambio, es el que examina la evolución de la lengua a través del tiempo: el modo en que se modifican paulatinamente los significados de las palabras, aparecen nuevos vocablos y otros se tornan arcaicos, la construcción gramatical va cambiando sus reglas y aun el estilo con que se habla o se escribe se modifica a lo largo de los siglos. El enfoque diacrónico permite destacar la relación que vincula a la lengua con el habla, relación que en el enfoque sincrónico no se advierte. La lengua se manifiesta a través de actos individuales de habla, y evoluciona también a través de ellos a medida que tales actos son cumplidos por un gran número de hablantes. Si un hablante se expresa en una forma no prevista por la lengua, diremos que habla incorrectamente. Si existe un grupo considerable que se expresa de ese modo, veremos la variación del código como un dialecto de la lengua en cuestión. Si el grupo llega a ser tan grande que abarca a la mayoría de la comunidad lingüística (o de su sector de mayor prestigio cultural), se produce un cambio en la lengua, y lo que al principio era incorrecto pasa a ser paradigma del bien decir.</i>

Tomar en consideración que tanto la lengua como el habla pueden apreciarse a través de los enfoques sincrónico y diacrónico permite observar, por un lado, que las definiciones lexicográficas propias de los diccionarios captan los significados de un preciso momento histórico; es decir, son referentes temporales o puntos de partida en el uso de las palabras.

Por otra parte, el enfoque diacrónico revela que la lengua y el habla son actividades que cambian con el transcurso del tiempo, y la comunidad lingüística va modificando sus prácticas incorporando nuevos significados que se van empapando de los cambios sociales, históricos y culturales, como se indicó al inicio de esta unidad.

El enfoque diacrónico trasladado al análisis del contenido de las normas jurídicas será clave para entender cómo, con el paso del tiempo y la evolución social, términos claros o unívocos en un momento histórico pueden convertirse en conceptos vagos que deben ser reinterpretados en atención a nuevas necesidades de un colectivo. Este es el caso de la llamada textura abierta de las palabras y del derecho que se estudiará más adelante.

EJERCICIO

Señale ejemplos de dos palabras que, desde una perspectiva sincrónica, han registrado cambios a lo largo del tiempo.
Enfoque sincrónico
1.
2.
Señale ejemplos de dos palabras que, desde una perspectiva diacrónica, han registran cambios a lo largo del tiempo.
Enfoque diacrónico
1.
2.

Tema 1.3. Funciones o usos del lenguaje y uso emotivo de las palabras (uso descriptivo, expresivo, directivo y operativo o performativo)

Sobre las funciones o usos del lenguaje⁴²

En la obra clásica del jurista argentino Genaro R. Carrió, las reflexiones sobre el lenguaje plantean un escenario hipotético; es decir, presentan una conversación en la que un amigo dice algunas palabras y, pese a que le ha captado bien lo que ha dicho, queda perplejo o desconcertado y se plantea dos niveles de preguntas: 1) ¿Cómo debo tomar la expresión de mi amigo? ¿Cuál es su fuerza? 2) ¿Qué quiere decir lo que mi amigo dijo? Con este punto de partida, se puede abordar la discusión lingüística que interesa para los temas jurídicos que se van a desarrollar:

a) La primera pregunta refleja perplejidad o desconcierto acerca de la “naturaleza”, por decir así, del acto verbal que mi amigo acaba de protagonizar, ¿Cómo debo tomar sus palabras? ¿Cómo una orden, un consejo, una advertencia, una amenaza, una súplica, un pedido, una instrucción, una exigencia, una aserción, una pregunta, una expresión de deseos, una sugerencia, un saludo, una invitación, un elogio, una broma, una justificación, una excusa, una recomendación, una censura, una atribución de responsabilidad, una oferta, una aceptación, una admisión de responsabilidad, un juramento,

42 Se han tomado las funciones o usos del lenguaje de la obra clásica de Genaro R. Carrió. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4.ª edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

una promesa, una maldición, una predicción, un veredicto, una conjetura, una autorización, una prohibición, un insulto, un mero acto de cortesía, etc.?

No sé si la lista de tipos de actos que se pueden hacer con palabras es infinita, pero sí que es enormemente más larga que esta tediosa enumeración. Cuando me pregunto cómo debo tomar la expresión de mi amigo, o cuál es su fuerza, me estoy preguntando qué cosa, de las tantas que se pueden hacer con palabras, acaba de hacer mi interlocutor al decir lo que dijo, en las circunstancias y en la forma en que lo dijo.

b) La segunda pregunta es distinta de la anterior. No es el caso ahora de que no sé cómo tomar lo que me han dicho. Ya sé que es una pregunta o una sugerencia, pero no sé qué es lo que me han preguntado o sugerido. Ya sé que es un pedido o una prohibición, pero no sé bien qué es lo que me piden o prohíben. Estas son las principales fuentes de perplejidad o, en todo caso, las que por las razones que más adelante se verán me interesa examinar aquí. Ambas formas de perplejidad pueden presentarse unidas, pero eso no impide que las distingamos en el análisis. Al hacerlo se abren ante nuestros ojos dos panoramas distintos de problemas, que conviene tratar por separado. (Carrió, 1990: 19-22).

Esta forma de abordar las dificultades en la comunicación permite desarrollar dos temas de suma importancia. El primero se relaciona con las funciones o usos del lenguaje, así como con ciertas formas de proferir las palabras que hacen que el sentido literal o gramatical de estas no sea una guía segura para comprender el mensaje. El segundo tema se mencionará con posterioridad.

Respecto a los usos del lenguaje, el autor mencionado plantea algunos que son relevantes para los temas jurídicos, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Funciones o usos del lenguaje	
Uso descriptivo	<i>En ocasiones usamos el lenguaje con un propósito primordialmente descriptivo: para informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas [...] Las unidades lingüísticas son aquí aserciones; de ellas —y sólo de ellas— tiene sentido pleno preguntamos si son verdaderas o falsas⁴³. Este es el test del uso descriptivo de las palabras, cuyo paradigma es el lenguaje científico.</i>
Uso expresivo	<i>Solemos valernos de ellas [las palabras] como vehículo o medio para expresar nuestros sentimientos, no en el sentido de describirlos, sino de exteriorizarlos; de darles, por decir así, salida o escape. O bien las usamos para provocar en el prójimo ciertos sentimientos, solidarios o no con los nuestros; para despertar en él compasión, admiración, envidia, encono o ira; para justificarnos ante sus ojos; para modificar su actitud frente a algún suceso o persona; para infundir en él resignación u optimismo, etcétera.</i> <i>En relación con estos casos se habla de una función o uso expresivo de las palabras. El paradigma es aquí el lenguaje poético. No tiene sentido preguntarnos si las expresiones que aparecen en una poesía son verdaderas o falsas, ni pretender juzgar el mérito de ella utilizando los cánones adecuados para juzgar una obra científica.</i>

43 La importancia de tener claro que, solo cuando el lenguaje se usa en su función descriptiva (también se le alude como uso informativo), es posible calificarlo en términos de verdad o falsedad y será fundamental para prevenir una serie de confusiones y discusiones absurdas. Esto se desarrollará más adelante cuando se analicen algunas situaciones propias de lo jurídico bajo el tema “desacuerdos entre los juristas” desarrollado por Genaro Carrió y Enrique Pedro Haba.

Uso directivo	<i>Otras veces nuestro propósito central al usar ciertas fórmulas verbales es dirigir el obrar de otras personas. Nos valemos del lenguaje para inducir a otro a hacer tal o cual cosa, a comportarse de determinada manera. Se habla, por ello, de una función o uso directivo del lenguaje. Una orden militar es, quizás, el ejemplo más claro de esta función de las palabras. No tiene sentido preguntarse si una orden es verdadera o falsa. Para destacar sus méritos o defectos no apelamos a esos calificativos. Tampoco tiene sentido afirmar que una ley penal, por ejemplo, es verdadera o falsa. Sí lo tiene, en cambio, decir que es justa o injusta, oportuna o inoportuna, progresista o retrógrada.</i>
Uso operativo o performativo	<p><i>Se habla también de un uso “operativo” (performative) del lenguaje, que ofrece características muy especiales. Cuando al otorgar su testamento ológrafo el testador escribe: “Instituyo como heredero universal de mis bienes a X”, está usando palabras de una manera no asimilable a los otros usos del lenguaje hasta aquí aludidos. Ese enunciado no es, obviamente, una descripción de lo que el testador está haciendo, ni de ninguna otra cosa. Si bien exterioriza un cierto estado de ánimo (el deseo de beneficiar a X), su función central no es esa, sino la de beneficiar a X (lo que no impide que, en los hechos, pueda resultar un intento frustrado de ello).</i></p> <p><i>Al formular ese enunciado el testador está haciendo una cosa específica, que presupone la existencia de un sistema de reglas vigentes: está instituyendo un heredero. Del mismo modo, cuando digo a otro “lo saludo cordialmente”, o “le prometo que iré”, estoy realizando con palabras actos que, según ciertas convenciones en vigor, constituyen un saludo o una promesa, cualquiera sea el grado de sinceridad que haya detrás de ellos. Para aludir a esta función de las palabras —que tanta importancia tiene en el campo del derecho— se puede hablar de un uso operativo del lenguaje.</i></p>

Significado emotivo de las palabras y el significado emotivo bajo ropaje descriptivo

Sobre las formas de utilizar las palabras de forma engañosa o encubierta, se pueden mencionar el llamado *significado emotivo de las palabras* y el *significado emotivo bajo ropaje descriptivo*. Sobre el primero, Carrió señala:

Una de las causas que hacen que la forma gramatical no sea una guía segura es que existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres. Los ejemplos son, por cierto, abundantes. Las palabras que se usan con mayor frecuencia y brío en la oratoria política pertenecen a esa copiosa familia [...] Se trata de palabras que son usadas, en forma ostensible o encubierta, para exteriorizar, despertar o agudizar ciertas actitudes de aprobación o desaprobación. “Libertad”, “democracia”, “imperialismo”, “oligarquía”, “comunista”, “nacionalista”, son sólo un puñado de las numerosas palabras que, en determinados contextos, desempeñan tal función [...] Resulta difícil eliminar el halo emotivo de una palabra por vía de una redefinición de su contenido descriptivo. No basta con anunciar que en adelante la palabra se usará con tal o cual sentido, y que en ese sentido ella carece de implicaciones emotivas. Estas no pueden suprimirse por decreto [...] En algunos casos, frente al uso de ciertas palabras, resulta tarea poco menos que imposible señalar con qué estados de cosas se hallan conectadas [...] Solo sabremos que ellas exteriorizan aprobación o desaprobación, tal como podrían exteriorizarlas un aplauso, una silbatina o cualquier otro movimiento o gesto dotado de uno u otro valor convencional. (Carrió. 1990: 22-23).

Otra forma insidiosa en la que las palabras pueden ser utilizadas, muy usual en las campañas políticas, por ejemplo, es redefinir el significado de un término o expresión procurando mantener intacto el valor emotivo de

ciertas palabras. Se trata de la llamada definición persuasiva. Carrió utiliza el siguiente ejemplo al respecto:

Supongamos que A dice que el “verdadero significado” de la expresión “enseñanza libre” es “régimen de enseñanza liberado de todo dogmatismo, incluso el religioso”. Supongamos que B le contesta que el “verdadero significado” de dicha expresión no es ese sino “régimen de que acuerda a los padres el derecho de educar a sus hijos en la fe de sus mayores, si así lo desean”. A primera vista parecería que A y B se han limitado a definir de distinta manera “enseñanza libre” y que su desacuerdo, por lo tanto, es puramente verbal. Pero lo que uno y otro han hecho con esa expresión, que en el uso corriente tiene un significado nebuloso, o una imprecisa acumulación de ellos, es adjudicarle significados descriptivos distintos, con el propósito de aprovechar su indudable valor emotivo para dirigir el comportamiento ajeno según cierto rumbo. (Carrió, 1990: 23-24).

Respecto al **significado emotivo bajo ropaje descriptivo**, el profesor Carrió indica:

Puede ocurrir que en un contexto aparentemente descriptivo esas palabras grávidas de carga emotiva nos jueguen una mala pasada. Es posible “describir” un mismo conjunto de hechos utilizando un lenguaje neutro o un lenguaje con distintas tonalidades emotivas. Podemos decir por ejemplo, “los abogados piden la actualización de su arancel de honorarios”. O bien, “los avenegras pretenden ganar todavía a más”. O, por último, “los auxiliares de la justicia estiman que la compensación de sus servicios profesionales no está de acuerdo con la jerarquía de los mismos”. Son tres maneras de “describir” un mismo hecho, a saber, que los abogados piden una mayor retribución. Mediante el empleo de ciertos giros, so capa de describir una determinada pretensión, se la presenta como absurda o inaceptable, o bien como digna de ser acogida... Estos ejemplos pueden parecer demasiado toscos y quizás lo sean. Pero el disfraz suele presentarse en formas mucho más sutiles y menos ostensibles. Ello ocurre cuando se usan palabras bivalentes; esto es, términos que en algunos contextos funcionan descriptivamente y en otros emotivamente. En tales casos es posible que pasemos por alto la duplicidad funcional y seamos inducidos a error por ella. (Carrió, 1990:24-25).

Tema 1.4 Palabras generales, ambigüedad y vaguedad

El otro problema que ha planteado Genaro Carrió tiene que ver con la pregunta: ¿Qué quiere decir lo que mi amigo dijo? Se relaciona con el significado de las palabras, ya no con el uso del lenguaje o su fuerza expresiva. Interesa ahora hacer referencia a la ambigüedad y la vaguedad de las palabras, pues son características propias del lenguaje natural que, en contextos como el jurídico, suelen generar problemas de interpretación, como se ha explicado al inicio de esta unidad.

El profesor Carrió sostiene que una de las funciones que tienen las palabras es poder aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, sin la necesidad de asignar un nombre propio a cada uno de ellos, lo que haría inmanejable la comunicación. Por eso existen palabras generales o clasificadoras que permiten agrupar distintos objetos, y se alude a estos con una misma palabra cuando exista alguna propiedad en común, estas palabras cumplen la función de denotar o denotación y la de connotar o connotación⁴⁴.

44 Sobre DENOTACIÓN y CONNOTACIÓN como criterios para clasificar por medio de palabras generales los diferentes objetos o ideas: “[...] el lógico Gottlob Frege [...] distinguió dos formas o componentes del significado: la denotación (o extensión) y la designación (o intensión, o connotación). La palabra “ciudad”, por ejemplo; sirve para referirse indistintamente a cualquier entidad de una larga lista, que incluye a Buenos Aires, Córdoba, Neuquén, París, Barcelona, Cantón, Acapulco, Estocolmo, Florencia, Jartum y también a Sodoma, Nínive, Menfis o Tenochtitlán. El conjunto de todos los objetos o entidades que caben en la palabra “ciudad” se llama la denotación de esta palabra. Pero aquella lista no ha sido formada al azar: si llamamos “ciudad” a Montreal y a Salta, pero no a la Edad Media ni a la Isla de los Estados, nuestra conducta no es caprichosa sino el producto de un criterio. Existen ciertas razones, más o menos uniformes, por los que incluimos un objeto en una clase o lo excluimos de ella. Estas razones forman el criterio de uso de la palabra de clase, y tal criterio es la piedra de toque del con-

El **uso de palabras generales** no elimina la imprecisión que pueda presentarse en muchas formulaciones lingüística. El profesor Enrique Pedro Haba atribuye estas situaciones al carácter no exacto del lenguaje. Algunos de estos factores son precisamente **la ambigüedad y la vaguedad** del lenguaje:

*La **ambigüedad o polisemia** es el hecho de que la misma palabra cambia de sentido en función de los contextos donde sea utilizada; significa una cosa en el contexto A, otra cosa en el contexto B, etc. Un ejemplo sencillo: el vocablo «hombre» puede referirse tanto al ser humano en general, cuanto únicamente a los seres humanos adultos del sexo masculino (es obvia la importancia que tal distinción podría tener para la interpretación de preceptos legales: determinaría a quiénes se puede aplicar un texto jurídico que dice «los hombres»). Algunos términos pueden tener, en principio, un doble significado; otros pueden admitir tres o más sentidos. Objetos distintos o distintos aspectos de un objeto pueden ser designados, respectivamente, por una misma palabra: casos de homonimia. También puede darse el fenómeno inverso, que la misma «cosa» sea designada por más de un solo vocablo: sinonimia. (Haba, 2012: 103).*

La **ambigüedad** puede reducirse o eliminarse si se precisa en qué contexto se están utilizando las palabras. Genaro Carrió utiliza un ejemplo muy esclarecedor referido al uso de la palabra “radio”:

No es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta “¿Qué quiere decir ‘radio’?”, no tengo más remedio que contestarle con otra pregunta: “¿En qué frase u oración?”. Porque en algunas significará algo así (como “aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias”; en otras, “metal descubierto por los esposos Curie”; en otras “la mitad del diámetro”; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicarnos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad.

Este ejemplo simple nos muestra que el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. Sobre todo cuando, como ocurre en el caso de “radio”, el uso de una misma palabra con distintos significados es un puro accidente lingüístico. (Carrió, 1990: 28-29).

Sobre **la vaguedad**⁴⁵, resulta muy importante entender que, en estos casos, no existen dudas del sentido en que se ha usado la palabra, ni en la falta de información respecto al significado de la palabra. En este caso, lo que existe es una situación diversa:

cepto: tenemos el concepto de mosca cuando estamos dispuestos a usar cierto criterio para llamar mosca (o mouche, o fly) a los objetos que lo satisfagan, y para no llamar con ese vocablo a las cosas que no se ajusten a sus requisitos. El conjunto de estos requisitos o razones, es decir, el criterio de uso de una palabra de clase (determinante y demostrativo del concepto correspondiente) se llama designación de esa palabra”. (Lo resaltado no es del original). (Guibourg, 1990: 41-42).

45 **Sobre vaguedad:** “Aquí ocurre lo siguiente. Me hallo frente a un caso o ejemplar concreto, cuyas características individuales he podido examinar en detalle, pero a pesar de todos mis empeños no sé si se trata de un ejemplo de la palabra general “X”, esto es, de un caso de aplicación de ella. Mi duda no se origina en falta de información acerca del objeto; sé todo lo que necesito saber de él. Ella se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la palabra “X” y este caso parece hallarse en las ‘proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar. Más fundamental aún: tengo la impresión de que carece de sentido hablar aquí de límites precisos [...] Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer. El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales, y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc.”. (Carrió, 1990: 31-32).

[...] un término es vago en la medida en que resulte dudoso si ciertos objetos o situaciones caben aún dentro de la esfera de los significados que tiene esa palabra. Se trata de situaciones en las que —a diferencia de los casos de homonimia y sinonimia— no se sabe bien si tal o cual cosa es o no susceptible de ser designada, en principio, por el término en cuestión. Por ejemplo: ¿a partir de qué momento un adolescente pasa a ser «hombre» (adulto)?

En la esfera de significados de cada término cabe distinguir, así, una zona central —el «núcleo», un «foco luminoso» donde se hallan los sentidos principales— y una zona marginal —la franja de «penumbra», un «halo» poblado de sentidos periféricos—. En el «núcleo» entran los casos contemplados de manera típica por esa palabra, aquellos acerca de los cuales no cabe ninguna duda de que ella les es aplicable (ji ej.: todo ser humano masculino de 25 años de edad o más, es «hombre»); allí no existe vaguedad. Al «halo», en cambio, corresponden los significados dudosos; es ese el dominio en el cual la palabra se hace vaga. Y más allá aún, penetrarnos en el campo (infinito) —tercera zona, si se quiere— de las cosas que, en principio, no pueden de ninguna manera ser designadas por esa palabra (p. ej.: un recién nacido no es un «hombre», en el sentido indicado); a este respecto tampoco hay vaguedad. Esto es:

«Se llama «vagos» a conceptos para los cuales vale lo siguiente: (1) Hay objetos que indiscutiblemente caen bajo el concepto en cuestión (los, así llamados, «candidatos positivos»); (2) además, hay objetos que indiscutiblemente no caen bajo ese concepto (los, así llamados, «candidatos negativos»); (3) por último, hay objetos con respecto a los cuales no se puede decidir [con certeza] si caen o no bajo el concepto (los, así llamados, «candidatos neutrales»)» (KOCH 1976).

Lo que hace todavía más complicado el cuadro, es que el paso de cada una de estas tres zonas a la contigua —sea a tina que viene antes o a una que viene después— tampoco resulta neto, bien definido, sino que es gradual. Además, incluso para los términos que no son vagos actualmente, es decir, aquellos que usamos cotidianamente de un modo tal que no nos provocan dudas, esto no excluye que ellos sean vagos al menos en potencia: siempre pueden llegar a darse, o por lo menos se puede imaginar, casos ante los cuales el uso actual de dichos términos no nos ilustraría, de una manera concluyente, sobre si estos son o no aplicables a tales situaciones, las nuevas. Es lo que se ha dado en llamar *textura abierta* o «porosidad» del lenguaje común. (Haba, 2012: 104-105).

Como se ha indicado, la vaguedad en los lenguajes naturales puede ser actual, o bien, puede ser potencial, un término que hoy resulta preciso. Con el paso del tiempo, debido a cambios sociales, culturales, políticos, etc., puede llegar a ser vago. Sobre la vaguedad actual de las palabras, Carrió ofrece los siguientes ejemplos:

[...] cada vez que una palabra tiene como criterio relevante de aplicación la presencia de una característica o propiedad que en los hechos se da en la forma de un continuo, como la edad, o la altura, o el número de cabellos que un hombre puede tener, y pretendemos hacer cortes en ese continuo valiéndonos de palabras o expresiones tales como “joven”, “adulto”, “anciano”, “hombre edad madura”; o “alto”, “bajo”, “retacón”; o “calvo”, “hirsuto”, etc. Ya sabemos lo que quiere decir “joven” o “calvo”. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto... No cabe duda de que un automóvil es un “vehículo”, pero ¿podemos llamar “vehículo” a un ascensor? ¿Y a una escalera mecánica? (Carrió, 1990: 31-32).

Tema 1.5. Textura abierta de las palabras y del derecho

Sobre la vaguedad potencial de las palabras en los lenguajes naturales, es preciso profundizar un poco más, antes de brindar un ejemplo. El profesor Haba indicaba que existe una textura abierta o porosidad del lenguaje común⁴⁶, retomando a Carrió, se puede ampliar sobre este punto:

Es verdad que de hecho usamos muchas palabras sin que se susciten oportunidades de duda; tales palabras no son actualmente vagas. Pero también es verdad que todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, potencialmente vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término.

Todos usamos, por ejemplo, la palabra “escribir”; no parece, a primera vista, que ella sea actualmente vaga. Pero si nos mostraran una máquina que transformase las palabras habladas en palabras escritas, sin intermediario humano, ¿cómo describiríamos la actividad de la persona que habla ante la máquina? ¿Diríamos o no que está “escribiendo”? Por consolidado que parezca el uso de un vocablo en la práctica cotidiana, siempre es posible imaginar casos de incertidumbre o indeterminación”. (Carrió, 1990: 34-35).

Un ejemplo contemporáneo que puede resultar muy esclarecedor es lo ocurrido, desde el punto de vista lingüístico, en los últimos años, con la palabra “matrimonio”. En Costa Rica, la regulación constitucional del instituto indica:

ARTÍCULO 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

En el momento de creación de la norma constitucional y durante varias décadas, la palabra matrimonio fue un término que gozaba de precisión lingüística y coincide, al día de hoy, con la primera acepción consignada en el *Diccionario de la lengua española*: “1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses⁴⁷”.

Con el paso del tiempo y la visibilización de luchas políticas y jurídicas de colectivos que abogaban por igualdad ante la ley, como es el caso de los grupos de diversidad sexual, el término matrimonio empieza a ser reconsiderado, merced a la textura abierta de las palabras, como un concepto que no debe ser entendido como una institución que necesariamente implique la unión de personas de diferente sexo (hombre y mujer).

Como es muy probable que a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que promulgó la Constitución de 1949 no les pasara por la mente que el artículo 52 debería aclarar que la institución que se regulaba era exclusivamente para uniones entre un hombre y una mujer, se redactó de la forma que se aprecia hoy día, sin esa especificación, por cuanto las prácticas lingüísticas de ese momento histórico sobreentendían que solo ese tipo de matrimonio existía.

46 En la obra que se ha venido citando, Genaro Carrió alude a la vaguedad potencial: “Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann “la textura abierta del lenguaje”. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de “vaguedad intensional”. (Carrió, 1990: 35).

47 <https://dle.rae.es/matrimonio?m=form> recopilada el 8 de junio de 2020.

Hoy día, desde el punto de vista lingüístico, como manifestación de la característica diacrónica o evolutiva de la lengua, el término se ha expandido o ampliado, de manera que el *Diccionario de la lengua española* contempla una segunda acepción que indica qué se entiende como matrimonio: “2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses⁴⁸”.

El ejemplo pone en evidencia que lo que era un término preciso, con el paso del tiempo y otras circunstancias ya indicadas, comenzó a ser un concepto vago donde ya no estaba claro el alcance de algunos de sus requisitos. El cambio social se reflejó, a su vez, en un cambio en la definición lexicográfica en la lengua española, y nuevamente el término ha adquirido precisión, de manera que, cuando se habla de matrimonio, se debe entender que este puede involucrar a personas de diferente sexo o a personas del mismo sexo como contrayentes.

Esta característica de la textura abierta o porosidad del lenguaje común es la base de la **doctrina de la textura abierta del derecho**, desarrollada por el jurista británico Herbert L. A. Hart, quien fue uno de los más importantes exponentes del positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XX (Moreso, 2019: 10). A partir de análisis lingüísticos, este prestigioso autor dotó a la interpretación normativa de valiosas herramientas que permitieron soluciones jurídicas más precisas⁴⁹.

Volviendo al ejemplo sobre la palabra matrimonio, al cambiar el significado de la palabra abarcando otras posibilidades y utilizando normas constitucionales como lo es el principio de igualdad ante la ley⁵⁰, se puede interpretar la normativa de una manera acorde a tal principio y concluir que, si la norma constitucional no hace diferencias respecto a las características de los contrayentes, sería contrario al principio de igualdad ante la ley que exista una norma de menor rango que prohíba el matrimonio de personas del mismo sexo, de allí que la prohibición sería contraria a la Constitución Política⁵¹.

Según el profesor Haba, otros fenómenos atribuibles a la naturaleza no exacta del lenguaje son la inconsistencia y lo que llama la fuerza o “naturaleza” de una expresión lingüística:

Por otro lado, está la inconsistencia. Dicho fenómeno se da cuando, entre aquellos que emplean un lenguaje determinado, falta acuerdo suficiente sobre las reglas para el uso de tal o cual término. Ello trae por consecuencia que dichas palabras sean usadas según acepciones diferentes, sin que se sepa muy bien, desde los ángulos meramente lingüísticos, por qué son empleadas unas veces en determinado sentido y otras en sentido diferente. En casos extremos ello puede hacer que incluso una misma persona utilice de manera diversa, en dos momentos distintos, un término dado. Pero aquí, a diferencia de los casos corrientes de ambigüedad, las variaciones en el sentido no se deben simplemente a cambios de contexto; se trata de casos donde, en cambio, lo que falta son justamente reglas de uso aplicables, las capaces de indicarnos si la palabra tendrá antes bien un sentido que otro, en tales o cuales contextos.

48 <https://dle.rae.es/matrimonio?m=form> recopilada el 8 de junio de 2020.

49 Se retomará esta temática en una unidad posterior, cuando se hable, en específico, sobre la interpretación normativa.

50 ARTÍCULO 33.- *Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.* Constitución Política de 1949.

51 El caso del llamado **matrimonio igualitario** ha sido tomado como ejemplo a efectos de ilustrar la textura abierta del lenguaje y del derecho. Esto no implica que la discusión jurídica que dio lugar a la entrada en vigor de tal instituto en Costa Rica se atribuya a las consecuencias lingüísticas aquí reseñadas. La discusión jurídica se originó, en su último tramo, en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizada a solicitud del Estado costarricense e implicó consideraciones sobre convencionalidad acerca de la protección otorgada por el Pacto de San José.

Cabe señalar, finalmente, un cuarto rasgo que también puede dar origen eventualmente a malentendidos. Se trata de lo que ha sido llamado la fuerza o «naturaleza» de una expresión lingüística (en la conocida categorización de los «actos ilocucionarios» formulada por John Langshaw AUSTIN). Este aspecto no se refiere al «tema» mismo de los enunciados, sino a la actitud que se supone debe tomar el interlocutor, si ha entendido bien, frente al tema así expresado. En efecto, el mismo contenido puede ser objeto de una orden, un consejo, una petición, una simple afirmación de hechos, etc. Por ejemplo, si digo «las leyes son inviolables», eso puede interpretarse —según el tono de mi voz y según la situación en que lo digo— como una simple comprobación (acerca de un carácter fáctico que las leyes tienen, supuesta o realmente), o como un mandato (en el sentido de que estoy ordenando su acatamiento), o como una advertencia (informo que su violación puede acarrear una sanción), o -como una apreciación valorativa (me expreso en sentido admirativo o ceremonial), etcétera. (Haba, 2012: 105).

Los fenómenos lingüísticos mencionados por el profesor Haba se pueden entender mejor a partir del tema que sigue, ya que, cuando se desarrollen las dimensiones de análisis lingüístico (sintáctica, semántica y pragmática), según se ha indicado en las unidades precedentes, se presentarán los elementos clave para las concepciones jurídicas: postpositivismo y realismo crítico.

EJERCICIO

Analice los posibles significados de la palabra “culpa” (culpabilidad), tanto en las conversaciones cotidianas, como en contextos jurídicos.
Busque y analice dos palabras, cuyo significado, con el transcurso del tiempo, ha dejado de ser preciso o claro y que ahora adolece de vaguedad lingüística.
1.
2.

Tema 2. Dimensiones de análisis del lenguaje y su relación con el derecho

Tema 2.1. Recapitulación sobre características del lenguaje

Como se ha podido ver a lo largo de esta unidad, identificar las características propias del lenguaje natural es fundamental para poder reconocer dichas características en los usos lingüísticos en los contextos jurídicos. Sin embargo, conviene exponer algunas conclusiones que se han venido adelantando conforme se analizó cada tema. A partir de la obra de Carrió, el profesor Haba las agrupa en el siguiente cuadro:

a) *Todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos convencionales.*

b) *Definir una palabra es hacer explícitas las reglas de uso de la misma, esto es, decir para qué sirve, y señalar cuáles son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de, los cuales es «correcto» —según esas reglas de uso— valerse de la expresión definida. Tales reglas pueden ser más o menos precisas.*

c) *Las definiciones llamadas léxicas describen, en forma resumida, un uso lingüístico vigente. Tal es el caso por ejemplo de las definiciones de los diccionarios corrientes. Las otras, aquellas que delimitan para ciertos fines el campo de acción de una palabra vaga, o se deciden por uno de los significados múltiples de una palabra ambigua, o más típicamente introducen un nuevo símbolo en reemplazo de una descripción, son llamadas estipulativas. Uno y otro tipo de definición, por lo tanto, son definiciones de palabras. Proporcionan un compendio de las reglas de su uso, vigentes o propuestas.*

d) *La tarea de definir léxicamente, no sólo tropieza con la dificultad de la indeterminación o textura abierta del lenguaje. Tropieza con muchas más:*

1) *Por un lado, el hecho de que una misma palabra puede tener significados radicalmente distintos, o poseer un significado central y extensiones figurativas o metafóricas de fácil comprensión, o ser aplicable a una familia de diversos objetos, hechos, situaciones, etc., que no poseen propiedades en común.*

2) *La otra dificultad es que muchas palabras tienen, además de significado o significados descriptivos, un significado emotivo. (Haba, 2012: 108).*

Más adelante cuando se desarrolle el tema denominado “desacuerdos entre juristas”, se retomarán y ampliarán estas consideraciones sobre los lenguajes naturales.

Tema 2.2. Dimensiones⁵² de análisis del lenguaje y la argumentación jurídica

Muchas de las inexactitudes o equívocos a los que nos lleva la comunicación por medio de lenguajes naturales se superan, en gran medida, cuando se determina en qué contexto se utilizan las palabras o en qué particular sentido las ha utilizado quien se comunica y, sobre todo, qué quiere decir una persona a partir del uso de la palabra. Para avanzar sobre este importante cometido, se puede hacer referencia a lo dicho por el profesor Haba:

52 No debe confundirse las dimensiones de análisis del lenguaje con el tema de los niveles de análisis del lenguaje. Cuando se habla sobre el lenguaje, este se convierte en lenguaje-objeto, lo que se dice sobre ese lenguaje-objeto, se denomina metalenguaje. El profesor Ricardo Guibourg menciona dos tipos de metalenguaje: “Metalenguaje prescriptivo. Hay normas que hablan acerca de normas. Un curioso ejemplo de esto se observa en las rutas de la provincia de Buenos Aires. Existen allí los carteles comunes que transmiten normas, tales como “velocidad máxima 80 km/h” o “reduzca la velocidad”; pero cada tanto otro cartel dice “atienda las indicaciones de las señales”. Este cartel expresa una metanorma, y está expresada en un metalenguaje, en un nivel superior al de los carteles comunes, cuyas indicaciones se exhorta a cumplir. En un sentido más común [...] podría afirmarse que las normas que establecen métodos para crear o modificar otras normas (las de la Constitución que rigen el funcionamiento del Congreso, por ejemplo, o las del Código Civil que rigen la formación de los contratos) son también normas de segundo nivel, expresadas en una suerte de metalenguaje prescriptivo. Metalenguaje descriptivo. Hans Kelsen llamaba normas a las disposiciones emanadas del legislador (o de la costumbre) y enunciados jurídicos a las descripciones que de las mismas normas hacen los juristas. Si el Congreso sanciona una ley que dice, por ejemplo, “quien mate a otro será reprimido con prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”, esta expresión lingüística será una norma, expresada en lenguaje objeto. Si un profesor de derecho penal repite lo mismo (aunque lo diga con las mismas palabras), estará expresando un enunciado jurídico: él mismo no pretende imponer la ley, ya que no tiene atribuciones para ello; sólo busca describirla, explicarnos que el legislador ha establecido una norma con ese contenido, con independencia de que el mismo profesor la considere justa o no. La ciencia del derecho aparece, pues, como un metalenguaje descriptivo de normas”. (Guibourg, 1990: 28-29).

Cabe diferenciar tres planos para examinar un lenguaje: el sintáctico, el semántico y el pragmático.

SINTAXIS	SEMÁNTICA	PRAGMÁTICA
<p>La dimensión SINTÁCTICA comprende solo las relaciones entre los signos mismos, simplemente en cuanto tales; es decir, la posibilidad de elaborar formas de expresión por medio de esos signos sin tener en cuenta el significado que dichas expresiones pueden llegar a tener (ese es el plano de la lógica formal: así, la lógica deóntica en el derecho).</p>	<p>La dimensión SEMÁNTICA, en cambio, se refiere a las relaciones entre las expresiones objetos (reales o no) designados; ahí pasamos a tomar en cuenta los significados que tienen los signos lingüísticos, problemas de interpretación [...].</p>	<p>La dimensión lingüístico-PRAGMÁTICA: ahí se trata no solo de los objetos designados y los signos que designan a esos objetos, sino también de las relaciones de las palabras con los individuos que se sirven de estas, vale decir, la relación entre expresiones lingüísticas y actividades humanas efectivas; en esta dimensión habría que examinar, por cuanto hace al derecho, de qué maneras y cuándo es que se cumplen verdaderamente, y en qué medidas y circunstancias no se cumplen, las formulaciones del lenguaje jurídico tomadas en cuenta.</p>

Los aspectos de la semiótica o semiología⁵³ que interesan más a los efectos de las discusiones que se presentan en el derecho son los relacionados con la semántica y la pragmática.

Las maneras en que el lenguaje es jugado tienen su origen y se insertan en las conductas mismas, dependen de experiencias que tienen sus usuarios. Las personas no hablan por hablar, simplemente, sino que, al hablar, lo hacen para hacer (o no) o para manifestar (u ocultar) «cosas», ya sea datos de la realidad material o ideas, sentimientos y demás, que conciernen a su propia vida y a la de otra gente. Vivimos para hablar, de esto o aquello, con tales o cuales personas. Y hablamos para vivir, para relacionarnos de tales o cuales maneras, para conseguir esto o para evitar aquello, para tener derecho a unas u otras cosas. Todo eso, la pragmática del lenguaje, va sensiblemente más allá —y no pocas veces hasta se contradice con— la mera semántica de los discursos utilizados para ello. Del dicho al hecho [...] En efecto, también frente a los discursos del derecho tener presentes las palabras de LUTERO:

***¡No le mires los labios [semántica],
mírale los puños [pragmática lingüística]!***

(Haba, 2012:100).

De seguido se ampliará sobre cada una de las dimensiones de análisis del lenguaje, debido a su importancia para evitar equívocos lingüísticos (como se ha señalado), así como para relacionar las reflexiones sobre cada dimensión con los discursos jurídicos que interesan más en el presente trabajo: el postpositivismo y el realismo jurídico.

Tema 2.1. Sintaxis

Si bien, se ha indicado que las dimensiones semántica y pragmática son las que revisten mayor relevancia en la discusión de temas jurídicos; en particular, los temas relativos a la interpretación de las normas

53 Semiótica o semiología: “Los conocimientos genéricos sobre el lenguaje se inscriben en el ámbito de la teoría general de los signos, que suele adoptar el nombre de semiótica. La semiótica es la disciplina que estudia los elementos representativos en el proceso de comunicación [...]”. (Guibourg, 1990: 23).

El término semiótica proviene de la terminología anglosajón,; por su parte, el término semiología proviene de la doctrina continental europea.

jurídicas, esto no significa que la dimensión sintáctica sea de poca importancia, pues es el punto de partida de cualquier comunicación lingüística, ya que guarda relación sobre cómo se articulan los signos de una determinada lengua en palabras y su uso bajo las reglas de la gramática⁵⁴ de la que se trate. Esta dimensión tiene una particular relevancia cuando se redactan los textos de las normas jurídicas, pues el adecuado uso de los signos lingüísticos y de su gramática es una condición necesaria para la comprensión y aplicación de los preceptos legales:

La sintaxis se ocupa de las oraciones de los lenguajes, esto es, de cómo se combinan los elementos de su vocabulario que, en los lenguajes naturales, son las palabras. Son precisamente las reglas sintácticas, como sabemos, las que establecen los modos de generar oraciones a partir de la combinación de las palabras. (Moreso, 2019: 2).

Como se ha venido mencionando a lo largo de esta unidad, las características del lenguaje natural se trasladan a las normas jurídicas, de manera que es posible que fenómenos, tales como la ambigüedad sintáctica y la vaguedad se presenten con frecuencia y generen discusiones de relevancia para el derecho. Obsérvese el siguiente ejemplo:

Dado que el derecho pretende regular el comportamiento de sus destinatarios, me ocuparé aquí de un supuesto en el que la regulación puede quedar indeterminada por razones sintácticas. Se trata de lo que podemos denominar ambigüedad sintáctica. Una expresión lingüística (oral o escrita) es ambigua si, y sólo si, tiene varios significados. Con lo que, si la regulación del comportamiento se lleva a cabo mediante una oración ambigua, el comportamiento no es determinado de manera unívoca [...] Veamos [...] tal vez el más famoso caso de ambigüedad sintáctica en la discusión jurídica contemporánea. Se trata de la discusión acerca del alcance del derecho a poseer y portar armas reconocido por la enmienda segunda de la Constitución de los Estados Unidos, de este tenor:

[6] Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas (A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed).

Lo que aquí se discute, de manera apasionada⁵⁵, es si la primera oración de la segunda enmienda es únicamente un ejemplar, entre otros, del derecho individual a poseer y portar armas, o bien constituye el marco de un derecho colectivo a organizar una milicia. Mientras la primera lectura (la que apoya la jurisprudencia ahora dominante de la Corte Suprema) excluye las regulaciones limitadoras de la posesión de armas, la segunda lectura la autoriza. La estructura sintáctica del texto deja, sin embargo, abierta la cuestión. (Moreso, 2019: 5-6).

54 “[...] las combinaciones de palabras que forman oraciones en los lenguajes naturales, siguen determinadas reglas, son gramaticales. La sintaxis es, precisamente, la actividad consistente en explicar esta propiedad de las oraciones (vd. García Carpintero 1996, cap. I). La gramaticalidad es una propiedad sistemática y productiva. Es sistemática porque las oraciones posibles de un lenguaje natural están dadas por reglas, que permiten la combinación de los elementos de su vocabulario o léxico. Y es productiva porque el número de oraciones que podemos generar en un lenguaje natural es infinito, dado que muchas de sus reglas son recursivas (no hay límite, por ejemplo, a los elementos que una oración puede contener unidos por la conjunción ‘y’).” (Moreso, 2019: 3).

55 Josep Joan Moreso cita como ejemplo de este tipo de discusiones el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos en: District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

Tema 2.2. Semántica

Como se ha indicado, la semántica es el estudio de los signos en relación con los objetos designados o, por decirlo de un modo más claro, es el estudio del significado. (Guibourg, 1990: 33).

En el derecho, aparte de utilizarse el lenguaje natural que corresponda (español, inglés, francés, etc.), es usual que existan términos técnicos (lenguaje técnico) provenientes de la doctrina jurídica.

Con mayor frecuencia, en la promulgación de leyes, se observa la inclusión de artículos que establecen, a modo de glosario, cuál será el significado de ciertos términos que se utilizan en dicho cuerpo normativo. También es usual que se legisle sobre el significado de algún término con aplicación para todo el ordenamiento jurídico⁵⁶. Cuando se procede de esta forma, se está haciendo una *definición estipulativa* que pretende brindar mayor precisión a los términos que se utilizan en un determinado contexto normativo.

Un interesante –y pintoresco– ejemplo sobre las implicaciones jurídicas que tiene dilucidar los contenidos semánticos de las palabras es aportado por el profesor catalán Josep Joan Moreso:

[...] supuesto jurídico que fue decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Se trata, dicho ahora, muy resumidamente del problema de si los tomates son verduras o son frutos a la hora de aplicarles un impuesto que gravaba la compraventa de verduras en los Estados Unidos y que fue resuelto por el Tribunal Supremo en 1893 (vd. Moreso 2011).

En 1883, en los Estados Unidos determinada legislación fiscal (Tariff Act of March 3, 1883) establecía una carga impositiva a la compraventa de verduras, pero no a la de frutos. De modo que se produjo una controversia acerca de si los tomates han de ser clasificados como verduras o como frutos. Es obvio que, desde el punto de vista botánico, los tomates son un tipo de fruto y, también es conocido, que desde el punto de vista culinario acostumbramos a servir los tomates junto con otras verduras, en la ensalada por ejemplo y no como postre, y a menudo los tomates se hallan en las tiendas de comestibles junto con las verduras y no con los frutos. De acuerdo con la teoría causal de la referencia aplicada a los términos usados en los textos legales, deberíamos concluir que los tomates son frutos y que por lo tanto están exentos del impuesto. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1893 sostuvo que de acuerdo con el uso habitual de los términos y a los únicos efectos de la interpretación de la ley en disputa, los tomates son considerados verduras. Estas fueron las palabras del juez Gray, con una decisión tomada por unanimidad:

Botánicamente hablando, los tomates son el fruto de una planta, como lo son los pepinos, los calabacines, las judías y los guisantes. Pero en el lenguaje común de la gente, sea de los vendedores o de los consumidores de estos productos, todos son verduras que se cultivan en los huertos domésticos y que cocinados o crudos, son como las patatas, las zanahorias, la chirivía, los nabos, la remolacha, la coliflor, la col, el apio y la lechuga, que usualmente se sirven para cenar con o después de la sopa, el pescado o la carne que constituye la parte principal de la comida y no, como los frutos generalmente, el postre.

La decisión de la Corte Suprema parece más que sensata, pero deja abierta la cuestión de con arreglo a qué concepción del significado deben ser interpretados los textos jurídicos. (Moreso, 2019: 8).

56 En el artículo 1 de la *Ley sobre Delincuencia Organizada* (Ley N.º 8754 del 2009), hay una estipulación normativa con efectos para todo el sistema jurídico costarricense: “[...] **Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más**”.

En las dos primeras unidades, se hizo referencia a la pretensión ilustrada de que las personas juzgadas se limitasen a aplicar la ley en su sentido literal o gramatical, pues se partía de la idea de que era posible ese nivel de precisión lingüística, permitiendo que la voluntad del soberano —el pueblo— a través de sus representantes (Poder Legislativo) fuera aplicada sin ningún tipo de interpretación judicial, ya que eso implicaría una violación a la división de poderes y discrecionalidad —arbitrariedad— judicial.

A estas alturas, se puede colegir que, por razones de orden lingüístico, no es posible que el derecho y la Administración de Justicia funcionen de esa manera, pues no siempre existirá un nivel de precisión lingüística que permita resolver todos los asuntos jurídicos por mera subsunción de hechos a normas en sentido literal.

El interés por desarrollar estas herramientas conceptuales, provenientes de la semiótica, en el ámbito jurídico, se dirige a resolver de manera más adecuada múltiples problemas jurídicos que se dan a nivel semántico y pragmático:

Es fundamental distinguir entre esos dos planos [semántica y pragmática], o sea, sobre todo no imaginarse -como suele hacer la doctrina jurídica- que basta con conocer la letra y la doctrina que configuran la semántica de las disposiciones jurídicas para saber cuál es la pragmática jurídica relacionada con esas mismas disposiciones... Las relaciones entre semántica y pragmática lingüística dan lugar, según los casos, a alguna de las tres situaciones siguientes:

- a) *En la pragmática se realiza, por entero o al menos en muy buena medida, lo señalado en la semántica de la formulación lingüística dada (p. ej., preceptos jurídicos que normalmente se cumplen en los hechos):*
- b) *La pragmática respectiva da lugar a unas prácticas que son muy diferentes a lo mentado en el plano meramente semántico, o en todo caso aquello no es netamente determinado por lo segundo (p. ej., preceptos constitucionales que son invocadas igualmente por tirios y troyanos —«fórmulas vacías»—);*
- c) *La semántica se mueve en un mundo autónomo que de hecho tiene muy poca o ninguna influencia sobre las prácticas respectivas (p. ej., leyes que son «letra muerta» o toda suerte de elucidaciones «estratosféricas» en Teoría del Derecho). (Haba, 2012: 100).*

Tema 2.3. Pragmática

La dimensión pragmática del lenguaje es de relevancia para el derecho y la actividad jurisdiccional, ya que direccionan tanto la interpretación normativa (coherencia normativa) como la valoración de los hechos a través de su contexto (coherencia narrativa). Análcese, en primer término, la definición que, desde las disciplinas relacionadas con la semiótica, se hace de la dimensión pragmática del lenguaje:

[...] se entiende por pragmática el estudio de los principios que regulan el uso del lenguaje en la comunicación, es decir, las condiciones que determinan tanto el empleo de un enunciado concreto por parte de un hablante concreto en una situación comunicativa concreta, como su interpretación por parte del destinatario. La pragmática es, por tanto, una disciplina que toma en consideración los factores extralingüísticos que determinan el uso del lenguaje, precisamente todos aquellos factores a los que no puede hacer referencia un estudio puramente gramatical: nociones como las de emisor, destinatario, intención comunicativa, contexto verbal, situación o conocimiento del mundo van a resultar de capital importancia. (Escandell, 2013: 15-16).

Ejemplos de las consideraciones pragmáticas que se deben hacer para la comprensión de lo que se quiere decir (perspectiva del hablante) o qué es lo que dijo (perspectiva del receptor) pueden encontrarse en usos expresivos como la literatura (metáforas), la poesía, o bien, el sarcasmo, pues, en ambos casos, las oraciones construidas mediante el uso de reglas gramaticales (sintaxis) con palabras que tienen significados más o menos precisos (semántica) pueden resultar absurdas o incomprensibles, si se tratan de entender de forma literal. Un ejemplo de lo anterior sería el siguiente:

Durante el desarrollo de una clase que ha comenzado a las 8 am y que finaliza a las 10 am, un alumno ingresa faltando quince minutos para las nueve y se sienta a recibir la lección. Cuando la docente se percata de su presencia, se dirige a él y le dice “[...] ¡tenga usted muy buenas tardes señor García! [...]” al tiempo que observa el reloj en su muñeca. García baja su mirada y dice: “disculpe profesora [...].

El alumno claramente ha entendido que, con lo que literalmente se entendería como un saludo o la expresión de un deseo, su profesora le ha querido decir otra cosa. García se ha disculpado, no pasó por su cabeza contestarle a su profesora algo así como: “[...] *está usted equivocada, aún es antes meridiano (la mañana), debió decirme ¡buenos días!*”. El alumno García ha entendido que el aparente saludo de su profesora en realidad es un reproche por su llegada tardía a la lección.

Esto que ha entendido García fue exactamente lo que hizo su profesora, reprocharle su demora. La comunicación ha sido efectiva, pese a que la docente ha proferido palabras que, en un sentido literal, era un saludo y no un reproche. Esto sucede porque el contexto tiene un enorme peso en la efectividad de las comunicaciones lingüísticas, no solo para reducir o eliminar la ambigüedad, sino también para comprender con precisión lo que se dice y lo que se quiere decir mediante diferentes usos del lenguaje. Obsérvese el siguiente ejemplo de la obra de la profesora María Victoria Escandell:

Imagínese que usted encuentra un papel en el suelo, que tiene escrita la siguiente oración: “Te espero mañana donde siempre”. Aunque se entienda bien la estructura sintáctica del texto y se comprenda el significado de cada palabra, probablemente no se entienda el significado de ese mensaje ni sus implicaciones. Surgen las siguientes interrogantes: ¿Quién es el yo que promete esperar? ¿A quién va dirigido el mensaje? ¿Cuándo es mañana? ¿Dónde es donde siempre? (Escandell, 2013: 23).

Ahora bien, si ese papel lo ha puesto sobre su escritorio una persona, que a usted le atrae mucho, luego de que le saludó por la mañana, el mensaje resulta claro y no se presentará ninguna de las interrogantes antes mencionadas ¡usted decidirá si asiste mañana a ese lugar de siempre!

Como se puede apreciar del ejemplo anterior, el contexto es un factor extralingüístico que le da pleno sentido a un mensaje, de igual manera la forma en que se dice será el factor que de pleno sentido a la comunicación.

Trasladado al mundo de lo jurídico, las consideraciones pragmáticas que dan pleno sentido al alcance de las normas y a su interpretación es su contexto normativo. De allí surgen los diferentes significados que ciertos conceptos normativos técnicos tienen, según su contexto normativo. Por ejemplo, el verbo “allanar” tiene diferente significado, si se utiliza en el contexto de un proceso civil (podría hacer referencia a que una de las partes se allana a las pretensiones de la otra) y tiene otro significado completamente distinto en el contexto de un proceso penal (podría referirse a una diligencia de allanamiento de una morada o un local).

El contexto normativo, desde la visión de los postpositivistas, lleva a interpretar las normas jurídicas desde los principios (constitucionales o convencionales); es decir, el sentido regulativo de una norma debe ajustarse al contenido axiológico de un principio de rango superior. Piénsese en una norma jurídica que admite tres interpretaciones posibles (por ambigüedad sintáctica y semántica), para los postpositivistas solo pueden ser válidas las interpretaciones que sean acordes al contenido de los principios constitucionales.

De esta manera, si la norma admite una interpretación discriminatoria, por ejemplo, en razón del género, esta interpretación debería ser descartada por ser contraria al principio de igualdad ante la ley. Desde la vertiente realista, la dimensión pragmática contempla tanto los aspectos axiológicos y teleológicos como los elementos empírico-instrumentales (tomar en cuenta la realidad), por lo que, desde un ejercicio ético y transparente de la judicatura, la persona juzgadora deberá elegir la opción interpretativa que satisfaga de mejor manera los aspectos antes mencionados. Ambas metodologías se desarrollarán en la Unidad VII.

Unido a lo anterior, la dimensión pragmática también se proyecta a la interpretación de los hechos del caso. La determinación de los hechos probados de un asunto se realiza a través de la valoración de los elementos de prueba legalmente admitidos al proceso. No obstante, tales elementos de prueba se valoran atendiendo al contexto fáctico del caso que se trate, esto es lo que se denomina coherencia narrativa, donde se realiza la mejor inferencia probatoria posible (aplicando las reglas de la sana crítica racional, por ejemplo), pero tomando en cuenta el contexto específico del caso. Esto se verá con detalle en la Unidad VI.

En el siguiente fragmento, el autor Josep Joan Moreso hace una síntesis del recorrido que la evolución de la semiótica y la pragmática ha tenido a través de sus máximos exponentes y que tiene relevancia para el mundo de los jurídicos:

También debemos a G. Frege (1918, vd. Dummett 1978: 449-450), la relevante consideración que una teoría completa del significado, no ha de quedarse con aquello que se refiere al contenido significativo de una oración (lo que Frege denominaba Sinn), sino que debe ser complementado con una teoría de la fuerza (Kraft en Frege), que nos permite saber si el usuario del lenguaje está, con la emisión de la oración, transmitiendo una información, dando una orden, preguntando algo, etc. La importancia de esta distinción no puede ser ignorada y configura una veta de la filosofía del lenguaje contemporánea. Va de la mano de la filosofía del segundo Wittgenstein (1953: sec.23) en donde apunta que hay multitud de tipos de oraciones, de acuerdo con su fuerza. Estas ideas dieron lugar al desarrollo de la doctrina de los actos de habla (Austin 1962, Searle 1969), según la cual es preciso distinguir en cualquier acto lingüístico, la dimensión locutiva, aquello que decimos; de la ilocutiva, aquello que hacemos cuando emitimos una expresión y la dimensión perlocutiva, los efectos que producimos al decir la oración [...] Las ideas del segundo Wittgenstein dieron lugar a lo que se conoció como filosofía del lenguaje ordinario, una concepción del lenguaje más atenta a su uso, que a las condiciones formales de su estructura, más deudoras de las ideas del primer Wittgenstein en

el *Tractatus* (Wittgenstein 1921). Como hemos visto, Austin y Searle desarrollaron una teoría de los actos de habla con estas ideas. Pero tal vez fuese Grice (1989, aunque véase también Strawson 1971) el que tratara de mostrar con mayor claridad una cierta primacía de la acción comunicativa sobre el contenido significativo. (Moreso, 2019:12).

Más allá de la evolución que han vivido la semiótica y la filosofía del lenguaje, interesa ahora destacar la presencia en los actos lingüísticos de diferentes dimensiones aludidas en la cita anterior a través del siguiente esquema, tomando como punto de partida una manifestación o frase emitida por una persona hablante: “**Dáselo a ella**”⁵⁷.

<i>“Dáselo a ella”</i>		
Acto locutivo	Acto ilocutivo	Acto perlocutivo
<i>Lo que se dice, relacionado con el significado</i>	<i>Lo que se hace cuando se emite una expresión, relacionado con la fuerza.</i>	<i>Los efectos que produce en el destinatario de la expresión.</i>
	<p><i>Aquí entran las consideraciones sobre fuerza ilocutiva, antes mencionada:</i></p> <p>a) <i>Si se dice de forma imperativa: ¡Dáselo a ella! Sin duda es una orden. Ejemplo la madre dirigiéndose a uno de sus hijos.</i></p> <p>b) <i>Podría ser una mera sugerencia, por ejemplo: si ello se manifiesta entre colegas que trabajan juntos en un proyecto.</i></p>	<p><i>Los efectos que la preferencia produce, en el ejemplo podrían ser:</i></p> <p>a) <i>Acatar la orden proveniente de una figura de autoridad por parte del hijo.</i></p> <p>b) <i>Aceptar o no la sugerencia que hace un colega para entregarle a una compañera algún objeto.</i></p>

Aparte de lo indicado en cuanto a la coherencia normativa y narrativa, las consideraciones lingüísticas mencionadas trasladadas al campo jurídico tienen otras implicaciones relevantes, como de seguido se analizará.

Tema 2.4. Argumentos teóricos y prácticos. Dirección de ajuste del lenguaje (lo descriptivo y lo normativo)

El tema relacionado con las dimensiones lingüísticas mencionadas en el acápite anterior se conecta en este punto con las funciones o usos del lenguaje mencionados al inicio de la presente unidad y con la relevancia que ello tiene para el ámbito jurídico:

Esta consideración es, obviamente, muy relevante para el derecho en donde el uso prescriptivo del lenguaje es crucial. El derecho pretende regular el comportamiento mediante normas, que son el resultado del uso del lenguaje para prescribir comportamientos ... Lo hace, como sabemos, no usando el modo imperativo como en los mandamientos de la Biblia, por ejemplo, sino por el uso de

57 Ejemplo citado por Josep Joan Moreso (p. 12) de la obra de María Victoria Escandell (Escandell, 2013: 60).

expresiones como ‘tienen la obligación’, ‘deberán’ o el mero uso del futuro (‘será castigado a...’). A ello hay que añadir el uso performativo o realizativo del lenguaje, que sirve –como si fuesen definiciones– para, por ejemplo, calificar a los mayores de 18 años como mayores de edad, o a determinados documentos como testamentos ológrafos. Lo que se conoce como reglas o normas constitutivas (Searle 1969, von Wright 1963a, Alchourrón-Bulygin 1983, Hernández Marín 1984, Atienza-Ruiz Manero 1996). Y estos son los dos usos paradigmáticos del lenguaje jurídico: el prescriptivo y el constitutivo, el primero un uso ilocutivo del lenguaje de carácter comunicativo; el segundo un uso ilocutivo del lenguaje de carácter convencional (para esta distinción Bach, Harnish 1979). (Moreso p. 11-12).

Al inicio de la unidad, cuando se hizo referencia a las funciones o usos del lenguaje, se mencionó que el uso descriptivo (o informativo) del lenguaje es el único sobre el cual se puede predicar verdad o falsedad de sus asertos.

Los otros usos del lenguaje no permiten tales consideraciones, esto es muy importante porque la actividad jurisdiccional se relaciona tanto con el establecimiento de consideraciones de orden descriptivo como con consideraciones de orden prescriptivo. Las primeras (descriptivas) están constituidas por la determinación de los hechos del caso, los cuales pueden ser calificados como verdaderos (hechos probados) o falsos (por ejemplo, hechos de una demanda o una acusación que no se logran demostrar por medio de pruebas); los segundos, los de orden prescriptivo, están conformados por la atribución de consecuencias jurídicas (por subsunción de hechos a normas) a los hechos del caso.

Los usos prescriptivos y constitutivos del lenguaje no se pueden calificar de verdaderos o falsos. Las normas jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, pueden ser calificadas de útiles o inútiles, de convenientes o inconvenientes, etc., pero no de verdaderas o falsas. Estas precisiones son muy relevantes al momento de evitar caer en problemas o disputas por razones lingüísticas como se verá más adelante, así como para no incurrir en la falacia naturalista, lo que se verá en la Unidad V.

Las argumentaciones que las personas juzgadoras realizan sobre los casos sometidos a su conocimiento pueden ser argumentos teóricos o argumentos prácticos. Los primeros se relacionan con los hechos del caso y el uso descriptivo que tiene el lenguaje en su establecimiento. Los segundos se desarrollan con la aplicación de normas jurídicas a los hechos del caso en un uso lingüístico prescriptivo; adicionalmente, en cada uso lingüístico, hay una dirección de ajuste:

Argumentos teóricos y argumentos prácticos: La conclusión que se defiende por medio de razones puede ser una creencia acerca de cómo es el mundo (un enunciado descriptivo, por tanto, que puede ser verdadero o falso) o una opinión acerca de qué debe hacerse o qué es bueno (un enunciado directivo, por tanto, que expresa un juicio de valor o una norma y no puede ser calificado como verdadero o falso). En el primer caso hablamos de “argumentos teóricos” y en el segundo de “argumentos prácticos” o “normativos”. Mientras los primeros tratan de responder a la pregunta “¿qué creer?”, los segundos tratan de responder a la pregunta “¿qué hacer?”. Los argumentos teóricos tienen premisas

descriptivas y una conclusión descriptiva, mientras que los argumentos prácticos deben incluir entre sus premisas al menos una que sea prescriptiva, y la conclusión es un enunciado prescriptivo. Es un error lógico derivar un enunciado prescriptivo de premisas exclusivamente descriptivas. Es importante tener en cuenta la diferencia entre enunciados descriptivos y enunciados directivos o prescriptivos, dado que responden a usos del lenguaje distintos. En el primer caso, tratamos de decir algo acerca de cómo es el mundo: el enunciado, por tanto, debe ajustarse a la realidad, para ser verdadero. En el segundo caso, el enunciado trata de modificar la realidad (dirigiendo la conducta): por tanto, el enunciado es eficaz si la realidad se ajusta (esto es, se modifica para ajustarse) al enunciado. Se dice que los enunciados descriptivos tienen una “dirección de ajuste” palabras – a – mundo, mientras que los enunciados prescriptivos tienen una dirección de ajuste mundo – a – palabras. (lo subrayado no es del original). (González Lagier, 2012: 3 – 4).

Sobre la dirección de ajuste de las palabras⁵⁸, se debe indicar que, en el uso descriptivo, las palabras se ajustan a los hechos del caso, es decir, las palabras describen el mundo, la facticidad, lo que ocurrió en el mundo físico y, por ello, se puede hablar de criterios de verdad o falsedad en lo que se describe con esas palabras. Por otra parte, en su uso prescriptivo del lenguaje, el mundo es el que se ajusta a las palabras, expresa un deber ser, es decir, dados tales hechos, corresponde aplicar las consecuencias que las normas jurídicas preceptúan.

Otra forma de visualizar los dos ámbitos mencionados es a través de la tradicional separación de los planos de facticidad y normatividad, según se resume en el siguiente cuadro:

FACTICIDAD	NORMATIVIDAD
<i>Los hechos, el plano del “ser.”</i>	<i>Las normas, el plano del “deber ser”.</i>
<i>Uso descriptivo del lenguaje.</i>	<i>Uso prescriptivo del lenguaje.</i>
<i>Asertos son calificables como verdaderos o falsos.</i>	<i>Prescripciones no son calificables como verdaderas o falsas.</i>
<i>Dirección de ajuste del lenguaje:</i> <u>palabras – a – mundo</u> <i>Las palabras describen los hechos acreditados.</i> <i>La determinación de verdad o falsedad se realiza a través de la teoría de la verdad por correspondencia.</i>	<i>Dirección de ajuste del lenguaje:</i> <u>mundo – a – palabras</u> <i>Las palabras preceptúan o disponen cómo debe ser el mundo.</i>

58 “Es importante darse cuenta, entonces, que el uso del lenguaje del derecho no produce oraciones susceptibles de ser verdaderas o falsas, no produce enunciados. Es relevante darse cuenta, para decirlo con una expresión de Anscombe (1957), desarrollada por Searle (1979), que mientras las oraciones aseverativas, que describen el mundo, tienen una dirección de ajuste palabra-a-mundo, es decir, pretenden que el contenido significativo se corresponda con el mundo; las oraciones prescriptivas tienen la dirección de ajuste mundo-a-palabra, pretenden que el mundo sea como dice el contenido significativo de la prescripción”. (Moreso, 2019: p. 12).

<p><i>Ejemplo:</i></p> <p><i>Hecho: “Se tiene por probado que Fulano ha dado muerte a Mengano”.</i></p> <p><i>Esa determinación se ha dado a través de las pruebas: x, y, z.</i></p>	<p><i>Ejemplo:</i></p> <p><i>Norma : “Es prohibido dar muerte a otra persona”.</i></p> <p><i>Si se da muerte a alguien, corresponde aplicar las consecuencias jurídicas por la infracción a ese mandato normativo.</i></p>
--	--

En el siguiente tema, se realizará un recorrido por los principales problemas de naturaleza lingüística que se presentan en las discusiones jurídicas; en particular, las discusiones en estrados judiciales y deliberaciones entre personas juzgadoras. Tal cometido se abordará a partir de la obra de Genaro R. Carrió y del profesor Pedro Haba.

Tema 3. Desacuerdos lingüísticos en el ámbito del derecho (Genaro R. Carrió)

Una vez que se ha realizado este amplio recorrido por aspectos lingüísticos de relevancia para el derecho, corresponde ahora hacer referencia a lo que el profesor Genaro R. Carrió denominó en su obra como los *desacuerdos entre juristas*, pues se trata de una serie de malos entendidos que se dan en las discusiones jurídicas por inadvertencia de las características y fuentes de equívoco provenientes del uso de lenguajes naturales que pueden dilucidarse fácilmente, si se toman en cuenta tales características, así como algunas prevenciones:

Pienso que en parte no desdeñable las disputas entre los juristas están contaminadas por falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados que típicamente aparecen en la teoría jurídica. Mientras no se ilumine este aspecto del problema quedará cerrada toda posibilidad de superar los múltiples desacuerdos que tales enunciados generan. Si no tenemos en claro cuál es el fondo o la raíz de las discrepancias, vale decir por qué se discute, será estéril todo esfuerzo de argumentación racional y las disidencias persistirán, quizás agravadas. Obtener claridad acerca de esto no es, por cierto, condición suficiente para eliminar el desacuerdo, pero sí condición necesaria. Frente a cualquier enunciado que aparece en un texto de teoría jurídica y que no nos satisface, antes de salir a buscar argumentos para refutarlo debemos hacernos una serie de preguntas.

¿Qué es esto? ¿Es una asección, es decir, un enunciado que se propone describir un cierto estado de cosas? ¿O es una recomendación disfrazada bajo la forma de una asección, esto es? un enunciado que disimuladamente trata de ensalzar cierto estado de cosas “describiéndolo” con lenguaje aprobatorio? ¿O es un anuncio o advertencia de que tal palabra será utilizada exclusivamente con determinado sentido? ¿O es una definición que simplemente recoge el uso central o típico de un vocablo? ¿O es una definición persuasiva, esto es, un recurso técnico que emplea el autor para obtener que el lector apruebe sus tesis, colocándolas bajo el manto protector de alguna palabra rica en carga emotiva y pobre en significado descriptivo? ¿O es otro tipo de asección o de definición, caracterizado por el uso de afirmaciones paradójicas que no tienen otro fin que el de subrayar algo importante que hasta ese entonces los teóricos habían desatendido? Este tipo de investigación o examen previo es fundamental; los juristas, por lo común, prescinden de él y al abrigo de esa actitud negligente prosperan muchas polémicas claramente prescindibles. (Carrió, 1990: 26-26).

Sobre la base de la obra de Carrió, el profesor Enrique Pedro Haba sintetiza y expone varias conclusiones que se han venido desarrollando a lo largo de esta unidad, alguna de manera expresa, otras de forma implícita, razón por la cual corresponde explicitar tales conclusiones:

He destacado algunas características del lenguaje, a cuyo olvido o ignorancia puede atribuirse el carácter aparentemente insoluble de muchas controversias entre juristas. Porque sucede que al participar en la disputa, estos suelen pasar por alto algunas de las siguientes cuestiones —muy ligadas entre sí— o todas ellas:

1) *Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», que puedan estar al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.*

2) *Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y solo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente —salvo los casos de mera homonimia— que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad determinada que esa palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a lo misma cosa.*

3) *No puede hablarse, por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos, de dar «definiciones reales», o de «describir el significado intrínseco o esencial de un término o expresión», o de «determinar la naturaleza de la entidad designada por la palabra». De lo contrario se multiplican los equívocos, favorecidos por la ambigüedad, no siempre advertida, de preguntas tales como: «¿Qué es democracia?», «¿Qué es usufructo?» o «¿Qué es derecho?».*

4) *Es verdad que quien se vale de una palabra apartándose del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace explícita la estipulación o esta no resulta del contexto. Pero tal estipulación no puede ser calificada de verdadera ni de falsa.*

5) *No todas las palabras u oraciones se usan exclusivamente para describir. Otras se usan, además (o únicamente), para recomendar, aprobar o desaprob; o, también, para llamar la atención sobre: algo previamente desatendido y entonces colocándolo, por decir así, en un sorprendente primer plano que destaca su importancia.*

[Al desconocer estas fundamentales características del lenguaje en general, se cae en «la Superstición del Único Significado Verdadero —tal como la ha denominado I. A. RICHARDS—, lo cual puede tener consecuencias muy serias en cualquier campo del saber, y es fatal para cualquier pretensión de adelanto en el campo de la ética». Del mismo modo lo es para el discurso jurídico (normativismo), la ciencia política y otras disciplinas sobre las relaciones humanas.] (Lo resaltado no es del original). (Haba, 2012: 108-110).

Hecha la anterior recapitulación, corresponde analizar las tipologías de discusiones estériles en las que se puede incurrir, si no se tienen claras las anteriores prevenciones, así como las nociones que sobre los lenguajes naturales se han venido desarrollando⁵⁹.

59 La exposición sobre las diferentes tipologías sobre desacuerdos entre los juristas se tomará tanto de la obra de Genaro R. Carrió, como de su explicación y aclaración en la obra del profesor E. P. Haba.

Tema 3.1. Pseudo-disputas originadas en equívocos verbales

El desacuerdo que se presenta en este tipo de disputas aparentes surge en buena medida de la creencia acerca de que las palabras captan “esencias” o la “naturaleza” de las cosas. No obstante, el significado de las palabras es meramente convencional, de manera que será clave, en cualquier discusión, ponerse de acuerdo acerca de qué se entiende o cuál es el significado de los términos que se están debatiendo⁶⁰:

Se suele creer —y los teóricos del derecho no somos inmunes a tal creencia— que cada palabra tiene un significado intrínseco o propio, que no puede ni debe confundirse con las extensiones que la licencia lingüística pretende añadirle. Esto tiene graves consecuencias. Empezamos preguntando por el significado de la palabra “derecho” (dando por sentado que sólo tiene uno legítimo), y de allí hay un solo paso —y muy breve— a la pregunta por la “naturaleza” o la “esencia” del Derecho, pregunta que sólo puede ser contestada —presuponemos— describiendo las características de la entidad en que el significado único de la palabra “derecho” consiste. Todo ello se ve favorecido por la ambigüedad de la pregunta “¿Qué es derecho?”, en la que no está claro si estamos pidiendo se nos indique el significado (o significados) de la palabra “derecho”, o que se nos describan las propiedades o características típicas de los fenómenos usualmente designados con ella, o alguna otra cosa.

Pero es el caso que la palabra “derecho” tiene muchos significados, no uno solo. Para que cualquier discusión sobre las características de los fenómenos designados por ella sea una genuina discrepancia —y no el fruto de un simple equívoco verbal— tiene que mediar acuerdo previo sobre el significado que, en la disputa, damos a las palabras claves.

Porque de lo contrario puede ocurrir que uno de los antagonistas las use en un sentido, y el otro en un sentido diferente. En tal caso, aunque las propiedades que atribuyan a los objetos de que uno y otro hablan sean absolutamente incompatibles, no habrá entre ellos ninguna contradicción. Sólo habrá una ilusión de contradicción. Es inútil que nos pongamos a discutir sobre qué características tiene o deja de tener “el derecho”, si previamente no nos ponemos de acuerdo sobre cuál de los sentidos de esa multívoca palabra está en juego. Sería tan absurdo como ponerse a discutir fervorosamente si Carlos Gómez es o no jubilado ferroviario, sin tomar previamente la precaución de averiguar si estamos hablando del mismo Carlos Gómez.

Todo esto parece trivial, pero es el caso que hay muchas controversias entre juristas que tienen ese origen, y, constituyen, por lo tanto, monumentos a la esterilidad. Para evitar que ello ocurra hay que observar esta precaución obvia: no embarcarse nunca en una discusión sin estar absolutamente seguro de cuál es el sentido con que nuestro oponente está usando las palabras claves. (Carrió, 1990: 95-96).

Un ejemplo vernáculo para quienes son seguidores del fútbol es la polémica imaginaria entre dos aficionados, entre sí: “**Enrique Díaz**” jugó en algún mundial de fútbol o no. Es posible que quien lo niegue rotundamente

60 *“Puesto que las personas con frecuencia no entienden exactamente lo mismo por las palabras que usan (y, con la misma frecuencia, no tienen nada muy claro en su mente), a menudo caen en discusiones que conciernen a estas palabras, y la disputa puede prolongarse indefinidamente sin resolverse, porque los polemistas no se preocupan de aclarar los significados de las palabras que usan. La vieja discusión «si cae un árbol en el bosque y nadie lo oye, ¿se produce un ruido?», es una disputa verbal, que puede ser resuelta aclarando los significados de las palabras implicadas. En este caso la palabra decisiva es «ruido». Si estamos hablando de ondas sonoras (condensaciones y rarefacciones alternas del aire), tales que pueden ser registradas con instrumentos, entonces haya sonidos, haya o no haya alguien que oiga la caída del árbol. Pero si por sonidos estamos entendiendo la experiencia de sonido —las sensaciones de sonido—, entonces, ambos polemistas concordarán en que no puede haber experiencias de sonido a menos que haya alguien que las experimente. Una vez puesto en claro que la palabra «sonido» se está usando en dos sentidos diferentes, la disputa está resuelta; no queda nada sobre lo cual discutir”.* (Haba, 2012: 126).

tenga en su mente al jugador Enrique Díaz Harvey⁶¹, mientras que quien sostenga que jugó varios mundiales de fútbol esté haciendo referencia a Junior Enrique Díaz⁶². La discrepancia se soluciona simplemente con ponerse de acuerdo sobre de quién se está haciendo referencia en cada una de las posiciones contrarias.

Ejemplo: *En una disputa por linderos de propiedades vecinas, donde A reclama que, cuando compró su propiedad, en el contrato decía que se extendía hasta el árbol de jocotes. Por lo tanto, dicho árbol le pertenece. Del otro lado, B dice, alegando de la misma forma que A, que en su contrato de compra también decía que su propiedad llegaba hasta el árbol de jocotes. Por lo tanto, el árbol le pertenece. El problema se da con la interpretación de la palabra “hasta” para señalar límites, pues se genera el conflicto de si ese “hasta” incluye o excluye el objeto utilizado para señalar el límite. (ejemplo brindado por la licenciada Anghella Borges Aparcedo. FIAJ 2024).*

Tema 3.2. Pseudo-desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas

En este tipo de desacuerdos, lo que ocurre es que se defiende una definición como si esta se sustentara en hechos —aserciones o elementos de la facticidad susceptibles a ser calificados como verdaderos o falsos— cuando en realidad se trata de una posición sustentada en una opinión o sustrato ideológico:

Supongamos que siguiendo el consejo antedicho hemos llegado a precisar en qué sentido nuestro contendor usa una palabra o expresión ambigua. Él es un jusnaturalista y usa la expresión “orden jurídico” con el sentido de “régimen normativo y coactivo, compuesto de reglas intrínsecamente justas”. Supongamos, además, que en el curso de su exposición nuestro contendor afirma: “todos los órdenes jurídicos son justos”. Supongamos, por último, que yo, que en la hipótesis soy un juspositivista convencido, quiero refutar esa apreciación, que me parece falsa, o, por lo menos gruesamente exagerada.

Pues bien, si no me hago cargo exactamente de la situación, es muy probable que todos mis esfuerzos dialécticos sean estériles, pues cada vez que señale a mi adversario ejemplos de órdenes coactivos injustos; su respuesta será la misma: “Sí, pero eso no es un orden jurídico”. Y si le pregunto por qué no lo es, me contestará lisa y llanamente, “porque es injusto”.

Su enunciado, por lo tanto, resulta irrefutable. No tengo manera de probar la falsedad de lo que ha dicho, mientras él siga coherentemente refugiado en la definición que le sirve de inexpugnable fortaleza. ¿Cómo es posible esto? La respuesta es simple: un enunciado de ese tipo no puede ser refutado alegando hechos en contrario, por la sencilla razón de que no es una aserción de hecho; ese enunciado no nos suministra ninguna información sobre los fenómenos del mundo.

Solo es síntoma o indicio de cómo usa la expresión “orden jurídico” mi interlocutor. Pero nos dice tan poco sobre el mundo como un enunciado del tipo de “todos los gatos negros son negros”. La diferencia con enunciados de este último tipo es pura-mente externa, y radica en que “todos los órdenes jurídicos son justos” no exhibe, a primera vista, su carácter tautológico. Este sólo se hace presente cuando advierto que mi adversario usa la expresión “orden jurídico” con el sentido de “orden coactivo justo”. Mientras tal cosa no se advierte, “todos los órdenes jurídicos son justos” se parecerá mucho a “todos los órdenes jurídicos penan el homicidio”, proposición que no es tautológica, siempre que esté dispuesto a reconocer que es falsa si alguien me señala un orden jurídico donde no esté penado el homicidio, o más claramente, siempre que no me niegue a aplicar el rótulo de “orden jurídico” a un sistema coactivo que no pena el homicidio, o para ser más claro aún, siempre que mi definición de “orden jurídico” sea independiente de que el orden normativo en cuestión castigue o no el homicidio.

61 Durante la década de los ochenta y parte de los años noventa, este estacado lateral del Deportivo Saprissa participó en la clasificación al Mundial de Italia 1990. Sin embargo, no fue convocado al evento con posterioridad.

62 Futbolista, hijo de Enrique Díaz Harvey que asistió y jugó en los mundiales de fútbol Brasil 2014 y Rusia 2018.

Muchas disputas entre juristas se originan y perduran por no advertir estas cosas. Se pretende refutar y apoyar enunciados que sólo explicitan parte de la definición de un término apelando, para uno y otro fin, a argumentos de hecho. Claro está que la disputa resulta así mal encaminada y la situación parece no tener salida. ¿Significa ello que frente a un enunciado del tipo de “todos los órdenes jurídicos son justos” puesto en boca de un jusnaturalista, no tenga más alternativa que limitarme a decirle “Bah, eso es una mera tautología resultante de su decisión previa de reservar el rótulo ‘orden jurídico’ para los órdenes justos”? Esta puede ser una manera rápida de poner fin a una conversación fastidiosa, pero no es, claramente, la única alternativa.

Porque siempre cabe la posibilidad de argumentar acerca de las desventajas de una definición que hace depender la aplicación de una palabra de un determinado criterio en cierto modo subjetivo; o siempre cabe sostener que tal limitación del uso de “orden jurídico” divide artificialmente un campo que, por razones de conveniencia teórica, es preferible mantener unido, porque las características estructurales son lo suficientemente análogas y los puntos de analogía lo suficientemente importantes como para que la ciencia se beneficie con un tratamiento unitario de problemas similares. Son muchas las razones de este tipo o de tipo semejante que cabe dar, pero todas ellas tienen carácter valorativo (teórico o práctico) y ninguna de ellas fuerza concluyente. (Carrió, 1990: 97-98).

En el ejemplo de la polémica entre el iusnaturalista y el iuspositivista, cada quien sostiene una definición de lo que significa “orden jurídico”, la cual está influida por la concepción jurídica que practican, de manera que, para el iusnaturalista el orden jurídico, debe ser a su vez justo, de lo contrario, no le llamará orden jurídico. Para el iuspositivista, la definición de un orden jurídico es más procedimental y prescinde de la calificación de “justo” como condición necesaria del término.

Tema 3.3. Disputas sobre clasificaciones (abordadas como si fueran meras cuestiones de hechos)

Aquí la fuente de polémica surge de la creencia errónea acerca de que las clasificaciones jurídicas de tradición, a veces, milenaria, poseen la propiedad de ser “verdaderas”, cuando en realidad las clasificaciones son solo convenciones o acuerdos, ni verdaderos ni falsos, a lo sumo útiles o provechosos, o no.

Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos.

Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria. Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos —se cree— deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa.

Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como “falsa” una clasificación —o sus resultados— y postular en su reemplazo otra “verdadera” como si se tratara de dos modos excluyentes de reproducir con palabras ciertos parcelamientos y subdivisiones que están en la “naturaleza de las cosas”.

Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.

Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida. Decidirse por una clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.

Las disputas clasificatorias de los juristas pueden ser interminables si en lugar de allegar argumentos valorativos en favor de un modo de clasificar, los contendores se empeñan en mostrar que la clasificación propia —y no la ajena— refleja la verdadera “naturaleza de las cosas”, o es la única clasificación compatible con la “esencia” de los objetos clasificados. Mucho tiempo y mucha tinta se habrían ahorrado con sólo recordar cosas tan simples. (Carrió, 1990: 98-100).

El error consiste en hacer prevalecer una clasificación de conceptos jurídicos sobre otra aduciendo que, una de ellas, es verdadera y la otra falsa, cuando en realidad se trata de una mera compartimentación conceptual, no se trata de una cuestión sobre hechos.

Ejemplo: *Laura y Alejandro discuten porque ella considera que el derecho de las obligaciones y el derecho comercial son más importantes que el derecho de cobro y el derecho arrendaticio, últimos que defiende sobre los primeros Alejandro. Dan sus argumentos con miras a desprestigiar la posición del otro sin enterarse que discuten por simples clasificaciones del derecho civil y que esas ramas del derecho son tan importantes como las demás.(ejemplo brindado por el licenciado Wagner Ugarte Reyes. FIAJ 2024).*

Tema 3.4. Controversia sobre la “naturaleza jurídica” de una institución

Se relaciona con el punto anterior y tiene relación con la aspiración de las personas a considerar el orden jurídico como un sistema coherente, sin lagunas y, mediante el alegato de la “naturaleza jurídica” de un concepto, se espera tener una llave maestra que aplique todos los casos y discusiones; no obstante, tal propiedad no existe:

Hay otro tipo de discrepancias, directamente conectadas con las anteriores, que se originan en algo que parece ser una enfermedad profesional de nuestro gremio. Me refiero a la proclividad a pesquisar la llamada “naturaleza jurídica” de una institución, de un hecho o de una relación que preocupa a los juristas, y a la facilidad con que éstos entran en polémicas sobre el punto [...] Lo que buscamos es una-clave que nos brinde el acceso a todos los hechos relevantes acerca del objeto X en una fórmula breve...Buscamos —dice Robinson— una especie de llave única para un gran edificio. Tal cosa, posible en la geometría, no se puede conseguir siempre. Esas supuestas definiciones claves tienen que incluir, o presuponen, una decisión estipulativa. Porque “es muy improbable — dice nuestro autor— que alguna definición o fórmula breve pueda generar afirmaciones verdaderas acerca de todos los tipos de fenómenos efectivamente cubiertos por el uso común de la palabra, ya que es muy improbable que la palabra cubra un campo totalmente homogéneo “[...] Las afanosas pesquisas de los juristas por “descubrir” la naturaleza jurídica de tal o cual o institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Al preguntarse por la “naturaleza jurídica” de una institución cualquiera los juristas persiguen este imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos

como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa. El ir en pos de ella, sin embargo, no obedece meramente a un obstinado capricho. Varios factores ayudan a explicar el fenómeno:

a) El deseo de los juristas de procurarse una guía para resolver aquellos casos cuya solución no puede extraerse de las normas del sistema;

b) El deseo —muchas veces no consciente— de conseguir el propósito expresado sin abdicar de estas dos ideas, que definen cierta forma de positivismo jurídico: 1) el orden jurídico es completo, no tiene lagunas: las soluciones de todos los casos concretos pueden ser deducidas de las normas del sistema, siempre que sepamos integrar a éstas— con una adecuada captación de la naturaleza jurídica de las figuras que aquéllas diseñan; 2) no es de buena ley fundar la decisión frente al caso concreto en las consecuencias de adoptar tal o cual solución;

c) El deseo de hallar un punto de partida inconvencional para la ulterior tarea de clasificación y sistematización;

d) En cierta medida, el deseo de emparentar las instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante su absorción por un mundo familiar de ideas ya elaboradas. La conclusión [...] [es] [...] ésta: no es útil hablar de la “naturaleza jurídica” de tal o cual institución porque ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización.

A ello quiero agregar ahora que las discusiones sobre supuestas naturalezas jurídicas, en cuanto los contendores no se hacen claramente cargo de lo que están buscando, ni de la verdadera causa de su desacuerdo, son a la vez estériles e insolubles. El despilfarro de esfuerzos se origina, en este caso, en lo siguiente: se piensa que cada vez que un conjunto de reglas se presenta con una determinada unidad, que lo hace acreedor a una designación unificadora, esa designación es el nombre de una entidad *sui generis*, poseedora de alguna característica o propiedad central (su naturaleza jurídica) de la que derivan, como quien dice en forma genética, todas las reglas del sector en cuestión, y también otras que, si bien no están contenidas expresamente en él, son “engendradas.” — al igual que las primeras— por la fecunda idea central, o naturaleza jurídica. (Carrió, 1990: 100-103).

En realidad, el orden jurídico contiene lagunas, aporías y antinomias, de manera que no es posible encontrar esos conceptos “puntos de partida” de cualquier discusión. Se piensa que, una vez que el conjunto de reglas presenta cierta unidad, se hace acreedor a una designación unificadora con características y propiedades que “genéticamente” las emparentan con un sector; sin embargo, esto es ilusorio.

Ejemplo: en un proceso ordinario civil, donde se presenta la disputa sobre el derecho de propiedad, la parte actora manifiesta que siendo titular de la finca objeto del proceso, tiene el derecho sobre la misma de forma ilimitada, pudiendo disponer libremente de ella y de sus frutos. El albacea (representante de la parte demandada) se opone manifestando que no es cierto que la parte actora tenga el derecho de propiedad ilimitado, ya que registralmente se encuentra inscrito el derecho de usufructo a favor del causante, por lo que, los frutos de ese bien deben destinarse al proceso sucesorio.” (Ejemplo brindado por la licenciada Erika Salazar Vásquez. FIAJ 2024).

Tema 3.5. Controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto –definiciones persuasivas

Este desacuerdo está conectado con el uso o función emotiva de ciertas palabras que aparecen en el derecho y la política; en términos de **definiciones persuasivas**, donde se da una trampa verbal que se tiende a la persona oyente o lectora. Se dirige la carga emotiva de un concepto a efectos de persuadir que la acepción que usamos es la correcta:

Existen muchos otros tipos de desacuerdos o seudodesacuerdos dignos de presentación y análisis. Como no puedo ocuparme de todos ellos, prefiero dedicar lo que resta a un tipo especial, estrechamente conectado con el uso o función emotiva de ciertas palabras que aparecen con frecuencia en el campo de la teoría jurídica y en el de la teoría política. Cuando están de por medio esas palabras, la pretensión de dar «definiciones reales», esto es, de «descubrir» el significado «verdadero» de una palabra o expresión, asume la forma de lo que STEVENSON ha llamado «definiciones persuasivas».

Una definición persuasiva es una especie de trampa verbal que se tiende al oyente o al lector. Tomemos una palabra que en el uso común tiene una fuerte carga emotiva, por ejemplo «cultura». Esta palabra tiene, a la vez, un uso neutro o puramente descriptivo, que es el que se le da en los tratados de antropología. Allí se habla de la cultura de los arunta o de los hotentotes, sin que ello importe sugerir que estos caballeros han alcanzado un aceptable grado de refinamiento en algún aspecto. En el uso corriente, por el contrario, el sustantivo «cultura» y el adjetivo «culto» tienen, como señalé, un fuerte significado emotivo —de naturaleza, claro está, aprobatoria—, mientras que el significado descriptivo de ambas palabras es altamente impreciso. No todo el mundo quiere decir lo mismo cuando califica a un hombre de «culto», aunque en todos los casos ello evidencia una actitud aprobatoria y de recomendación. En tales circunstancias, adjudicar a la palabra «cultura» un significado descriptivo preciso por vía de supuesta definición, y sostener, por ejemplo, que la verdadera cultura es el conocimiento de las ciencias físico-matemáticas y de las técnicas derivadas de ellas, o que la verdadera cultura no es eso sino el conocimiento de las humanidades, o que un hombre verdaderamente culto no es el que conoce esas cosas sino el que sabe conducirse sin hacer papelones en ciertos círculos sociales, etc. : cualquiera de esas posibles definiciones es una manera de dirigir la carga emotiva de la palabra en una determinada dirección, para colocar bajo una luz favorables ciertas actividades, como si ellas, y solo [o preponderantemente] ellas, fueran dignas de encomio, desde el particular punto de vista en juego. (Carrió, 1990: 103-105).

134

Lo más relevante es la introducción de **juicios de valor encubiertos** que se ocultan tras la apariencia de definiciones. También se encubren con el ropaje de las definiciones. Volviendo a la **definición persuasiva**, siguiendo a Haba (2012):

Formular una «definición persuasiva» es, por lo tanto, recomendar un ideal, modificando el significado descriptivo de una palabra sin cambiar su significado emotivo. Otras veces lo que se procura es destacar la importancia de ciertos aspectos o circunstancias que se consideran injustamente desatendidos. Tal es el papel de las llamadas definiciones «Re enfáticas» [...] Estos juicios de valor encubiertos no solo se ocultan tras la apariencia de definiciones. También suelen cubrirse con el ropaje de descripciones, en cuyo caso generan disputas que parecen disputas sobre hechos. (Haba, 2012: 146-147).

Un ejemplo de esta argucia verbal se puede ubicar en la argumentación que hizo el promovente de la acción de inconstitucionalidad de la fertilización *in vitro* en Costa Rica durante el año 2000⁶³, pues, en su alegato en

63 Mediante la sentencia n.º 2000-02306 de 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional tanto el reglamento como la técnica, proceso que promovió un abogado de nombre Hermes Navarro, quien se presentó luego como asesor de la Conferencia Episcopal de Costa Rica.

la vista pública celebrada ante la Sala Constitucional, indicó **“La fertilización in vitro es una técnica que echa al basurero niños concebidos”**.

Claramente esa estipulación no corresponde a la definición de dicha técnica médica. No obstante, resulta potente y persuasiva, pues utiliza elementos emotivos que tocan las fibras morales de una sociedad, al tiempo que bloquea la discusión racional sobre un tema como el de la fertilización *in vitro*.

Tema 3.6. Magia verbal –verbalismo

Esta idea es recopilada por Pedro Haba, a partir de una rica tradición realista del derecho y alude a la presencia de ciertas cláusulas, generalmente vacías, que tienen la pretensión de dar apariencia de solidez, precisión y contundencia. Es usual que se utilicen en la fundamentación defectuosa como recurso para encubrir la falta de profundidad analítica de un asunto jurídico:

Magia verbal (verbalismo)

La influencia que ciertas palabras ejercen sobre nosotros mediante su contenido emotivo hace, muchas veces, que puedan ser manejadas como si les correspondieran unos poderes mágicos, o poco menos. Con usos lingüísticos de tal naturaleza nos encontramos por todas partes, también en discursos de la filosofía y hasta en el de las ciencias, y desde luego en el de la política y en el del derecho. Así, los esfuerzos por aprehender la supuesta «esencia» o «naturaleza» de lo designado por una palabra especialmente importante (Democracia, Derecho, Libertad, el Ser, etc.). Tales empleos reposan, como señalan OGDEN/RICHARDS (1954), sobre:

«[...] la idea primitiva de que las Palabras y las Cosas están relacionadas por un vínculo mágico» (64). «La concepción primitiva consiste, indudablemente, en que el nombre indica, o describe, la cosa. De donde se seguiría de inmediato que por la presencia del nombre, uno podría demostrar la existencia de la cosa. Es esta la concepción simplista del salvaje» (21). «Esta tendencia se mantiene ampliamente en la mentalidad del hombre civilizado», de manera tal que también este maneja las palabras como «si estuvieran dotadas de una exactitud irreprochable. Nadie piensa en revisarlas. Son aceptadas por un consentimiento tácito, del cual ni siquiera somos conscientes» (22).

En eso, junto con lo del valor emotivo, se asienta lo que dichos autores llaman «El poder de las palabras» (cap. II), uno de cuyos aspectos es justamente lo de la magia verbal. En efecto, semejante

«[...] persistencia de la perspectiva lingüística primitiva, no solo a través de todo el mundo religioso, sino también en la obra de los más profundos pensadores, constituye en verdad uno de los aspectos más curiosos del pensamiento moderno» (o.c.: 48). «El lenguaje mismo es un duplicado [se cree eso], un alma reflejada, de la estructura toda de la realidad» (50). «Clasificar las cosas equivale a nombrarlas, y para la magia, el nombre de una cosa o grupo de cosas es su alma; conocer sus nombres confiere poder sobre sus almas. Nada, sea humano o sobrehumano, puede sustraerse al poder de las palabras» (49 s.).

Siguiendo la misma línea de análisis, FRANK (1970) subraya que con la Palabra se efectúan «prestidigitaciones», mediante las cuales unos valores se presentan como si fueran, de por sí, simplemente realidad. De tal manera se logra que los sueños parezcan hacerse verdad y olvidar lo desagradable. La fealdad, los dolores, el mal y toda clase de obstáculos a la felicidad pueden así ser destrozados, borrados, apartados de la vista, mediante discursos. Con tales tendencias se halla íntimamente vinculada otra: el carácter verbalista del niño, pues este

«[...] confunde persistentemente los nombres con las cosas. Cada objeto le parece que posee un nombre absoluto y necesario, el cual [para ese niño] forma parte de la naturaleza misma

del objeto. El nombre del objeto es visto como una propiedad inherente a su esencia, como una parte de esta, no menos real que sus características visuales. [...] Así el niño tiene la convicción de que la realidad puede ser modificada mediante nombres y que, a través de palabras, el pensamiento puede insertarse a sí mismo en el mundo real y, por tanto, controlar directamente los acontecimientos» (o.c.: 79 y 81 —curs. y negr., E.P.H.-).

Todo eso sigue vivo, en gran medida, en el pensamiento del adulto. En efecto: «Los hablantes no solo están, en los casos extremos, dispuestos a rechazar el carácter convencional de toda denominación, sino que están prestos a dar existencia a todo lo que puede ser denominado. Así recaemos a diario en lo que RUSSELL denominó falacia del verbalismo. O sea, utilizando sus propias palabras:

[...] tomar las propiedades de las PALABRAS por las propiedades de las COSAS».

En síntesis: se juega con las palabras, imaginando que con ello, por efecto (mágico) de estas, en la realidad tiene que darse su correlativo, lo que ellas mientan, simplemente por haber sido dicho algo en que uno cree. [Tampoco es extraño que formando parte de ciertos ejercicios de magia verbal se eche recurso inclusive a unas formulaciones en «música-de-palabras»]. (Haba, 2012: 147-149).

A modo de ejemplo, ante la falta de contundencia de las razones esgrimidas en la motivación de una sentencia judicial, puede pensarse en quien usa y abusa de terminología que goza de prestigio en la comunidad jurídica: “*debido proceso*”, “*reglas de la sana crítica*”, “*inferencia lógica*”, entre otras. El error consiste en recurrir a dicha terminología sin que realmente tenga cabida; es decir, aplicable al caso, se “*acumulan palabras prestigiosas*” con la falsa ilusión de que la falta de motivación quedará solventada con el uso de dichas “*palabras mágicas*”.

Tema 3.7. *Wishful Thinking* – pensamiento por deseos

136

En este punto, el profesor Haba hace referencia a cierta actitud mental con relación a las palabras, la cual suele constituir un autoengaño (en la Unidad V, se desarrollará esta temática desde la perspectiva de las falacias no formales, una falacia homónima al título de este tema que se relaciona con falacias sobre la causalidad. También se retomará desde la perspectiva de los sesgos cognitivos y su relación con la disonancia cognitiva) donde los deseos tienden a ocupar el lugar de la realidad y sus relaciones causales:

La creencia en esos efectos mágicos obra también como base, según hemos ido viendo, del característico fenómeno conocido como wishful thinking. [Traducción literal: pensamiento-lleno-de-deseos; más breve, pensamiento-por-deseos.] Es pensar que la realidad misma se acomoda a nuestras esperanzas, imaginarse que las cosas son tal y como uno quiere que sean. Significa confundir los propios deseos, mediante las palabras que los expresan, con la realidad misma. Corresponde a lo que RIGNANO (1923) llamó «razonamiento intencional». En efecto:

«El razonador «intencional» establece su razonamiento para tratar de demostrar la exactitud de determinadas aserciones en las cuales él tiene un particular interés (209). Tiende a presentar la realidad en conformidad con ciertas aspiraciones íntimas y profundas (258); las cuales están conectadas con todos los más profundos sentimientos del hombre, tales como la necesidad de protección, y luego la de justicia que es un derivado de y un sustituto para aquella, la aspiración de felicidad, el amor por la vida, y demás (230). Lo que le importa más que todo no es la verdad, sino antes bien el objeto de su fe (229). Semejante razonamiento constituye, por eso, una labor de defensa que la parte afectiva del hombre lleva a cabo contra las conclusiones a que la parte intelectual arribaría espontáneamente [si no interfiriese la «intencionalidad» que domina en dicha clase de razonamientos] en sus relaciones con el mundo exterior (251). Su intelecto capitula ante el sentimiento. Es la rebelión de la parte afectiva contra la intelectual (260).

Ello se asienta en una visión «a-dualista» hacia nuestro entorno, falta de conciencia acerca de la disparidad yo/mundo, lo cual hace que seamos víctima de ilusiones infantilistas: Es:

«[...] personalización de la realidad; absolutizar unos puntos de vista [propios]; impenetrabilidad a la experiencia; creencia en la magia verbal; confusión entre el yo y el mundo, entre lo interior y lo de afuera, entre el pensamiento y las cosas» (FRANK 1970: 85).

Tal actitud mental se viene a conjugar, haciéndose wishful thinking, con otro rasgo general básico de la mente humana, nuestra fuerte tendencia a esquivar la angustia que produce el mirar de frente las realidades lo bastante desagradables como para ponernos en jaque. A menudo preferimos más bien engañarnos a nosotros mismos, tendencia hondamente arraigada en lo espontáneo de la naturaleza humana: Credo qua consolans [...] Tal como lo subrayó FREUD:

«Las ilusiones nos son gratas porque nos ahorran sentimientos displacientes y nos dejan, en cambio, gozar de satisfacciones» [aunque sea imaginariamente] (1970: 102). Así resulta que «los juicios estimativos de los hombres son infaliblemente orientados por sus deseos de alcanzar la felicidad, constituyendo, pues, tentativas destinadas a fundamentar sus ilusiones con argumentos» (o.c.: 87, curs. E.P.H.).

De ahí nace el fenómeno, tan general, que dicho autor denominó «omnipotencia de las ideas» (1967: cap. 3). En efecto, el wishful thinking es manifestación de una tendencia muy generalizada del pensamiento humano, eso que FREUD supo percibir con toda agudeza (sin utilizar tal denominación):

«En general, el intelecto humano no ha demostrado tener una intuición muy fina para la verdad, ni la mente humana ha mostrado una particular tendencia a aceptarla. Más bien, por el contrario, hemos comprobado siempre que nuestro intelecto yerra muy fácilmente, sin que lo sospechemos siquiera, y que nada es creído con tal facilidad como lo que, sin consideración alguna por la verdad, viene al encuentro de nuestras ilusiones y de nuestros deseos» (1973: 3319, curs. E.P.H.).

Ya PLATÓN había dado con el punto:

«Esta clase de personas descuida averiguar por qué medios lograría su deseo, para ahorrarse el esfuerzo de pensar en si será posible o no; lo dan por obtenido y a continuación disponen lo demás a su agrado [...]».

* * *

Si bien es cierto que «todos estos adualismos, ilusiones y errores disminuyen en proporción con el desarrollo de la conciencia del niño sobre sí mismo, de la ruptura con su egocentrismo» (FRANK(1970: 85), empero la gente no consigue nunca liberarse mucho de este molde anclado en ellos desde la infancia. Lo conservan (implícito) en múltiples concepciones cotidianas, en las formas como su mente opera «la construcción social de la realidad», mediante «universos simbólicos» del imaginario colectivo.

En aras del wishful thinking, muy a menudo asistido por la magia verbal, nuestras mentes están repletas de autoengaños. Ejercen una amplia impronta en las religiones, la filosofía, el discurso político y el jurídico. Cuando el wishful thinking recurre a la magia verbal, ambos extremos se funden entre sí, se apoyan mutuamente para constituir un síndrome unitario del pensamiento, que tapa la realidad mediante unas palabras-llenas-de-deseos. Las ciencias de la naturaleza y las lógico-formales han conseguido librarse, en general, de tal impronta; en cambio, ella sigue muy viva en las ciencias de lo humano.

El mundo del derecho está conformado, en buena medida, por juicios de tal índole. Solo que, entonces aparecen envueltos en un edificio teórico el cual brinda a sus argumentaciones una cierta

presencia «técnica», esto es, las somete a determinadas exigencias discursivas que lo «elevan» un tanto por encima del discurso cotidiano. Así, de múltiples maneras, la magia verbal logra invadir la argumentación jurídica. Se invocan entes como el contenido «esencial» de un derecho o su «núcleo sólido», unas «naturalezas jurídicas», «derechos naturales» o «derechos humanos»... Buena parte, aunque no todas ni en todos los casos, de las conceptualizaciones en que se enreda la dogmática jurídica funcionan de semejante manera. (Haba, 2012: 149-152).

Una vez que se ha recorrido el tema lingüístico y su pertinencia en la argumentación jurídica, en la Unidad V, se retomarán muchas fuentes de confusión aquí desarrolladas, pero desde otras perspectivas, como las falacias no formales, los sesgos cognitivos, así como los paralogismos denunciados por Carlos Vaz Ferreira, pues convergen en situaciones de error que deben ser evitadas en el buen ejercicio argumentativo de la actividad judicial.

Ejemplo: *Enrique, una persona víctima de violencia patrimonial, presenta una gestión de desistimiento dentro de un proceso activo de violencia doméstica. Su justificación se basa en las palabras de Eugenia, su esposa y acusada en el proceso, de prometer dejar de apostar en los casinos y no usar las tarjetas de crédito o débito de Enrique para ello, pese a que está diagnosticada de ludopatía y ha rechazado deliberadamente varios tratamientos para abandonar esa condición.*

La persona juzgadora que resuelve la gestión de Enrique, la aprueba pensando en que el desistimiento contribuiría a la reconciliación del matrimonio y su afianzamiento, ignorando la relación de poder desigual ya existente y sin valorar el establecimiento de medidas de protección atinentes a ayudar a Eugenia a dejar su vicio.

El tema está en la sensación ilusa e ingenua de Enrique en asumir como deseo “autocumplido” el cambio de Eugenia, pensando en que contribuiría a la supervivencia de su unión matrimonial, pero obviando que ella cuenta con un vicio que no ha reconocido realmente ni ha querido dejar.

También cae en la trampa la persona juzgadora, pues pensando que la decisión de Enrique y la promesa de Eugenia, son actos libres y consentidos (ambos están viciados), considera que lo mejor es salvaguardar un fin máximo como la permanencia del vínculo matrimonial, sin considerar la situación de víctima de Enrique y la enfermedad de Eugenia. (ejemplo brindado por el licenciado Bryan Arrieta Madriz. FIAJ 2024).

EJERCICIO	
✓ Ejemplifique cada uno de los “desacuerdos entre juristas” descritos por Genaro Carrió y Pedro Haba:	
1	Pseudo-disputas originadas en EQUÍVOCOS VERBALES
2	Pseudo-desacuerdos de hecho en torno a PROPOSICIONES ANALÍTICAS
3	Disputas sobre CLASIFICACIONES

4	Controversias sobre la NATURALEZA JURÍDICA DE UNA INSTITUCIÓN	
5	Controversias generadas por un DESACUERDO VALORATIVO ENCUBIERTO	
6	MAGIA VERBAL –verbalismo	
7	<i>Wishful Thinking</i> – pensamiento por deseos –	

BIBLIOGRAFÍA

- **Carrió, G.** (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4.^a edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot.
- **Corredor, Cristina.** (2017). Pragmática e Interacción: lenguaje y contexto social. En D. Pérez Chico (ed.). *Cuestiones en la filosofía del lenguaje*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza. (En trámite de publicación).
- <https://cristinacorredor.wordpress.com/publicaciones-research/pragmatica-e-interaccion-final/>
- **Escandell, M.^a Victoria.** (2013). *Introducción a la pragmática*. Barcelona: Editorial Ariel.
- **González Lagier, D.** (2012). *Apuntes sobre lógica y argumentación jurídica*. En: Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado.
- https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20530/1/apuntes_sobre_logica_y_argumentacion_juridica.pdf
- **Guibourg, R.; Ghigliani, A.; Guarinoni, R.** (1990). *Introducción al conocimiento científico*. 7.^a edición. Buenos Aires: Editorial EUDEBA.
- **Haba, E. P.** (2012). *Metodología (realista) de derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. Tomo I. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- **Moreso, J. J.** (2019). *Filosofía del lenguaje para juristas*.

- En:https://www.academia.edu/40929353/FILOSOFIA_DEL LENGUAJE_PARA JURISTAS
- **Vega, Luis y Olmos, Paula.** (2016). Compendio de lógica, argumentación y retórica. 3.a edición. Madrid: Editorial Trotta.

1	<p>ANTINOMIA</p> <p>Contradicción entre dos mandatos legales. Incompatibilidad entre dos principios racionales.</p> <p>https://diccionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/antinomia</p> <p>La antinomia jurídica o legal, se observa por la contradicción de dos leyes, y esto se da cuando dos normas jurídicas imputan un mismo supuesto jurídico, logrando un mismo ámbito de aplicabilidad, y representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de ese país.</p> <p>https://www.significados.com/antinomia/</p> <p>Ver Unidad VI: Tema 4.2 Argumentos interpretativos. (Argumentos lingüísticos, argumentos históricos, argumentos sistemáticos y argumentos retóricos)</p>
2	<p>APORÍA</p> <p>1. f. Fil. Enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional.</p> <p>https://dle.rae.es/apor%C3%ADa?m=form</p> <p>Significa literalmente «sin camino», o «camino sin salida»; de ahí, «dificultad». En sentido figurado, la aporía es entendida casi siempre como una proposición sin salida lógica, como una dificultad lógica insuperable. La aporía podría, pues, ser también llamada —y así efectivamente lo ha sido— antinomia o paradoja.</p> <p>https://www.diccionariodefilosofia.es/es/diccionario/l/235-apor.html</p>

3	<p>DIACRÓNICO</p> <p>1. adj. Dicho de un fenómeno: Que ocurre a lo largo del tiempo, por oposición a sincrónico. Ant.: sincrónico.</p> <p>2. adj. Ling. Dicho del estudio de la estructura o del funcionamiento de una lengua o un dialecto: Que atiende a las fases sucesivas de su evolución. Sin.: histórico.</p> <p>https://dle.rae.es/diacr%C3%B3nico?m=form</p>
4	<p>PROFERIR / PROFERENCIA</p> <p>tr. Pronunciar, decir, articular palabras o sonidos. Sin.: pronunciar, decir, articular, declarar.</p> <p>https://dle.rae.es/proferir?m=form</p>
5	<p>SINCRÓNICO</p> <p>1. adj. Fís. Dicho de un proceso o de su efecto: Que se desarrolla en perfecta correspondencia temporal con otro proceso o causa. Sin.: simultáneo, coincidente, contemporáneo, coordinado. Ant.: diacrónico / asincrónico.</p> <p>2. adj. Ling. Dicho de las leyes y relaciones internas de una lengua o un dialecto: Propias de un momento o período dados.</p> <p>3. adj. Ling. Dicho del estudio de la estructura o el funcionamiento de una lengua o dialecto: Que se centra en un momento dado, sin atender a su evolución. Ant.: diacrónico.</p> <p>https://dle.rae.es/sincr%C3%B3nico</p>

Unidad IV

Argumentación y esquemas de razonamiento

Mostrar que la consistencia de un sistema requiere un particular resultado es algo; pero no lo es todo. La vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia. En la determinación de las reglas mediante las cuales los hombres deben ser gobernados, las que se advierten como necesidades en cierta época, las teorías morales y políticas prevalecientes, hasta los prejuicios que los jueces comparten con los coasociados cuentan mucho más que el silogismo. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede ser considerado como si contuviera solo los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas.

Oliver Wendell Holmes⁶⁴

[...] puede decirse que la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica, pues como se ha visto con anterioridad, los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras tópica, retórica, dialéctica, etcétera.

M. Atienza⁶⁵

64 Holmes. (1881). *The common law*. Citado por Susan Haack. (2020). Lo subrayado no es del original.

65 Atienza, 2004: 61.

Introducción

Como se ha indicado en las unidades precedentes, en las decisiones jurisdiccionales que se expresan en las sentencias, la persona juzgadora requiere desarrollar un nivel crítico que le permita asumir de la mejor forma su función de administrar justicia. Para ello también requiere desarrollar destrezas y adquirir conocimientos que le permitan desempeñarse en términos de “[...] *justicia pronta, cumplida y sin denegación* [...]” como lo dispone el artículo 41 de la Constitución Política. Por lo anterior, el conocimiento de los diferentes esquemas de razonamiento que se utilizan en el derecho, así como su manejo práctico serán el cometido de esta unidad.

Objetivos específicos

- ✓ Diferenciar los conceptos de argumentación jurídica, lógica jurídica, lógica formal e informal para el abordaje de la estructura de la sentencia judicial y su justificación interna y externa.
- ✓ Aplicar los esquemas de razonamiento deductivos e inductivos y su relación con la determinación de los hechos del caso (*quaestio facti*) y la aplicación del derecho al caso concreto (*quaestio iuris*).
- ✓ Identificar las reglas de inferencia lógicas, los esquemas de razonamiento deductivos y sus propiedades para la resolución de casos judiciales.
- ✓ Identificar los esquemas de razonamiento inductivos y sus propiedades en la resolución de casos judiciales para su análisis.
- ✓ Analizar la metodología de razonamiento abductivo en la construcción de conocimiento en los procesos judiciales para la toma de decisiones.

Tema 1. Argumentación jurídica, lógicas y justificación de la sentencia

Tema 1.1. Argumentación jurídica y lógica jurídica

Como punto de partida, resulta importante exponer la relación existente entre la argumentación jurídica y la lógica jurídica. Por otro lado, también resulta oportuno conceptualizar lo que significa la lógica formal y lo que se denomina lógica informal.

En cuanto a la relación entre la argumentación jurídica y la lógica, en concreto, la lógica jurídica, esta puede ser entendida en palabras de Manuel Atienza de la siguiente forma:

[...] conviene aclarar un último punto: cómo se relaciona la argumentación jurídica (o la teoría de la argumentación jurídica) con la lógica jurídica.

Por un lado, puede decirse que la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica, pues como se ha visto con anterioridad, los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras veces tópica, retórica, dialéctica, etcétera.

*Por otro lado, la lógica jurídica va más allá de la argumentación jurídica, en el sentido de que tiene un objeto de estudio más amplio. Para aclarar esto se puede seguir utilizando una conocida distinción efectuada por Bobbio (1965) dentro de la lógica jurídica. En su opinión, la **lógica jurídica** estaría constituida por **la lógica del derecho**, que se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico, y por **la lógica de los juristas**, que se ocupa del estudio de los diversos razonamientos o argumentaciones de los juristas teóricos o prácticos. Naturalmente, estos dos campos de estudio no pueden separarse de manera tajante: por ejemplo, la construcción del silogismo jurídico no puede hacerse de espaldas al análisis lógico de las normas jurídicas, puesto que —como hemos visto— una de las premisas y la conclusión del mismo son normas; y cuando discutimos la cuestión de si la lógica se aplica o no a las normas, surgió el problema de las contradicciones entre normas, lo que es un problema típico de la lógica del derecho o —como hoy se suele ser más bien denominar— de la lógica deóntica o de las normas. (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2004: 61-63).*

La perspectiva que interesa en esta unidad es denominada por Norberto Bobbio la **lógica de los juristas**, no solo desde la óptica del llamado silogismo judicial, sino también de la aplicación de criterios lógicos tanto a las premisas normativas (sintaxis y semántica de las normas), como a la valoración de las premisas de orden fáctico (acreditación de verdad o falsedad de los hechos del caso).

Tema 1.2. Lógica formal y lógica informal

Por otra parte, las limitaciones al uso de la lógica formal en el derecho, así como en la argumentación en general han surgido desde hace varias décadas, lo que se ha denominado *lógica material* o *lógica informal* (por oposición a la tradicional lógica formal). Las diferencias entre ambas lógicas pueden captarse a partir de las palabras del autor argentino Juan Manuel Comesaña:

*Hay dos posiciones extremas con respecto a la lógica informal. **Para algunos, la expresión ‘lógica informal’ es del mismo tipo que ‘cuadrado redondo’: no puede existir una cosa que responda a ese nombre.** La lógica, se dirá, es una ciencia que estudia las propiedades de lenguajes formalizados, es decir, de lenguajes que difieren de los lenguajes naturales en ciertos aspectos críticos tales como la significatividad de sus expresiones. En los manuales sobre el tema se suele decir que la lógica formal estudia los razonamientos desde el punto de vista de su validez (noción que aclararemos más adelante) y que ésta depende de la forma de los razonamientos, forma que está dada sólo por los significados de los “términos lógicos” (como ‘o’ y ‘no’) y no por el de los “términos descriptivos” (como ‘blanco’ y ‘hombre’). De manera que hablar de lógica informal es una contradictio in adjecto. Es importante notar que para sostener esta postura no hace falta creer que la lógica no es aplicable. Alguien*

puede creer que los lenguajes formalizados son idealizaciones de los lenguajes naturales y que, por lo tanto, al menos algunas de las características de los primeros son aplicables a los últimos. Lo que sí se sostiene es que hablar de lógica informal es un error categorial análogo al de hablar de la altura del número diecisiete.

Por otro lado, también existen autores para los cuales la lógica formal no tiene pertinencia alguna en lo que respecta al análisis de argumentaciones que, en un contexto determinado, se formulan en un lenguaje natural. Para ellos, la formalidad misma es un síntoma de no pertinencia. La lógica informal, desde este punto de vista, no sólo es una disciplina autónoma, sino que no tiene que pedir prestada ninguna herramienta de análisis ni ningún conocimiento a la lógica formal.

Como muchas veces, la verdad parece estar cerca de un punto medio entre estas posiciones. En favor de la primera posición mencionada, parece indudable que un conocimiento mínimo de la lógica formal es una herramienta muy valiosa (quizás indispensable) en el análisis de razonamientos en contextos no formales. Saber qué quiere decir que un razonamiento es válido, o que una oración es una verdad lógica, o que un conjunto de oraciones es satisficible, por ejemplo, es de gran ayuda a la hora de evaluar razonamientos ofrecidos en distintos contextos (filosóficos, políticos, legales, matrimoniales, etc.). Esto no significa que esas nociones tengan una aplicación directa en esos contextos, pero sí significa que la familiaridad con algún tipo de sistema de lógica formal “aceita” las intuiciones de corrección de razonamientos incluso fuera de contextos estrictamente formales. Esto implica, entonces, que un buen consejo para alguien que esté interesado en temas que comúnmente se engloban bajo el nombre de “lógica informal” (temas tales como falacias no formales, la noción intuitiva de validez, los aspectos pragmáticos de la argumentación, etc.) es el de dedicar algo de tiempo al estudio de la lógica formal.

En favor de la segunda posición, creemos que hay cosas interesantes que decir acerca de la argumentación “real” que no son -no pueden ser- tratadas por la lógica formal. Es cierto que la lógica informal (o la discusión acerca de ciertos tipos de razonamientos que surgen comúnmente en contextos reales de argumentación) no puede ir más allá, en última instancia y en el mejor de los casos, de la explicitación y el análisis detallado de ciertos criterios que implícitamente adoptamos (antes de saber nada acerca de la lógica informal) en nuestro trato cotidiano con esos razonamientos. Pero puede sostenerse que la descripción de este tipo de actividad (la explicitación de criterios implícitos) es una descripción adecuada de muchas actividades filosóficas, de manera que ello no convertiría a la lógica informal en un tema de estudio sin interés (salvo que estemos dispuestos a convertir a toda la filosofía en un tema de estudio sin interés, cosa que muchos, incluyendo muchos filósofos, están dispuestos a hacer).

Más aun, no es la lógica formal (o lo que usualmente se entiende por ‘lógica formal’) la disciplina que está en condiciones de llevar a cabo este estudio. Dado que la corrección de un razonamiento a menudo depende del contenido de las afirmaciones que lo componen en relación con el contexto en el cual se emite, una disciplina cuyo objetivo explícito es el de estudiar los razonamientos tomando en cuenta sólo su forma excluye

de su campo de estudio temas como los mencionados. En otras palabras, creemos que la lógica informal tiene derecho a existir. Pero, como se desprende de lo que dijimos antes, no creemos que un curso de lógica informal, o de “pensamiento crítico”, como se lo comienza a llamar en nuestro medio siguiendo una moda estadounidense, deba reemplazar el estudio de sistemas formales de lógica. (Lo resaltado no es del original). (Comesaña, 2001: 20-22).

Tema 1.3. Justificación interna y externa de las sentencias

Las anteriores precisiones conceptuales permiten el análisis de una relevante categoría que se relaciona con la justificación de las decisiones judiciales. Cuando se hizo un esbozo de las concepciones de la argumentación jurídica propuestas por el profesor Manuel Atienza, se indicó que esto se relacionaba con la temática de la justificación interna y externa de la sentencia judicial.

En ese sentido, conviene recordar que la concepción formal se relaciona con la justificación interna de la decisión judicial; la concepción material y pragmática con la justificación externa de lo resuelto.

En el siguiente texto, Atienza cita textualmente al autor Jerzy Wróblewski⁶⁶, quien originó esta interesante idea:

La terminología «justificación interna» y «justificación externa» proviene de un trabajo de Jerzy Wróblewski, de 1971 (Wróblewski 1971). Como se ha indicado, con esas dos expresiones se trata de distinguir, en una argumentación, entre el paso de las premisas a la conclusión, por un lado, y el establecimiento de las premisas, por el otro.

La justificación interna [...] está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está justificada internamente si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia apropiadas. La condición de justificación interna es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta.

La justificación externa [...] se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar justificada internamente, pero no tener la justificación externa, si, por ejemplo, los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión. (Atienza, 2013: 103-104).

De momento, interesa desarrollar la justificación interna. Más adelante, se hará referencia a la justificación externa de la sentencia judicial.

66 En sucesivos trabajos, Jerzy Wróblewski agregó a la dicotomía *justificación interna/externa* otra complementaria *justificación formal/no formal*, para incluir otras áreas de la argumentación jurídica como la legislativa.

La justificación interna de una decisión jurisdiccional implica que **la forma** de la sentencia judicial se ajuste a criterios lógico-formales, entendiendo esta necesidad como la consistencia lógica entre las premisas y la conclusión.

Recapitulando lo dicho en la primera unidad, una vez que se ha establecido la **premisa fáctica** que se refiere a los hechos del caso, así como la **premisa normativa** que se refiere a el marco jurídico aplicable, corresponde inferir la **conclusión** o decisión judicial. A este proceso se le da forma de **silogismo judicial**, como se aprecia en el siguiente ejemplo:

Silogismo judicial	
Premisa normativa (También, <i>premisa mayor</i> que es de una norma de alcance general y abstracto sobre un supuesto de hecho).	Artículo 111 del Código Penal: <i>Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años.</i>
Premisa fáctica (También premisa menor que describe la comprobación de hechos o conducta atribuida a una persona).	<i>Fulano le dio muerte a Mengano.</i>
Conclusión (decisión)	<i>Fulano debe ser sancionado con pena de prisión de 12 a 18 años.</i>
Nota: En este caso, la regla inferencial que relaciona a las premisas con la conclusión es deductiva y se denomina <i>modus ponens</i> . Se hablará de ella con detalle más adelante.	

Sobre este ejemplo, hay que hacer dos consideraciones que serán clave para entender el alcance de la lógica formal en la actividad jurisdiccional. La primera se refiere a que, si se parte de las premisas enunciadas, es decir, si se asume su contenido como verdadero, la única conclusión posible a la que se puede arribar sería la que establece la condena de Fulano.

No es posible sostener que, dadas esas premisas, la decisión deba ser absolutoria, por cuanto se incurriría en una inconsistencia de orden lógico. La segunda consideración tiene que ver con la calidad epistémica del silogismo ¿de ese razonamiento deductivo (*modus ponens*) se puede tener garantía de que, en efecto, Fulano dio muerte a mengano? La respuesta es negativa, ello no se puede establecer. Pero, entonces, ¿qué función tiene el silogismo judicial en la labor de las personas juzgadoras? La respuesta a esta interrogante puede avizorarse en el siguiente texto:

[...] la lógica es el estudio de los métodos y los principios usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto [...] [al lógico] Solo le interesa la corrección del proceso, una vez terminado. Su problema es siempre el siguiente: ¿la conclusión a que se ha llegado deriva de las premisas usadas o afirmadas? Si la conclusión se desprende de las premisas, esto es, si las premisas constituyen un fundamento o una buena evidencia de la conclusión,

de manera que afirmar la verdad de las premisas garantiza la afirmación de que también la conclusión es verdadera, entonces el razonamiento es correcto. En caso contrario, es incorrecto [...]. (Copi, 1999: 3-25).

A la lógica solo le interesa **la forma en que se relacionan las premisas**; es decir, prescinde de su contenido. El silogismo judicial simplemente es la forma o estructura en la cual se expresa la conclusión (decisión) a la que se arribó por parte del juez o de la jueza.

El contenido de verdad de las premisas no es un tema que interese a la lógica, a esta solo le interesa que el proceso inferencial sea correcto. No es por medio de procesos lógico-deductivos como se logran establecer las premisas de un caso judicial.

- La **premisa normativa** ya está dada por el ordenamiento jurídico y establece la obligación de asignar las consecuencias jurídicas que prescribe si la premisa fáctica que se logra acreditar coincide con el supuesto de hecho, a esto se le denomina subsunción⁶⁷. Las normas jurídicas no son verdaderas ni falsas, como se verá en la siguiente unidad.
- La **premisa fáctica** depende de que los hechos se demuestren a través de los medios de prueba, y esta demostración se realiza, generalmente, a través de razonamientos inductivos no por medio de deducciones. Los hechos sometidos a discusión en un caso son susceptibles a ser calificados como verdaderos o falsos.

Aquí lo importante es saber que el silogismo judicial, mediante el cual se le da forma a la decisión judicial, expresa un razonamiento deductivo que garantiza la conclusión en el caso de que las premisas sean verdaderas: “***si las premisas del argumento son verdaderas, la conclusión es necesariamente verdadera***” (González Lagier, 2012:8); *a contrario sensu*, ***si las premisas son verdaderas, es imposible que su conclusión no lo sea.***

Por lo anterior, es claro que la afirmación de Manuel Atienza acerca de que la lógica formal es *condición necesaria*, pero no *condición suficiente* para la argumentación jurídica, es acertada.

67 Las normas jurídicas no son verdaderas ni falsas, pueden calificarse como convenientes o inconvenientes, útiles o inútiles, etc. Pertenecen al plano de la normatividad (deber ser), y este utiliza una dirección de ajuste de las palabras inversa a la facticidad o plano del ser, donde sí tiene sentido hablar de criterios de verdad o falsedad. Más adelante, se aclararán estas diferencias.

Tema 2. Argumentación jurídica y razonamientos deductivo e inductivo

Tema 2.1. Conceptos necesarios para el análisis de argumentos

Para poder comprender los esquemas de razonamiento que se desarrollarán en esta unidad, resulta necesaria una aproximación conceptual que permita conocer los elementos que integran los diferentes razonamientos.

En el siguiente texto, se definirá y contextualizará una terminología de interés, por ejemplo: *inferir*, *premisa*, *conclusión*, *marcador del discurso*, *oración*, *proposición* y *enunciado*⁶⁸, etc.:

*El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define “inferir” en su primera acepción como «Sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa». Así, inferimos cuando extraemos alguna consecuencia o consecuencias a partir de una cierta información previa. Por tanto, **inferir es una operación del intelecto humano mediante la cual razona a partir de la información disponible para extraer una consecuencia de dicha información. Pero conviene destacar que dicha información, además de ser previa, está disponible de modo explícito para quien infiere; en cambio, la consecuencia subyace de modo implícito en la información previa y sólo se hace explícita tras el acto intelectual de inferir. En Teoría de la Argumentación llamamos **premisas** a la aludida información previa explícita, y **conclusión** a la consecuencia extraída de la información previa y explicitada mediante una inferencia, la acción y el efecto de inferir; y llamamos **razonamiento** al conjunto de enunciados constituido por las premisas y su conclusión [...] **Relación entre premisas y conclusión**. Como se dijo, inferir es una operación intelectual consistente en extraer una afirmación, llamada conclusión, a partir de otra u otras afirmaciones llamadas premisas. Por ello, **la premisa y la conclusión son correlativas**. No obstante, debe tenerse en cuenta, en el contexto de una argumentación, no toda afirmación es propuesta como premisa [...] Ahora bien, la relación entre premisa y conclusión no siempre es unívoca ni biunívoca, sino que habitualmente se requiere más de una premisa para establecer una sola conclusión, del mismo modo que, a partir de una misma premisa o conjunto de premisas, puede extraerse más de una conclusión.***

Marcadores del discurso de tipo “en consecuencia”, “por tanto”, etc., indican a haber ofrecido antes premisas a partir de las cuales se extrae la conclusión; y los del tipo “porque”, “dado que”, etc., anticipan el ofrecimiento de premisas para apoyar una conclusión ya enunciada, proporcionar evidencia en favor de una conclusión. Ahora bien, las premisas son evidencia para la conclusión sólo si guardan con esta cierta relación. La relación premisa-conclusión que justifica, aseverar que la conclusión se desprende de la premisa en una relación de implicación. (lo resaltado no es del original). (Claramonte, 2017: 24-25).

68 *La diferencia entre oraciones y proposiciones se pone de manifiesto al observar que una oración declarativa forma siempre parte de un lenguaje determinado, el lenguaje en el cual es enunciada, mientras que las proposiciones no son propias de ninguno de los lenguajes en los cuales pueden ser formuladas. Las tres oraciones: Lluve / Il pleut / Es regnet; son diferentes, por cierto, pues la primera está en castellano, la segunda en francés y la tercera en alemán. Sin embargo, tienen todas un mismo significado. Este significado común es la proposición de la cual cada una de ellas es una formulación diferente. Al lógico le interesan las proposiciones, más que las oraciones que las formulan [...]. Los términos “proposición” y “enunciado” no son sinónimos exactos, pero en el contexto de la investigación lógica se usan aproximadamente con el mismo sentido”. (Copi, 1999: 7-8).*

En el texto anterior, de manera muy sintética, se presenta una noción práctica de los conceptos necesarios para el estudio de los diversos esquemas de razonamiento, así como su aplicación y evaluación desde la perspectiva jurídica.

Tema 2.2. Deducción e inducción. Características y utilidad práctica

Los razonamientos deductivos, columna vertebral de la lógica formal, difieren sustancialmente de los razonamientos inductivos que constituyen gran parte de la actividad inferencial en la vida cotidiana y del ámbito jurídico.

Siguiendo la obra clásica de Irving Copi, conviene conceptualizar y analizar conjuntamente los razonamientos deductivos y los inductivos, para poder captar mejor su lugar en la actividad jurisdiccional:

*Los razonamientos se dividen tradicionalmente en dos tipos diferentes: deductivos e inductivos. Aunque todo razonamiento lleva implícita la afirmación de que sus premisas ofrecen una evidencia de la verdad de su conclusión, solamente los razonamientos deductivos pretenden de sus premisas que ofrezcan evidencias concluyentes. En el caso de los razonamientos deductivos, se usan los términos técnicos 'válido' e 'inválido' en lugar de 'correcto' e 'incorrecto'. Un **razonamiento deductivo** es válido cuando sus premisas ofrecen un fundamento seguro para la conclusión, esto es, cuando las premisas y la conclusión están relacionadas de tal manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea. Todo razonamiento deductivo es válido o inválido y es tarea de la lógica deductiva aclarar la naturaleza de la relación existente entre las premisas y la conclusión en un razonamiento válido, para permitirnos de este modo discriminar entre los razonamientos de uno u otro tipo [...] Un **razonamiento inductivo**, en cambio, no pretende que sus premisas ofrezcan una evidencia total de la verdad de su conclusión, sino solamente que ofrezcan cierta evidencia de ella. Los razonamientos inductivos no son válidos o inválidos en el sentido en que estos términos se aplican a los razonamientos deductivos. Claro está que pueden estimarse como mejores o peores los razonamientos inductivos, según el grado de verosimilitud o probabilidades que sus premisas confieran a sus conclusiones.” (Lo resaltado no es del original). (Copi, 1999: 25-26).*

En la lógica formal, la deducibilidad constituye una perspectiva de análisis de los razonamientos, ya que un razonamiento deductivo asegura que la conclusión es válida, mientras que un razonamiento inductivo tan solo hace probable la conclusión, lo cual no es óbice para su consideración en las diferentes áreas jurisdiccionales. De hecho, la mayoría de las inferencias que se realizan en la resolución de casos judiciales son de naturaleza inductiva (probable); aunque deductivamente inválidos. Debe insistirse en que, desde una perspectiva evaluativa, todos los razonamientos inductivos son deductivamente inválidos:

En resumen: a) los razonamientos inductivos, considerados desde un punto de vista deductivo, son inválidos; pero b) ello no implica que los mismos razonamientos, considerados desde un

punto de vista inductivo, no sean correctos. Por el contrario, muchos razonamientos, si se consideran desde un punto de vista inductivo y respetan ciertas restricciones [...] son correctos y hasta indispensables en nuestros intercambios lingüísticos habituales. (Comesaña, 2001: 38).

Los razonamientos inductivos pueden calificarse de correctos o incorrectos⁶⁹, pero ello depende del parámetro que se establezca como “aceptable”; es decir, qué probabilidad se considera razonable para estimar la corrección de un razonamiento inductivo, según el contexto en que se esté.

En materia de prueba existe, ya sea de forma expresa o bien de manera implícita, lo que se denomina *estándar de prueba*, el cual establece la aceptabilidad de los diversos niveles de probabilidad para cada jurisdicción. De esto se hablará más adelante. Por el momento, puede afirmarse que el estándar de prueba de la materia civil es distinto al de la materia penal, ya que la consideración sobre probabilidades es muy diferente.

A continuación, se exponen algunas de las características más relevantes a los efectos del presente trabajo, con relación a los razonamientos deductivos e inductivos:

RAZONAMIENTO DEDUCTIVO	RAZONAMIENTO INDUCTIVO
<p>Son categóricos</p> <p>Significa que la conclusión a la que arriban es de carácter absoluto, válido o inválido, no hay matiz o gradación.</p> <p>Haciendo una analogía con los colores, se dirá que su conclusión solo puede ser o blanco / o negro.</p>	<p>No son categóricos, solo probables</p> <p>Significa que la conclusión a la que arriban nunca es de carácter absoluto, las conclusiones son solo probables. La probabilidad en un concepto graduable.</p> <p>Haciendo una analogía con los colores, se dirá que su conclusión se mueve en la escala de tonos grises, nunca blanco o negro.</p>

⁶⁹ Más adelante, precisaremos esta primera noción, cuando se haga referencia a la *fuerza inductiva de los razonamientos*, interesará hablar de argumentos inductivamente fuertes o débiles.

Son monotónicos	No son monotónicos
<p>Esta propiedad implica que, si se tienen premisas de las cuales se arriba a una conclusión deductivamente válida, esta conclusión no va a cambiar, aunque se agreguen otras premisas.</p>	<p>Esta propiedad implica que, si se tienen premisas de las cuales se arriba a una conclusión inductiva, con cierto grado de probabilidad, si se agregan nuevas premisas, la probabilidad de la conclusión aumenta o disminuye.</p>
<p>Ejemplo:</p>	<p>Ejemplo:</p>
<p><i>Todos los seres humanos son mortales.</i></p>	<p><i>Las personas de ascendencia hispanoamericana generalmente hablan castellano.</i></p>
<p><i>Sócrates es un ser humano.</i></p>	<p><i>Miguel González es de ascendencia hispanoamericana.</i></p>
<hr/> <p><i>Por tanto, Sócrates es mortal.</i></p>	<hr/> <p><i>Por tanto, probablemente Miguel González habla castellano.</i></p>
<p><i>Aunque se agreguen nuevas premisas, la conclusión a la que se arribó no se modificará:</i></p>	<p>Ahora bien, si le agregamos la premisa:</p>
<p><i>Todos los seres humanos son mortales.</i></p>	<p><i>Miguel González nació y vive en Ciudad de México.</i></p>
<p><i>Sócrates es un ser humano.</i></p>	<p>La probabilidad de la conclusión aumenta.</p>
<p><i>Sócrates es feo.</i></p>	<p>Pero si en su lugar, agregamos otra premisa que dice:</p>
<p><i>Las vacas dan leche.</i></p>	<p><i>Miguel González nació y vive en Nueva York.</i></p>
<p><i>Los ángeles son inmortales.</i></p>	<p>Las probabilidades serán menores, habida cuenta de que, en los Estados Unidos de América, gran cantidad de personas de ascendencia hispana solo hablan inglés.</p>
<hr/> <p><i>Por tanto, Sócrates es mortal⁷⁰.</i></p>	

70 Ejemplo clásico, tomado de la obra de Irving Copi, p. 27.

<p>Posee reflexividad</p> <p>Esta propiedad quiere decir que la conclusión del razonamiento no va a contener información que no estuviera ya contenida en las premisas.</p>	<p>La reflexividad no es relevante</p> <p>En el caso de los razonamientos inductivos, si bien se puede sostener que la conclusión se apoya en el contenido de sus premisas, al ser esta tan solo probable, la propiedad de reflexividad no adquiere relevancia, pues es posible que la conclusión sea otra y no solo la que se reputa como probable.</p>
--	---

El siguiente cuadro, tomado de la obra de José Manuel Comesaña, sintetiza las características de los razonamientos deductivos e inductivos, según las conclusiones a las que se arriban (Comesaña, 2001: 30)71:



Es muy importante aclarar que, por mucho tiempo, se ha indicado otra de las diferencias entre los razonamientos deductivos e inductivos en términos de la generalidad de las premisas que contienen; es decir, que los razonamientos deductivos *van de lo general a lo particular* (de premisas generales a conclusiones particulares), mientras que los argumentos inductivos *van de lo particular a lo general* (de premisas particulares a conclusiones generales).

71 En la obra de Juan Manuel Comesaña, no se enuncia el **razonamiento abductivo** o la **abducción**, como una categoría autónoma de razonamiento (más allá de la deducción e inducción). No obstante, sí se contempla dentro de los razonamientos inductivos como “**Salto a la mejor explicación**” (p. 40). A los efectos de este trabajo, por razones didácticas, se considerará como un razonamiento específico, sin que sea relevante la discusión respecto a su autonomía o bien su adscripción a la clasificación de los razonamientos inductivos.

Si bien, en muchos casos, esas orientaciones están presentes en deducciones e inducciones, respectivamente, no es una regla absoluta. Esta idea es equivocada, Irvig Copi ofrece los siguientes ejemplos que desvirtúan esa presunta diferencia como una característica diferenciadora. (Copi, 1999: 26-27). Esto es importante porque, en ciertas perspectivas de análisis en la argumentación jurídica, esta noción es su punto de partida⁷²:

Razonamiento deductivo que contiene premisas generales y conclusión general	Razonamiento inductivo con premisas universales y conclusión universal
<i>Todos los animales son mortales. Todos los humanos son animales. Por tanto, todos los humanos son mortales.</i>	Todas las vacas son mamíferos y tienen pulmones. Todas las ballenas son mamíferos y tienen pulmones. Todos los humanos son mamíferos y tienen pulmones. Por tanto, probablemente todos los mamíferos tienen pulmones.
Razonamiento deductivo que contiene premisas particulares y conclusión particular	Razonamiento inductivo con premisas particulares y conclusión particular
<i>Si Andrés es humano, entonces Andrés es mortal. Andrés es humano. Por tanto, Andrés es mortal.</i>	Hitler fue un dictador y fue cruel. Stalin fue un dictador y fue cruel. Castro es un dictador. Por lo tanto, probablemente Castro sea cruel.

Tema 2.3. Reglas de inferencia de la lógica jurídica

Una vez caracterizadas las propiedades de los argumentos o razonamientos deductivos e inductivos, corresponde hacer un recorrido por los diferentes esquemas de razonamiento y analizar sus aplicaciones al derecho y, en particular, a la actividad jurisdiccional.

Es importante hacer mención que algunos de los razonamientos que se desarrollarán coinciden con la perspectiva de Gustavo González Solano, autor costarricense, cuya obra es altamente recomendable⁷³ para el estudio de esta temática, desde la óptica de la *lógica jurídica*, cercana a lo que Bobbio denomina la *lógica del derecho*, con una proyección al ámbito de las normas y su relación con el ordenamiento jurídico. El profesor González Solano desarrolla cinco reglas de inferencia (González Solano, 2003: 49-69):

⁷² Los planteamientos de *lógica jurídica* originados en las ideas de Ulrich Klug que en Costa Rica han tenido cierta presencia.

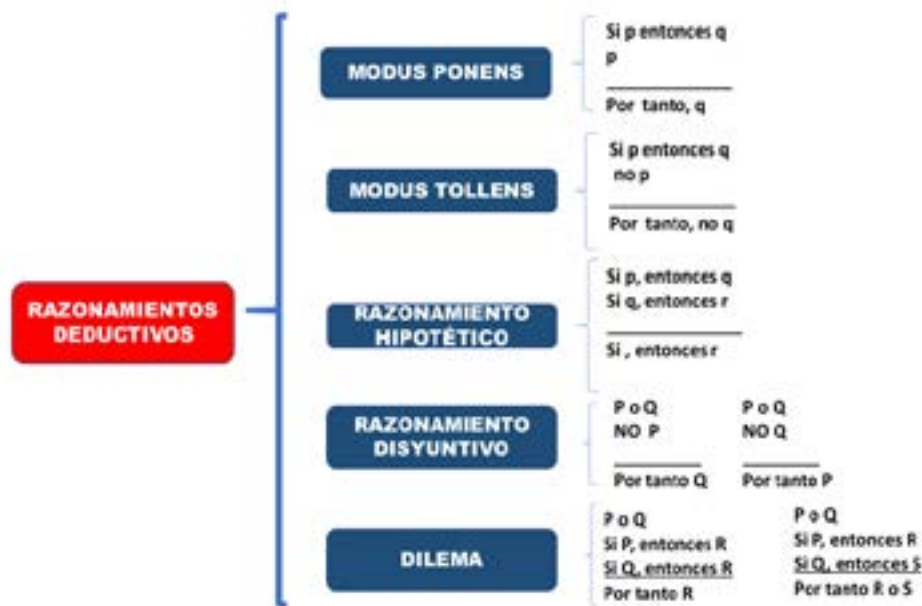
⁷³ "*Lógica jurídica*" de 2003 y "*Principios de metodología jurídica*" de 2007, ambos textos de la Editorial de la Universidad de Costa Rica.

1° Regla: modus ponens	Si se tiene un condicional, consiste en afirmar el antecedente para obtener su consecuente.
	Ejemplo: Todas las personas inculpadas de un delito deben ir a un proceso penal. Moisés fue inculpado de un delito. Por lo tanto, Moisés debe ir a un proceso penal
2° Regla: modus tollens	Si se tiene un condicional, consiste en negar su consecuente para obtener la negación de su antecedente.
	Ejemplo: Quien haya dado muerte a otra persona será penado con prisión de doce a dieciocho años. Gustavo no fue penado con prisión de doce a dieciocho años. Por lo tanto, Gustavo no ha dado muerte a otra persona.
3° Regla: doble negación	Es una regla de inferencia válida en la equivalencia, no así en los condicionales y es muy usual utilizarla bajo el nombre de “ <i>argumento en contrario sensu</i> ”.
	Ejemplo: El artículo 135 del Código de Trabajo establece. “ <i>Es trabajo diurno el comprendido entre las cinco y diecinueve horas [...]</i> ”. <i>En contrario sensu</i> o utilizando la regla de doble negación, significa que son válidas cualesquiera de las siguientes dos opciones. 5. Si no es trabajo diurno, no debe estar comprendido entre las cinco y las diecinueve horas. 6. Si no está comprendido entre las cinco y las diecinueve horas, no es trabajo diurno.
4° Regla: transposición	En un condicional [y también en una equivalencia] con la negación del consecuente y la negación del antecedente, se obtiene una oración lógicamente válida.
	Ejemplo: Todos los delincuentes deben ser castigados. Equivale a decir: toda persona que no sea castigada no debe ser considerada delincuente. (Fundamento del principio de inocencia).
5° Regla: transitividad del condicional	Existen dos posibles formas de efectuar la transitividad del condicional; la primera de ellas es la concatenación de consecuentes:
	Si por un condicional, una proposición se obtiene de otra proposición y, de esta segunda proposición, se obtiene una tercera, se puede deducir que de la primera se obtiene la tercera.
	La segunda forma es la concatenación de antecedentes.
	Ejemplo: Si toda compraventa es un contrato y todo contrato es rescindible; por lo tanto, toda compraventa es rescindible.

Como se indicó, algunas de las reglas de inferencia expuestas por Gustavo González coinciden con los razonamientos deductivos que de seguido se desarrollarán. Otras como el argumento a *contrario sensu* se analizarán en unidades posteriores.

Tema 3. Razonamientos deductivos

Desde las diferentes perspectivas, tanto en la argumentación en general como en la argumentación jurídica en particular, conviene conocer algunos de los esquemas de razonamiento deductivos (formalmente válidos) que son usuales en la actividad jurisdiccional, pues, aunque sobrevalorados en el pasado (según se indicó en las Unidades I y II), son necesarios⁷⁴:



Tema 3.1 Modus ponens

Como se adelantó, la importancia del razonamiento *modus ponens* para la actividad jurisdiccional es notoria, ya que el llamado silogismo judicial utiliza esta estructura (de igual forma ocurre con el razonamiento *modus tollens*) en las sentencias judiciales, como se puede apreciar en el siguiente texto:

74 “El estudio de la lógica es el estudio de los métodos y los principios usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto. Naturalmente, esta definición no pretende afirmar que solo es posible razonar correctamente si se ha estudiado lógica. Sostener esto sería tan erróneo como pretender que solo es posible correr bien si se ha estudiado la física y la fisiología, necesarias para la descripción de esta actividad. Algunos excelentes atletas ignoran completamente los complejos procesos que se operan dentro de ellos mismos cuando ejecutan sus habilidades y es innecesario decir que los profesores de edad algo madura que más saben acerca de tales cosas se desempeñarían muy pobremente, si arriesgaran su dignidad en el campo atlético. Aun con el mismo aparato nervioso y muscular básico, la persona que sabe puede no superar al “atleta natural”. Pero dada la misma agudeza intelectual innata, la persona que ha estudiado lógica tiene mayor posibilidad de razonar correctamente que aquella que nunca ha considerado los principios generales implicados en esa actividad”. (Copi, 1999: 3-4).

Muchos argumentos válidos deben su nombre a las fórmulas nemotécnicas empleadas en la Edad Media para referirse a ellos. En este caso, el nombre completo del argumento que analizaremos en esta sección es “**Modus Ponendo Ponens**”, que **significa “afirmando afirmo”**. Esta característica es la clave de la validez de este tipo de argumentos. Veamos, primero, un par de ejemplos.

(1)	Si el comprador ha pagado el precio acordado, entonces el comprador tiene derecho a recibir la cosa.	(1)	Si llueve y hace frío, el invierno ha llegado.
(2)	El comprador ha pagado el precio acordado.	(2)	Llueve y hace frío.
(C)	El comprador tiene derecho a recibir la cosa.	(C)	El invierno ha llegado.

Los dos argumentos presentados anteriormente son similares, desde el punto de vista lógico, a pesar de que sus premisas se refieran a cosas totalmente distintas. La similitud no viene dada por el contenido de sus premisas, sino por la forma como relacionan el conjunto de premisas con la conclusión, y por la estructura interna de los enunciados que lo componen. Si las premisas son verdaderas, la forma válida del modus ponens presente en ambos garantiza que la conclusión será también verdadera.

¿Cuál es esa estructura?

Empecemos por analizar la estructura de los enunciados que hacen las veces de premisas y conclusión. **La premisa (1) es un enunciado condicional. Un enunciado condicional tiene la siguiente estructura lógica: “SI ... ENTONCES [...]”, donde los puntos suspensivos pueden ser cubiertos por cualquier enunciado.** Para expresar la posición en la que se debe colocar un enunciado para rellenar la estructura lógica y construir un enunciado condicional con ella, utilizaremos letras mayúsculas, como P, Q, R, S, etc. En este caso, la estructura lógica de un enunciado condicional como “SI-ENTONCES” será: “SI P, ENTONCES Q”, donde “P” y “Q” están en lugar de cualquier enunciado. En nuestros dos ejemplos, la premisa (1) es un enunciado “SI ENTONCES”. La única diferencia es que los enunciados con los que se forman ambos ejemplos, y aquello que los hace ser argumentos diversos, son distintos. En un caso, “P” está reemplazado por el enunciado “el comprador ha pagado el precio acordado”; en el otro, con el enunciado “llueve y hace frío”. Por otra parte, el enunciado “Q” en un caso es “el comprador tiene derecho a recibir la cosa” y, en el otro, “el invierno ha llegado”.

La premisa (2) es una afirmación. Pero no cualquier enunciado puede ser afirmado como premisa, si queremos emplear la estructura del modus ponens. Si prestamos atención a los ejemplos veremos que, en ambos casos, el enunciado afirmado como premisa (2) es el enunciado que figuraba en la primera parte del enunciado “SI-ENTONCES” utilizado como premisa (1). En ambos casos, lo que se afirma como premisa (2) es el enunciado “P”, o antecedente del enunciado condicional. En el primer ejemplo, era “el comprador ha pagado el precio acordado” y, en el segundo, “llueve y hace frío”. **Esta característica nos permite vislumbrar el origen del nombre. Partiendo de un enunciado condicional, se afirma su antecedente como segunda premisa, para obtener otra afirmación como conclusión. ¿Cuál es esa afirmación?**

Nuevamente nos encontramos con una peculiaridad estructural del tipo de argumento que estamos analizando. La conclusión no puede ser cualquier enunciado, sino que debe ser la afirmación de la segunda parte del enunciado condicional utilizado como premisa (1). Esto es, el enunciado al que hemos llamado de forma genérica “Q”. En el primer ejemplo, el espacio “Q” está ocupado por el enunciado “el comprador tiene derecho a recibir la cosa”, y en el segundo, por el enunciado “el invierno ha llegado”.

En ambos ejemplos se ha partido de una premisa de la forma “SI P, ENTONCES Q”, luego se ha afirmado el antecedente de dicho enunciado condicional, P, para derivar como conclusión su consecuente, Q. Afirmando el antecedente del condicional se deduce la afirmación del consecuente. Poniendo ponens, afirmando P, afirmo Q.

Todo argumento, no importa el tema sobre el que traten sus premisas, que tenga la forma lógica del Modus Ponens, es un argumento deductivo, válido o lógicamente correcto. Esto significa que, si las premisas utilizadas son verdaderas, la conclusión será necesariamente verdadera. La lógica es garante de esta operación. La responsabilidad del argumentador es utilizar premisas verdaderas. La lógica nada puede decir sobre la verdad o la falsedad de las premisas de un argumento; ella se encarga de clasificar las estructuras o formas lógicas en válidas o inválidas; nos ofrece una especie de máquina de producir verdades –si empleamos verdades como materia prima–. (Lo resaltado no es del original) (Bonorino y Peña, 2008: 64-66).

La siguiente imagen sintetiza el razonamiento deductivo *modus ponens* con un ejemplo desarrollado en un gráfico (de Venn). En el ejemplo, si las premisas son verdaderas, la conclusión será necesariamente válida. Debemos asumir que, dentro del conjunto de quienes han obtenido una licenciatura en Derecho, se encuentra, a su vez, el conjunto de quienes son jueces y juezas, de manera que, si Roberto es juez, necesariamente también es licenciado en Derecho:



Tema 3.2. *Modus tollens*

Al igual que se ha hecho referencia a la importancia del razonamiento *modus ponens*, respecto al silogismo judicial, el razonamiento *modus tollens* es importante en las sentencias judiciales, como podría ser el caso de una decisión en la que no se tienen por demostrados algunos elementos de la premisa normativa (por ejemplo: la inexistencia de elementos descriptivos de un tipo penal). En el siguiente texto, se desarrolla una referencia al razonamiento *modus tollens*:

Su nombre completo, en el discurso medieval, es “Modus Tollendo Tollens”, que significa negando, niego. Nuevamente, nos encontramos con un tipo de argumento cuyo nombre nos sugiere las claves estructurales que determinan su validez. Veamos, en primer lugar, algunos ejemplos.

(1)	Si el comprador ha pagado el precio acordado, entonces el comprador tiene derecho a recibir la cosa.	(1)	Si hace frío, el invierno ha llegado.
(2)	El comprador no tiene derecho a recibir la cosa.	(2)	No ha llegado el invierno.
(C)	El comprador no ha pagado el precio acordado	(C)	No hace frío.

De nuevo nos encontramos con dos argumentos referidos a temas distintos, pero que poseen una similitud desde el punto de vista lógico. Aquello que los une no está presente en el contenido de los enunciados que los forman, sino en su estructura interna y en la manera peculiar como se relacionan entre sí.

En ambos casos la premisa (1) es un enunciado condicional o de la forma “SI - ENTONCES”. Tal como vimos al analizar el modus ponens en el inciso anterior, los enunciados condicionales tienen la siguiente estructura “Si P, entonces Q”, donde “P” y “Q” pueden ser reemplazados por cualquier enunciado que se nos ocurra. Pero, a diferencia de la forma válida vista anteriormente, y tal como sugiere el nombre de la que estamos considerando, la diferencia está dada porque en las premisas y en la conclusión se negará la verdad de algunos de los enunciados que forman la premisa (1).

En la premisa (2) se niega la verdad de la segunda parte del enunciado SI-ENTONCES”, esto es, del consecuente del enunciado condicional. El enunciado que hace las veces de premisa (2), tiene entonces la siguiente estructura: “NO Q”. En la conclusión, lo que se niega es el primer enunciado que aparece en la premisa (1), o antecedente del enunciado condicional. La forma de la conclusión en un modus tollens es, por consiguiente, “NO P”. En el primer ejemplo, la premisa (2) es “NO es verdad que el comprador tiene derecho a recibir la cosa” y en el segundo, “NO es verdad que ha llegado el invierno”. En ambos casos, se niega el enunciado Q del enunciado condicional que aparece como primera premisa. Cuando negamos un enunciado verdadero, el nuevo enunciado de la forma NO-P es falso, y viceversa; cuando negamos un enunciado falso, su negación es verdadera. Por último, en las conclusiones de ambos ejemplos aparece negada la verdad del antecedente del condicional o enunciado “P”: “NO es verdad que el comprador ha pagado el precio” y “NO es verdad que hace frío”. Si las premisas son verdaderas, la lógica garantiza que la conclusión será necesariamente verdadera. (Lo resaltado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 66-67).

La siguiente imagen sintetiza con un ejemplo desarrollado en un gráfico circular (de Venn) el razonamiento deductivo *modus tollens*. En el ejemplo, si las premisas son verdaderas, la conclusión será necesariamente válida. Debemos asumir que, dentro del conjunto de quienes han obtenido una licenciatura en Derecho, se encuentra, a su vez, el conjunto de quienes son jueces y juezas, de manera que, si Roberto no es licenciado en Derecho, necesariamente tampoco es juez:



Tema 3.3. Argumentos: hipotético, disyuntivo y el dilema

Los siguientes razonamientos o argumentos tienen presencia en el ámbito jurídico principalmente en el establecimiento de relaciones de implicación de las normas en sí mismas y en relación con el ordenamiento jurídico. También es posible que tengan presencia en materia probatoria cuando se habla de prueba científica (relacionada con las matemáticas, por ejemplo).

No obstante, interesa también conocer su estructura desde una perspectiva evaluativa, pues no se puede obviar que, de previo a la toma de decisión que corresponda a cada caso, las personas juzgadoras escuchan las alegaciones de las partes procesales, de allí que una buena comprensión de la estructura y usos de estos argumentos permite evaluar de manera más aguda las argumentaciones de litigantes y sus representados.

Argumento hipotético

Este argumento se relaciona con la regla inferencial de transitividad del condicional expuesta por Gustavo González. Otros autores lo han desarrollado como el razonamiento o argumento hipotético. Se seguirá, por razones didácticas, la exposición de los profesores Pablo Bonorino y Jairo Peña:

En el argumento hipotético⁷⁵ todos los enunciados que lo componen tienen la forma “SI-ENTONCES”. He aquí algunos ejemplos.

(1)	Si el comprador paga el precio, entonces adquiere la propiedad de la cosa.	(1)	Si hace frío, entonces el invierno ha llegado.
(2)	Si el comprador adquiere la propiedad de la cosa, entonces puede disponer de ella libremente.	(2)	Si el invierno ha llegado, entonces las cigüeñas se marcharán.
(C)	Si el comprador paga el precio, entonces puede disponer de la cosa libremente.	(C)	Si hace frío, las cigüeñas se marcharán.

Todos los enunciados que componen estos argumentos, tanto en la función de premisas como de conclusión, son enunciados condicionales. Pero no todo argumento compuesto por tres enunciados de la forma “SI-ENTONCES” es, por esa sola razón, un argumento válido. Los enunciados deben relacionarse de una manera muy especial entre ellos para que eso ocurra.

Si la premisa (1) tiene la forma “SI P, ENTONCES Q”, la premisa (2) debe ser un condicional en el que el consecuente (Q) de la primera premisa haga las veces de antecedente. El consecuente, en este caso, debe ser un enunciado que todavía no haya aparecido en el seno del argumento. La segunda premisa tiene, por consiguiente, la forma “SI Q, ENTONCES R”, donde “R” es un enunciado distinto de aquellos que aparecían en la premisa (1). **La conclusión, en un argumento hipotético, es el enunciado condicional formado por el antecedente de la primera premisa y el consecuente de la segunda: “SI P, ENTONCES R”.** En nuestros ejemplos, “si hace frío, las cigüeñas se marcharán” y “si el comprador paga el precio, entonces puede disponer libremente de la cosa”. Su verdad es necesaria si las dos premisas condicionales que forman el argumento hipotético son verdaderas. Los condicionales sólo son falsos si el enunciado antecedente es verdadero y el enunciado consecuente falso. Por ejemplo, si es verdad que hace frío y las cigüeñas no se marchan (lo que significa que el enunciado consecuente es falso), entonces el condicional “si hace frío, las cigüeñas se marcharán” es falso. En toda otra circunstancia debe considerarse verdadero. (Lo resaltado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 68-69).

75 A este tipo de argumento se le llama también silogismo hipotético, pero, al hacerlo, se emplea la expresión silogismo en sentido amplio, como argumento de dos premisas y conclusión.



Argumento disyuntivo

Seguindo a los profesores Bonorino y Peña (2008), se expone lo relativo al razonamiento o argumento disyuntivo:

En el argumento disyuntivo⁷⁶ hace su aparición un nuevo tipo de enunciado compuesto: los enunciados disyuntivos. En ellos no afirmamos ninguno de los dos enunciados que lo componen, sólo decimos que uno de los dos resulta verdadero. La forma en la que solemos expresar esta relación, en el lenguaje natural, es a través de la partícula “o”. Por ejemplo, decimos “las ventanas de la casa estaban abiertas o estaban cerradas”. Con este enunciado, compuesto por los enunciados “las ventanas de la casa estaban abiertas” y “las ventanas de la casa estaban cerradas”, no estamos afirmando ninguna de las dos opciones, sólo decimos que una de las dos es verdadera – si pretendemos afirmar un enunciado disyuntivo verdadero. Estos enunciados, a los que llamaremos para simplificar enunciados “Po-Q”, en realidad, son verdaderos en tres situaciones: cuando el primer enunciado que lo compone es verdadero; cuando el segundo enunciado que lo compone es verdadero; y cuando ambos resultan verdaderos. En el ejemplo que hemos puesto, la verdad de P excluye la posibilidad de que Q lo fuera al mismo tiempo, pero no siempre es así. Por ejemplo, el enunciado “salió el sol o está lloviendo”, es verdadero si se dan tres circunstancias: que haya salido el sol y no llueva; que esté lloviendo y no haya sol; y, finalmente, si llueve con sol –situación muy común en muchas zonas y en ciertas épocas del año.

Nos detuvimos a explicar la estructura de los enunciados “P-o-Q” porque resultan fundamentales para entender el tipo de argumento deductivo al que se denomina argumento disyuntivo. Veamos algunos ejemplos:

76 Se suele denominar también silogismo disyuntivo, pero, por las mismas razones mencionadas al tratar los argumentos hipotéticos, hemos optado por esta denominación.

(1)	Las ventanas de la casa estaban abiertas o estaban cerradas.	(1)	Salió el sol o está lloviendo.
(2)	Las ventanas de la casa no estaban abiertas.	(2)	No está lloviendo.
(C)	Las ventanas de la casa estaban cerradas.	(C)	Salió el sol.

En los dos ejemplos que hemos puesto, la verdad de la conclusión se deriva, de manera necesaria, de la forma del argumento –en el supuesto que las premisas también sean verdaderas. **La estructura del argumento deductivo es la siguiente: la premisa (1) es un enunciado del tipo “P-o-Q”. La premisa (2) es siempre la negación de uno de los dos enunciados que componen la primera premisa.** Podemos representar la negación de un enunciado, anteponiendo simplemente la partícula “No”. De esta manera, se podría construir la segunda premisa de un argumento disyuntivo, empleando un enunciado de la forma No-P, o bien un enunciado de la forma No-Q. En nuestros ejemplos encontramos representadas las dos variantes. En el primero, se utiliza “No-P” como segunda premisa; mientras que, en segundo, se apela a un enunciado de la forma “No-Q”. **Finalmente, la conclusión de todo argumento disyuntivo consiste en la afirmación del término que no haya sido negado en la segunda premisa.** Si se optó por “No-P” como premisa (2), entonces la conclusión será necesariamente “Q”, y si se eligió “No-Q”, la conclusión será “P”. (Lo resaltado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 70-71).



Dilema

Como se verá a continuación, este tipo de razonamiento deductivo es una importantísima “*arma argumentativa*”; pero desde una perspectiva retórica, dado el efecto persuasivo que puede generar su uso exitoso. Sin embargo, desde una perspectiva evaluativa, como la de la persona juzgadora, no tiene nada de especial. Por eso, conocer su estructura es vital para ponderar adecuadamente el peso de los argumentos de las partes.

Existe un tipo de argumento deductivo que tiene una importancia especial desde el punto de vista retórico, y cuya estructura podremos manejar fácilmente a partir de las explicaciones

que dimos a las formas válidas precedentes: es el dilema. Desde el punto de vista lógico, el dilema no posee ninguna característica que lo haga especial. Sin embargo, en una discusión resulta, por lo general, una carta de triunfo – un comodín, un ancho de espadas, un póker de ases o un mono, según el juego con que prefiramos hacer la analogía-. Con el dilema, lo que se pretende es poner al adversario en una situación desventajosa, aceptando una afirmación que lo perjudica o le resulta desfavorable, que de otra manera no estaría dispuesto a aceptar. En un debate se emplea un dilema cuando se obliga al rival a escoger entre dos alternativas y, luego, se demuestra que, no importa cuál sea la elección que haga, la conclusión que se deriva es una afirmación que resulta inaceptable para él⁷⁷. En un debate parlamentario, por ejemplo, en una hipotética discusión sobre la sanción de un nuevo impuesto, un oponente podría formular el siguiente dilema al ministro encargado de defender el proyecto oficial:

De su intervención surge claramente que el nuevo impuesto que intentan sancionar, o bien generará recesión –si es correcto lo afirmado por nuestra bancada-, o bien servirá para aumentar el consumo –tal como se afirma en el documento que el gobierno ha enviado en apoyo al proyecto-. Pero no se moleste usted en comentarnos cuál es la opción que pretende defender –la que por otra parte ha quedado bien clara a lo largo de su intervención. Pues si el nuevo impuesto genera recesión, entonces será perjudicial para la economía del país, y si, por el contrario, el nuevo impuesto aumenta el consumo, entonces hará crecer aún más la inflación – cuyo descenso resulta una de las metas de la política económica de su gobierno. Retire ya su propuesta, señor ministro, pues el nuevo impuesto que defiende resultará, o bien perjudicial para nuestra economía, o bien generará aún más inflación de la que padecemos.

El argumento que propone el texto se puede reconstruir de la siguiente manera:

(1)	El nuevo impuesto generará recesión o aumentará el consumo.	(1)	P-o- Q
(2)	Si el nuevo impuesto genera recesión, entonces será perjudicial	(2)	SI-P-ENTONCES R
(3)	Si el nuevo impuesto aumenta el consumo, entonces hará subir la inflación.	(3)	SI-Q-ENTONCES S
(C)	El nuevo impuesto o será perjudicial para nuestra economía o hará subir la inflación.	(C)	R-o-S

En un dilema, la primera premisa es un enunciado “P-o-Q”, en el que se formulan las alternativas que se proponen al rival. En la segunda premisa, cuya estructura es “SI-ENTONCES”, se relaciona uno de los términos de la primera premisa con la afirmación inaceptable para el oponente. En este caso será “SI P ENTONCES R”. La tercera premisa cumple la misma función, enlazando el segundo término de la primera premisa con otro enunciado desfavorable para la posición del rival. Tiene la forma “SI Q ENTONCES S”. En el ejemplo que hemos puesto la conclusión es nuevamente un enunciado disyuntivo: “R-o-S”, en el que ambos términos resultan perjudiciales para el oponente.

77 Este uso es el que transforma al dilema en una poderosa arma de destrucción argumentativa en el seno de una discusión. Pero, nada impide que se utilice la estructura lógica de un dilema para obtener como conclusión un enunciado que sea favorable para quien argumenta.

Pero el dilema se puede emplear para obtener una afirmación simple como conclusión, y no una disyunción. Tomemos, como ejemplo, el siguiente argumento extraído de la vida cotidiana:

El abuelo me dará dinero cuando vaya a visitarlo. Porque si lloro me dará dinero para consolarme y si no lloro me dará dinero por ser bueno.

En primer lugar, notamos una característica muy común cuando se formula un dilema: el argumentador deja alguna de las premisas –o incluso la conclusión sin ser formulada expresamente. La razón es que los enunciados tácitos resultan tan evidentes que cualquier oyente o lector podría reconocerlos sin problemas. En segundo lugar, vuelve a aparecer una de las características de la argumentación en lenguaje natural, ya señalada en el capítulo anterior, pero que vale la pena repetir. No importa el orden en el que aparecen los enunciados en los textos argumentativos para identificar y evaluar la estructura del argumento que en ellos se formula. La reconstrucción de este argumento – haciendo explícitos los enunciados tácitos necesarios para comprender su estructura y ordenándolos para hacerla visible de manera más fácil-, es la siguiente:

(1)	Lloraré o no lloraré cuando vaya a visitar al abuelo.	(1)	P-o-Q
(2)	Si lloro, entonces el abuelo me dará dinero cuando vaya a visitarlo.	(2)	SI-P-ENTONCES R
(3)	Si no lloro, entonces el abuelo me dará dinero cuando vaya a visitarlo.	(3)	SI-Q-ENTONCES R
(C)	El abuelo me dará dinero cuando vaya a visitarlo.	(C)	R

La estructura de esta forma de dilema se compone de una primera premisa “P-o-Q”, una segunda y tercera premisas “SI P ENTONCES R” y “SI Q ENTONCES R”, en las que se relacionan cada uno de los enunciados que forman la premisa (1) con el mismo enunciado, mediante una estructura condicional. La conclusión es una afirmación, identificada con el consecuente común de las premisas (2) y (3), en este caso, “R”.

¿Qué podemos hacer para defendernos de un dilema en el marco de una discusión? Debemos recordar que el dilema es una forma de argumento válido, en consecuencia, no podemos atacar el argumento por razones lógicas. Si las premisas del dilema son verdaderas, la conclusión será necesariamente verdadera – nos guste o no su contenido. No obstante, existen tres formas de evitar las consecuencias perjudiciales de un dilema. Dado que el dilema comienza con una disyunción formada por dos enunciados que se presentan como alternativas, se suelen denominar a esas opciones los cuernos del dilema⁷⁸. Se puede rechazar la conclusión que se pretende demostrar con un dilema, sin cuestionar su corrección lógica, de tres maneras: “saliendo de entre los cuernos”, “tomándolo por los cuernos” o “planteando un contradilema”.

Para salirse de entre los cuernos de un dilema, debemos mostrar que la premisa disyuntiva, aquella de la forma “P-o-Q” es falsa. Para ello podemos, o bien afirmar que los dos enunciados que la componen son falsos, o bien poner en evidencia que las dos alternativas planteadas no agotan todas las posibilidades de elección que tenemos frente a una cuestión. Por ejemplo:

78 Nada impide que un dilema tenga más de dos cuernos. En ese caso, se deberá agregar un enunciado condicional más entre las premisas por cada nueva alternativa mencionada en la disyunción inicial.

Si los inversores están decididos invertir, no necesitan desgravaciones fiscales, y si no están decididos a invertir, ninguna desgravación fiscal los podrá hacer cambiar de opinión. Los inversores están decididos invertir o no lo están, por lo tanto, la desgravación fiscal es innecesaria o ineficaz.

Se puede salir de entre los cuernos de este dilema si se puede mostrar que la premisa disyuntiva (“los inversores desean invertir-o-los inversores no desean invertir) es falsa, porque existen otras actitudes hacia la inversión que no han sido tenidas en cuenta. Existen inversores que se encuentran a la expectativa, que no están ni decididos a invertir, ni a no hacerlo; son inversores indecisos. En esos casos, una desgravación fiscal podría motivarlos a invertir, lo que haría a la medida eficaz y necesaria. No debemos olvidar que siempre que refutamos un argumento no estamos probando que la conclusión sea falsa, sino que el argumento que estamos criticando no constituye una base sólida para aceptarla.

Para tomar el dilema por los cuernos debemos mostrar que alguna de las dos premisas de la forma “SI-ENTONCES” es falsa. Un enunciado condicional es falso si el enunciado antecedente es verdadero y aquel que aparece en segundo término, el consecuente, es falso. El enunciado “si llueve, entonces se inunda la buhardilla” es falso sólo en el caso en que llueva y la buhardilla no se inunde. En el ejemplo del nuevo impuesto, anteriormente presentado, se podría tomar el dilema por los cuernos mostrando que la premisa (2) es falsa, porque si bien es cierto que el nuevo impuesto generará recesión, la misma puede ser sólo temporal y a largo plazo ser benéfica para contener la inflación. O en el caso del abuelo, se podría objetar que la premisa (3) es falsa, porque se puede dar el caso de que aún sin llorar, el niño se porte mal y por ello no reciba dinero de su abuelo. En ese caso, el enunciado condicional sería falso, porque el niño no lloraría (antecedente verdadero) pero el abuelo tampoco le daría dinero (consecuente falso).

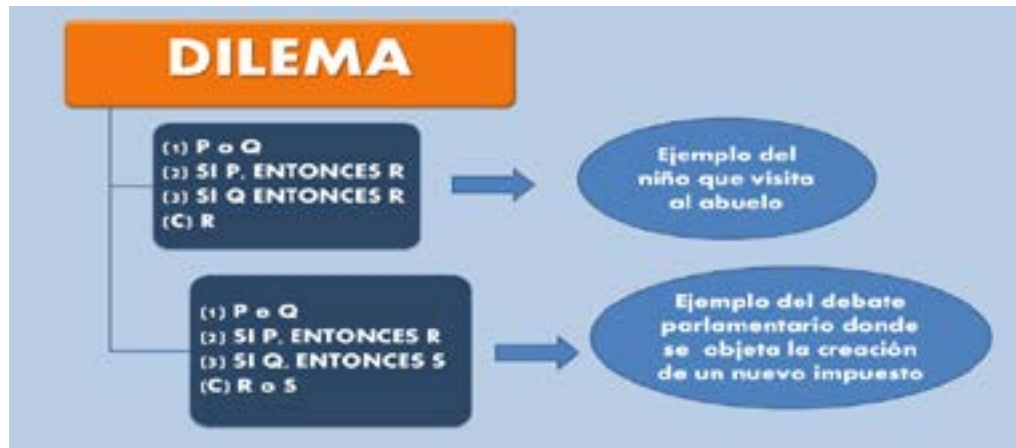
La última estrategia para contrarrestar los efectos perniciosos de un dilema es la más difícil y, al mismo tiempo, la menos efectiva desde el punto de vista lógico – aunque pueda ser una herramienta con un gran poder retórico. Se trata de construir un contradilema que permita probar una conclusión opuesta a la del dilema original. Lo ideal sería que el nuevo dilema utilizara la mayor cantidad de elementos presentes en el dilema que se pretende refutar, pero que su conclusión fuera lógicamente incompatible con la del original. Pero es suficiente con presentar un argumento con estructura de dilema y que lleve a una conclusión diferente para cumplir con esta variante defensiva. Un ejemplo clásico es el que se suele ubicar en un diálogo entre madre e hijo en Atenas, en el que la madre trata de disuadir al joven de ingresar en la vida política.

Madre (dilema): Si dices lo que es justo, los hombres te odiarán, y si dices lo que es injusto, los dioses te odiarán, pero debes decir una cosa o la otra; por lo tanto, serás odiado.

Hijo (contradilema): Si digo lo que es justo, los dioses me amarán, y si digo lo que es injusto, los hombres me amarán. Debo decir una cosa o la otra. Por lo tanto, seré amado.

En un debate público el poder retórico de este tipo de maniobras es insuperable. Genera en el auditorio la sensación de que el argumento inicial ha sido totalmente refutado. No obstante, si prestamos atención a las dos conclusiones que se derivan, veremos que no ha ocurrido nada parecido. La madre deriva, como conclusión: “serás

odiado por los dioses o serás odiado por los hombres”; mientras que el hijo defiende con su contradilema la afirmación: “seré amado por los hombres o seré amado por los dioses”. Ambas conclusiones pueden ser verdaderas al mismo tiempo, por lo que no se ha llevado a cabo ninguna refutación. **En realidad, con un contradilema lo que se hace es cambiar el objeto de discusión, llevar el debate hacia otro tema, defendiendo una afirmación diferente, e incluso – en ocasiones- ni siquiera incompatible con la que se pretende rechazar.** (lo destacado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 72-76).



Tema 4. Razonamientos inductivos

Como se ha venido indicando, los razonamientos inductivos son de gran relevancia para la actividad jurisdiccional. Este tipo de inferencias, aun siendo probabilísticas, son de las más utilizadas en las diferentes áreas del derecho, inclusive en la jurisdicción penal. Su aplicación tiene lugar principalmente en materia de hechos, pues las consideraciones que se hacen de la prueba a través de algunas de las reglas de la sana crítica se basan en inducciones. Por ejemplo, las llamadas *máximas de la experiencia* (reglas de la experiencia, dentro del concepto de sana crítica racional) son inducciones generalizadoras.

Por otra parte, el llamado razonamiento inductivo por analogía no solo sirve para realizar inferencias de naturaleza probatoria, también es una poderosa herramienta cognitiva para resolver problemas normativos, tales como las lagunas normativas.

De previo a desarrollar algunas ideas sobre los diferentes esquemas de razonamiento inductivo de interés para este trabajo, conviene partir de lo que se entenderá como **fuerza inductiva de los argumentos**:

La lógica inductiva trata de clasificar los argumentos inválidos entre aquellos que ofrecen cierto apoyo a la conclusión –a los que considera argumentos inductivos correctos-, y aquellos que no ofrecen ningún fundamento para aceptar la verdad de la conclusión –que serán considerados argumentos inductivos incorrectos-. La

corrección deductiva de un argumento tiene un nombre especial: validez. Lo mismo ocurre con la corrección inductiva, cuyo nombre es fuerza inductiva. **Los argumentos inválidos pueden ser inductivamente fuertes o inductivamente débiles.**

Un argumento es inductivamente fuerte si, y sólo si, se dan las siguientes propiedades: (1) es un argumento inválido desde el punto de vista de la lógica deductiva, y (2) la evidencia que ofrecen sus premisas hace altamente improbable que todas sus premisas sean verdaderas y su conclusión falsa. Un argumento es inductivamente débil, si y sólo si, posee las siguientes características: (1) es un argumento inválido, y (2) las premisas proveen alguna evidencia a favor de la conclusión, pero no la suficiente como para considerarla altamente probable (cf. Gustason, 1994:10-11). Por último, un argumento es falaz, si y sólo si, cumple con las siguientes condiciones: (1) es un argumento inválido, y (2) sus premisas no dan ningún tipo de apoyo a la conclusión⁷⁹.

La fuerza inductiva de un argumento debe ser analizada por separado para cada uno de los distintos tipos de argumentos inductivos –su diversidad ha quedado de manifiesto en los disímiles ejemplos con los que abrimos el capítulo. Para ello, también resulta relevante aislar la estructura del argumento, para luego tratar de formular reglas simples que permitan determinar el grado de fuerza inductiva que cabe atribuirle a todos los argumentos inductivos que adopten esa forma o estructura.

Por ejemplo, el argumento inductivo:

(1)	El 96 por ciento de las personas nacidas en Italia son amantes de la pasta.
(2)	Sofía es una persona nacida en Italia.
(C)	Sofía es amante de la pasta.

[...] utilizaremos letras mayúsculas para aludir a los términos generales con los que se forman los enunciados que cumplen la función de premisas y conclusión en el argumento. En este caso, “F” estará en lugar de “las personas nacidas en Italia” y “G” en el de “personas amantes de la pasta”. Los individuos se representan con letras minúsculas, por lo general se emplean “x” e “y”. Por último, con la letra minúscula “n” se alude a cualquier número natural del uno al cien. Con estos pocos símbolos podremos abreviar la estructura del argumento de Sofía:

(1)	El n por ciento de todos los individuos que son F son también G.
(2)	x es F.
(C)	x es G.

De este modo, podemos ver que se pueden formular argumentos inductivos sobre cualquier tema [...] Este tipo de argumento lleva el nombre de argumento estadístico. Pero lo importante es que habrá argumentos con esta forma que serán inductivamente fuertes y, otros, que con la misma estructura deberán considerarse inductivamente débiles. La regla que formula la lógica inductiva para poder diferenciar los argumentos estadísticos que son inductivamente fuertes de los que son débiles es la siguiente:

79 Por ejemplo, un argumento como el siguiente: “Todos los elefantes observados tienen cuernos de marfil, por consiguiente, el próximo elefante observado tendrá cuernos de goma” se trata de una típica falacia de inatención de falta de relación entre premisa y conclusión. Su premisa no ofrece ningún grado de probabilidad a la conclusión. La lógica informal estudia algunos casos de falacias que, a pesar de su incorrección manifiesta, pueden resultar convincentes desde el punto de vista psicológico en una argumentación.

R-AE: Cuanto más cerca de cien esté n, más fuerza inductiva tendrá el argumento.

En virtud de esta regla podemos decir que, de los dos argumentos estadísticos que siguen, el primero es inductivamente más fuerte que el segundo:

(1)	El 96 por ciento de los perros doberman han agredido a sus dueños alguna vez.	(1)	El 88 por ciento de los esquimales son personas retraídas.
(2)	Fido es un perro doberman.	(2)	Kiluk es un esquimal.
(C)	Fido ha agredido a sus dueños alguna vez.	(C)	Kiluk es una persona retraída.

[...] La fuerza inductiva [...] depende del grado de apoyo que las premisas den a la conclusión y, en consecuencia, del grado de probabilidad que cabe atribuirle a esta última [...] La validez depende de la forma del argumento, no del contenido de las premisas. **La fuerza inductiva, por el contrario, está en relación con la cantidad de evidencia a favor de la conclusión que se aporta en las premisas. La fuerza inductiva depende también del contenido de las premisas, no sólo de su estructura [...] si en los argumentos inductivos se agregan nuevas premisas, la fuerza inductiva del argumento puede variar.** Volvamos a alguno de los ejemplos que dimos en el inicio.

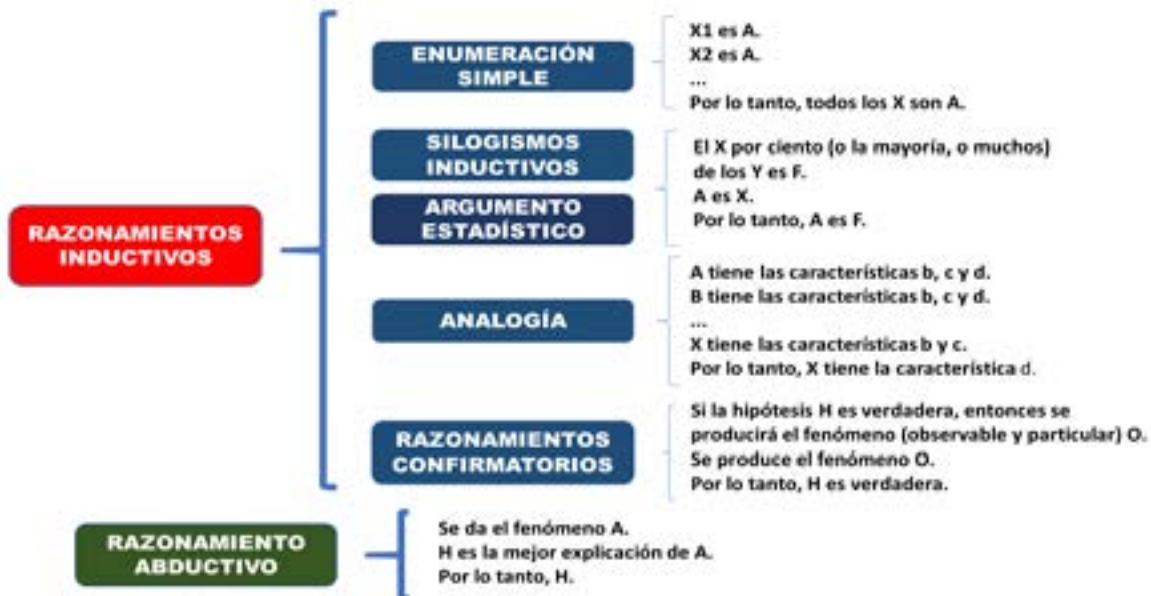
(1)	Rigoberto Díaz es un ser humano de ochenta años de edad.
(2)	El automóvil de Rigoberto Díaz pesa 400 kilogramos.
(C)	Rigoberto Díaz no puede levantar su automóvil con las manos.

Este argumento inválido es inductivamente fuerte, pues si las premisas son verdaderas su conclusión también lo es con un alto grado de probabilidad. Ahora bien, si agregamos una premisa, podríamos aumentar aún más el grado de probabilidad que cabe atribuirle a la verdad de la conclusión, y con ello su fuerza inductiva:

(1)	Rigoberto Díaz es un ser humano de ochenta años de edad.
(2)	El automóvil de Rigoberto Díaz pesa 400 kilogramos.
(3)	Rigoberto Díaz intentó levantar con sus manos un sillón de descanso que pesa 10 kilogramos y no pudo hacerlo.
(C)	Rigoberto Díaz no puede levantar su automóvil con las manos.

El argumento de Rigoberto Díaz es inductivamente más fuerte con la nueva premisa, que es la evidencia a favor de la verdad de la conclusión ha aumentado y, con ello, la probabilidad de que si todas sus premisas son verdaderas también lo sea la conclusión. Nada de esto podría ocurrir si se tratara de un argumento deductivo. (Lo destacado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 88-92).

Existen diversos tipos de razonamientos inductivos, las clasificaciones que se hacen de ellos en la literatura no siempre coinciden. Sin embargo, se partirá de la clasificación del profesor Juan Manuel Comesaña (2001) a la que se le agregará la propuesta de otros autores:



Tema 4.1. Razonamiento inductivo por enumeración

Este tipo de inducciones son muy frecuentes. En el presente trabajo, se analizarán de manera conjunta los razonamientos inductivos por enumeración y el argumento estadístico o también conocido como silogismo inductivo:

Los argumentos inductivos más simples son las llamadas inferencias por enumeración. **En sus premisas se informa sobre el resultado de un conjunto de observaciones, en las que se ha detectado cierto grado de uniformidad. Los objetos que son descritos en las premisas constituyen una muestra del conjunto formado por todos los objetos de ese tipo. La conclusión puede ser una generalización sobre toda la población, o bien, una afirmación sobre un caso particular no observado de esa misma población. Las inferencias por enumeración pueden ser de tres tipos – teniendo en cuenta el contenido genérico de sus premisas y su conclusión-: de muestra a población, de muestra a muestra, y de población a muestra.** Veremos con cierto detalle un caso de cada una de ellas. Emplearemos las convenciones simbólicas [...] con letras mayúsculas (P, Q, R, S, etc.) representaremos propiedades como “ser un cuervo”, “ser amante de la pasta”, “tener cuernos de marfil”; utilizaremos letras minúsculas (a, b, c, d, etc.) para representar objetos o individuos de una población; reservaremos la letra minúscula n para representar un valor numérico entre 1 y 100.

El primer ejemplo es el **argumento por enumeración simple**, que puede asumir dos formas: **de muestra a población y de muestra a muestra.**

(1)	El cuervo a es negro y vuela.
(2)	El cuervo b es negro y vuela.
	[...]
(C)	Todos los cuervos son negros y vuelan

En este ejemplo vemos cómo las premisas contienen la información recabada, al observar individuos de una cierta clase o población; en este caso, de la población formada por todos los cuervos. Cuantas más observaciones se hayan realizado, mayor probabilidad podrá atribuirse a la conclusión. Los puntos suspensivos reflejan esa circunstancia variable. La conclusión es una generalización de esa información a toda la población que no fue objeto de observación. Para representar esquemáticamente este tipo de argumento se suelen reemplazar las premisas observacionales particulares por un enunciado genérico como el siguiente: “Todos los cuervos observados son negros y vuelan”. La estructura general de los argumentos por enumeración simple de muestra a población (ES-MP), en consecuencia, es la siguiente:

(1)	Todos los P observados son Q y R.
(C)	(C) Todos los P son Q y R.

En nuestro ejemplo “P” está en lugar de “ser un cuervo”, “Q” simboliza “ser negro” y “R” representa “ser que vuela”. La observación puede llevar a generalizar una o más propiedades, en este caso fueron dos, pero pudieron ser muchas más, o incluso sólo una. Antes de avanzar sobre la forma de evaluar la fuerza inductiva de este tipo de argumentos, presentaremos la otra variante, que va de muestra a muestra, puesto que, en ambos casos, la evaluación dependerá de las mismas circunstancias.

(1)	El cuervo a es negro y vuela.
(2)	El cuervo b es negro y vuela.
(C)	El próximo cuervo que observemos será negro y volará.

Las premisas son las mismas que en el ejemplo anterior; lo único que ha variado es la conclusión. Ya no se trata de generalizar las propiedades observadas en los objetos que componen la muestra a toda la población, sino de hacer una afirmación sobre un individuo aún no observado. Por eso se llama a este tipo de argumento enumeración simple de muestra a muestra (ES-MM). Su esquema es el siguiente:

(1)	Todos los P observados son Q y R.
(C)	El próximo P será Q y R.

La regla con la que podemos medir la fuerza inductiva de este tipo de argumentos –en cualquiera de sus dos variantes- es la siguiente:

R-ES: Cuantos más individuos de la población se hayan observado, más fuerza inductiva tendrá el argumento.

Conviene hacer algunas precisiones sobre el alcance de los términos con los que hemos presentado este tipo de argumentos. En primer lugar, la expresión “observado” no debe ser entendida en sentido literal. No se exige que la información contenida en las premisas sea el resultado de las percepciones visuales de quien realiza la inferencia. Hay objetos inobservables, como los neutrinos, la responsabilidad civil o lo bueno, sobre los que se pueden formular argumentos por enumeración simple. Segundo, **no se debe creer que este tipo de argumentos sólo puedan ir del pasado –donde se efectuaron las observaciones–**

hacia el futuro –en la forma de una predicción sobre toda la población o alguno de sus miembros–. Se pueden hacer argumentos similares situados en su totalidad en el pasado. Por ejemplo, de todas las pinturas halladas en las cavernas de cierto período de la prehistoria se puede apoyar una conclusión sobre otras pinturas de la misma época. En este caso, no se hace mención a ningún hecho futuro.

La fuerza de este tipo de argumentos descansa en lo que se suele denominar en filosofía el principio inductivo. Bertrand Russell sostiene que este principio puede ser dividido en dos partes, frente a las cuales se afirma lo siguiente:

“[1] Cuando una cosa de una cierta especie, A, se ha hallado con frecuencia asociada con otra cosa de otra especie determinada, B, y no se ha hallado jamás disociada de la cosa de la especie B, cuanto mayor sea el número de casos en que A y B se hayan hallado asociados, mayor será la probabilidad de que se hallen asociados en un nuevo caso en el cual sepamos que una de ellas se halla presente.

[2] En las mismas circunstancias, un número suficiente de casos de asociación convertirá la probabilidad de la nueva asociación casi en una certeza y hará que se aproxime de un modo indefinido a la certeza”. (Russell, 1978: 64).

La justificación de este principio es lo que ha dado lugar al llamado problema de la justificación de la inducción [...]. (Lo destacado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 93-95).

Tema 4.2. Razonamiento inductivo estadístico o silogismo inductivo

Algunos autores (Bonorino y Peña) consideran que es una variante del razonamiento inductivo por enumeración. Otros como Juan Manuel Comesaña (2001) lo tratan por aparte como el silogismo inductivo. Como las clasificaciones solo tienen una finalidad utilitaria, no es relevante una estricta delimitación, de manera que, por razones didácticas, se consideran ambas posiciones en este análisis:

*Nos queda por tratar un caso de inferencia por enumeración, que vaya de población a muestra. Para ello, utilizaremos un tipo de argumento que ya hemos presentado anteriormente con el fin de ilustrar el tipo de reglas con las que se puede determinar la fuerza inductiva de un argumento. Nos referimos al llamado **argumento estadístico** (AE), como, por ejemplo:*

(1)	El 90 por ciento de los alumnos de doctorado no escriben una tesis doctoral.
(2)	Pedro es un alumno de doctorado.
(C)	Pedro no escribirá una tesis doctoral.

El esquema de este tipo de argumento por enumeración, en el que sus premisas aluden a las características de una población, y su conclusión a uno de sus individuos (por lo que se considera un argumento de población a muestra), es la siguiente:

(1)	El n por ciento de todos los individuos que son F son también G.
(2)	x es F.
(C)	x es G.

En muchos casos no se pueden hacer precisiones numéricas en la premisa, por lo que este tipo de argumentos, a menudo, se formula con expresiones como “la mayoría de...”, “muchos...”, “pocos...”, o “casi ningún...”. La estructura del argumento no varía, como tampoco los elementos a tener en cuenta para evaluar su fuerza inductiva. Anteriormente presentamos una regla que permite medir el grado de fuerza inductiva que se puede atribuir a los argumentos de este tipo: “Cuanto más cerca de cien esté n , más fuerza inductiva tendrá el argumento”⁸⁰. Pero con esta sola regla no basta. Debemos agregar dos reglas a ser tenidas en cuenta para determinar con mayor precisión la fuerza inductiva de argumentos estadísticos.

Imaginemos este otro argumento que involucra a Pedro, el alumno de doctorado del que hablamos hace un instante:

(1)	El 90 por ciento de los alumnos de doctorado de origen indio escribe una tesis doctoral.
(2)	Pedro es un alumno de doctorado de origen indio.
C	Pedro escribirá una tesis doctoral.

Tenemos, ante nosotros, dos argumentos estadísticos que nos llevan a apoyar dos enunciados contradictorios con el mismo grado de probabilidad. Si nos atenemos a la regla antes mencionada, tanto el enunciado “Pedro escribirá una tesis doctoral”, como el enunciado “Pedro no escribirá una tesis doctoral”, estarían defendidos por argumentos estadísticos de idéntica fuerza inductiva. ¿Cuál de los dos debemos preferir? Necesitamos una regla que nos guíe en este tipo de situaciones. Pedro puede ser considerado un miembro de la clase “los alumnos de doctorado”, o como perteneciente a la clase de “los alumnos de doctorado de origen indio”. Incluso, puede pertenecer a muchas otras clases, como “los alumnos de doctorado que hacen deportes de riesgo” o “los alumnos de doctorado que tienen novia”. La cantidad de clases en las que puede ser incluido un individuo son incontables. La regla que nos falta debe darnos indicaciones para elegir la clase F en la que resulta preferible que lo encuadremos. **Según la segunda regla, para evaluar argumentos estadísticos debemos emplear la clase de referencia F más relevante, teniendo en cuenta toda la información de la que disponemos. ¿Cuál es la clase de referencia F más relevante?**

Dos son los criterios para determinar la relevancia de una clase en relación con un sujeto: (1) se debe considerar más relevante aquella clase F que se defina a partir de propiedades que sean también relevantes para que un individuo sea considerado perteneciente a la clase G ; y (2) se debe considerar más relevante a la clase F que sea la más estrecha y la más específica.

Por ejemplo, en el caso de Pedro, resulta más específica la clase “alumnos de doctorado de origen indio” que la clase “alumnos de doctorado” que es más amplia y genérica. En ese caso, deberíamos considerar que el argumento que apoya la conclusión “Pedro escribirá una tesis doctoral” es inductivamente más fuerte que el que tiene como conclusión el enunciado opuesto “Pedro no escribirá una tesis doctoral”. Para ilustrar el otro criterio y establecer la clase más relevante cuando comparamos argumentos estadísticos que llevan a enunciados contradictorios, recordemos el argumento de Sofía presentado en la sección anterior:

80 Para el caso en el que no se puede establecer un valor numérico en la premisa, la regla sería: “cuanto mayor sea el número de individuos de la población que presentan al mismo tiempo la propiedad F y la propiedad G , más fuerza inductiva tendrá el argumento”.

(1)	<i>El 96 por ciento de las personas nacidas en Italia son amantes de la pasta.</i>
(2)	<i>Sofía es una persona nacida en Italia.</i>
(C)	<i>Sofía es amante de la pasta.</i>

Ahora comparemos este argumento con el siguiente:

(1)	<i>El 96 por ciento de las personas rubias no son amantes de la pasta.</i>
(2)	<i>Sofía es una persona rubia.</i>
(C)	<i>Sofía no es amante de la pasta.</i>

Si tuviéramos en cuenta solamente la primera regla para evaluar argumentos estadísticos, deberíamos decir que la probabilidad de la que gozan ambas conclusiones es exactamente la misma, a pesar de ser contradictorias. Pero si tenemos en cuenta la regla que nos dice que debemos escoger aquella clase (de las dos que ocupan el espacio F del esquema, en este caso “ser italiana” y “ser rubia”) que resulta más relevante, la evaluación que haremos será distinta. La clase “ser italiana” está definida por una serie de propiedades geográficas y culturales que resultan relevantes para que un individuo sea considerado como perteneciente a la clase “ser amante de la pasta”. En cambio, la clase “ser rubia” se define a partir de un conjunto de propiedades que no tienen ninguna relevancia para considerar a un individuo como formando parte de la clase “ser amante de la pasta”. En función del primero de los criterios para medir la relevancia que hemos presentado, deberíamos considerar que el enunciado “Sofía es amante de la pasta” es más probable, en el sentido de que resulta apoyado por el argumento estadístico con más fuerza inductiva.

Resumiendo, estas son las tres reglas con las que debemos evaluar la fuerza inductiva de los argumentos estadísticos:

R1-AE: Cuanto más cerca de cien esté n , más fuerza inductiva tendrá el argumento.

R2-AE: Cuanto más relevante para G es la clase de referencia F , más fuerza inductiva tendrá el argumento.

R3-AE: Se debe escoger la clase de referencia más relevante, teniendo en cuenta toda la información disponible.

La necesidad de que F sea relevante para G , puesta de manifiesto en la regla 2, es un presupuesto que está presente de manera tácita en la mayoría de las inferencias inductivas por enumeración. Por ejemplo, en los argumentos inductivos por enumeración simple, los objetos observados deben tener cierta relevancia para la conclusión. La muestra descrita en las premisas debe ser lo suficientemente representativa de la población a la que se alude en la conclusión.

Para ello, debe ser lo más amplia posible y, tan variada, como variada es la población a la que pertenece. Para evaluar las inferencias inductivas es importante traer a colación también esta información presupuesta. Esta es una de las razones por las cuales resulta tan difícil

hacer un tratamiento formal de los argumentos inductivos similar al que se realiza en el ámbito de la deducción. [...]. (Lo destacado no es del original). (Bonorino y Peña, 2008: 96-99).

Tema 4.3. Razonamiento por analogía

El razonamiento analógico o por analogía es de los más relevantes para la argumentación jurídica. Más adelante, cuando se analicen con mayor detalle otros argumentos usuales en el derecho, se desarrollará lo atinente al **argumento a simili ad simile (analogía legis)**. Por el momento, conviene analizar el razonamiento analógico desde una perspectiva más amplia o general:

Los argumentos por analogía son los argumentos inductivos más comunes en la vida cotidiana y también en la práctica jurídica. Cuando en una discusión entre amigos sostenemos que conviene ir al cine a ver la película Inteligencia Artificial, y lo apoyamos diciendo que el director es Steven Spielberg y que a todos les ha gustado La lista de Schindler y El imperio del sol que también dirigió Spielberg, utilizamos en defensa de nuestra opción un argumento por analogía. Si justificamos el uso de la legislación que regula la responsabilidad por el uso de automóviles para resolver un caso de daños causados con un karting, afirmando que en ambos casos estamos ante una máquina construida por el hombre para transportarse y que se vale de un motor como medio de propulsión, empleamos un argumento por analogía.

No debemos confundir los argumentos por analogía, con la analogía en sentido amplio. Se entiende por analogía en sentido amplio la relación de semejanza que existe entre dos entidades distintas. Los argumentos por analogía se fundamentan en la existencia de esas relaciones de semejanza entre entidades diferentes. Se hace una analogía entre dos o más entidades cuando se afirma que son similares en ciertos aspectos. Por eso, la analogía se puede emplear también con fines no argumentativos. [...] También se apela a la analogía con fines explicativos. Para hacer inteligible algo novedoso se suelen hacer comparaciones con otras cosas que resultan más familiares, y con las que posee ciertos rasgos en común; como cuando se afirma que el universo está en expansión y que por ello las galaxias se alejan unas de otras, como lo harían si estuvieran dibujadas sobre un globo al que estuviéramos inflando. O, cuando se afirma que la complejidad de la psiquis humana es comparable a la de una ciudad, en la que los nuevos edificios se construyen sobre los cimientos antiguos y resulta imposible establecer claras líneas de separación entre la ciudad antigua, la ciudad medieval y la ciudad que estamos contemplando [...] A continuación, centraremos nuestro interés sólo en los argumentos por analogía. Todo lo que diremos es aplicable a usos argumentativos de la analogía. No siempre es fácil establecer qué uso se hace de una analogía en un texto, pero resulta indispensable determinarlo antes de proceder a su evaluación. El análisis lógico que propondremos está referido sólo a argumentos. Los usos literarios y explicativos, a pesar de su importancia, no serán analizados en este trabajo.

En el inicio del capítulo, al proponer una serie de ejemplos de argumentos inductivos, presentamos el siguiente argumento por analogía:

(1)	Los seres humanos sienten dolor y gritan cuando se los golpea.
(2)	Los animales gritan cuando se los golpea.
C	Los animales sienten dolor cuando se los golpea.

En este argumento se afirma como conclusión que “los animales sienten dolor cuando se los golpea”. La evidencia en su apoyo, contenida en las premisas, parte de las semejanzas que existen entre seres humanos y animales –ambos gritan cuando se los golpea-. Luego afirma una propiedad que sólo se puede constatar en los seres humanos, asociada a la que poseen en común con los animales –sentir dolor-. Sobre esta base, se infiere que los animales también son semejantes en eso, es decir, que también sienten dolor cuando se los golpea.

Reconstruyamos el argumento formulado al planear la salida al cine con amigos, presentado al inicio de esta sección:

(1)	La lista de Schindler es una película y la dirigió Spielberg.
(2)	El imperio del sol es una película y la dirigió Spielberg.
(3)	Inteligencia artificial es una película y la dirigió Spielberg.
(4)	La lista de Schindler y El imperio del sol nos gustaron mucho.
C	Inteligencia Artificial también nos gustará mucho.

¿Cuál es la estructura común de los dos argumentos presentados? Utilizaremos las letras mayúsculas “F1”, “F2” para representar las propiedades semejantes que constituyen la base de todo argumento analógico (la expresión “Fn” después de los puntos suspensivos señala que su cantidad puede variar). Con letras minúsculas “a1”, “a2” se señalan las entidades que sirven de punto de partida a la inferencia (con “am” luego de puntos suspensivos se alude al carácter variable de los ejemplos que se pueden tomar como punto de partida). La letra minúscula “b” designa la entidad a la que se referirá la conclusión y, por último, emplearemos la letra mayúscula “G” para representar la nueva propiedad que se predica en la conclusión. Con estas convenciones podemos formular la estructura de todo argumento por analogía de la siguiente manera:

(1) a1, a2... am y b tienen las propiedades F1, F2... Fn.

(2) a1, a2... am tienen además la propiedad G.

(3) b tiene también la propiedad G.

En el ejemplo de la película de Spielberg, en la primera premisa se afirma que las entidades que se pretenden comparar -La lista de Schindler (a1), El imperio del sol (a2) e Inteligencia Artificial (b)- tienen dos propiedades en común: son películas (F1) y fueron dirigidas por Steven Spielberg (F2). En la segunda premisa se dice que las dos primeras (a1 y a2), esto es La lista de Schindler y El imperio del sol, comparten, además, la propiedad G (habernos gustado mucho). La conclusión afirma que la película que todavía no hemos visto -Inteligencia Artificial (b)- también nos gustará mucho, esto es, poseerá también la propiedad G.

En la analogía sobre la capacidad de los animales para sentir dolor, encontramos ejemplificado el mismo patrón. En la primera premisa se afirma que las entidades a (seres humanos) y b (animales) gritan cuando se les pega (F). En la segunda, se dice que los a, además, sienten dolor cuando se les pega (G). La conclusión atribuye también a las entidades b la propiedad G (sentir dolor). De paso, podemos observar que las entidades comparadas no necesariamente deben ser individuos de una clase, sino que también pueden ser conjuntos de objetos o poblaciones completas.

Resulta muy útil expresar los argumentos analógicos de esta forma esquemática, antes de proceder a su evaluación. Las reglas para evaluar argumentos analógicos son muy difíciles de sistematizar, no sólo porque son muchas más que las que rigen las inferencias inductivas analizadas previamente, sino porque exigen tener en cuenta mucha información que, por lo general, se encuentra sólo de forma tácita en las argumentaciones formuladas en lenguaje natural... Debemos ingresar ahora en la cuestión que más nos preocupa como argumentadores: ¿Cómo evaluamos los argumentos por analogía? ¿Con qué criterios podemos determinar la fuerza inductiva de un argumento por analogía? Propondremos una serie de criterios útiles para guiar la tarea de evaluación de argumentos analógicos, pero la complejidad que presentan y la dependencia de presupuestos contextuales tácitos, limitan bastante su capacidad operativa. No obstante, ofrecen un excelente punto de partida para iniciar la tarea evaluadora – como veremos, utilizando algunos de los ejemplos que hemos puesto en la última actividad de taller-.

Primero, las propiedades semejantes en las entidades que se comparan deben ser relevantes para la propiedad que se infiere en la conclusión.

Cuanto más relevantes sean, mayor será la semejanza entre las entidades que se utilizan en las premisas y la entidad a la que se alude en la conclusión, y mayor será la fuerza inductiva del argumento analógico. La propiedad “tener un alto nivel de colesterol” es relevante para la propiedad “morir de un ataque al corazón”; mientras que la propiedad “utilizar colonia Diavolo” o “ser amante del fútbol” no lo son. No todas las semejanzas que se pueden establecer entre dos entidades resultan relevantes... En muchas ocasiones, para evaluar apropiadamente un argumento por analogía se necesita conocer las leyes causales presupuestas por la disciplina en la que se formula la argumentación. Los argumentos analógicos con mayor fuerza inductiva son los que establecen semejanzas entre propiedades enlazadas causalmente. Pero hay muchas otras propiedades que son relevantes para otras, sin que guarden este tipo de relación. Es importante destacar que la relevancia entre las propiedades semejantes y la propiedad inferida es una circunstancia que debe ser determinada caso por caso.

Pongamos un par de ejemplos para ilustrar la aplicación de esta primera regla:

Argumento I

(1)	El auto de Pérez es un Opel, modelo Corsa, recién salido de fábrica, pesa 300 kg., tiene una potencia de 200 caballos de fuerza y consume un litro de gasolina cada diez kilómetros.
(2)	El auto de González es un Opel, modelo Corsa, recién salido de fábrica, pesa 300 kg. y tiene una potencia de 200 caballos de fuerza.
C	El auto de González consume un litro de gasolina cada diez kilómetros.

Argumento II

(1)	El auto de Pérez es un Opel, color rojo, con tapizados de leopardo, faros antiniebla, un muñeco de Elvis en el cristal delantero y consume un litro de gasolina cada diez kilómetros.
-----	---

(2)	<i>El auto de González es un Opel, color rojo, con tapizados de leopardo, faros antiniebla, un muñeco de Elvis en el cristal delantero.</i>
C	<i>El auto de González consume un litro de gasolina cada diez kilómetros.</i>

¿Cuál de estos dos argumentos por analogía posee mayor fuerza inductiva? Aunque no hubiéramos presentado todavía la primera regla para la evaluación de argumentos analógicos, saltaría a la vista que el argumento (I) es un argumento inductivo fuerte, mientras que el argumento (II) es un argumento que roza el ridículo de lo malo que es. Ahora, no sólo podemos realizar esta afirmación, sino que estamos en condiciones de fundamentar nuestra evaluación. La marca de un automóvil, su modelo, su peso, su potencia, su antigüedad, son relevantes para determinar la cantidad de combustible que consume; en cambio, el color, los tapizados o los adornos, son absolutamente irrelevantes para determinar el consumo de un automóvil. Es importante percibir que la evaluación no depende solamente de los enunciados que forman el argumento analógico. El conocimiento tácito sobre el funcionamiento de los automóviles resulta crucial. Esta dependencia que tienen los argumentos inductivos, en relación con la información contextual presupuesta en su formulación, es lo que hace tan difícil aislar un conjunto de reglas que permitan determinar con precisión, y sin lugar a dudas, su fuerza inductiva.

Segundo, se debe considerar la mayor cantidad posible de propiedades relevantes.

Cuantas más propiedades se tomen en cuenta para establecer la semejanza entre las distintas entidades, mayor fuerza inductiva tendrá el argumento analógico. Esto no significa que se pueda establecer una relación numérica entre el número de propiedades semejantes a las que se aluden en las premisas y el grado de probabilidad de la conclusión. Pero, es importante percibir que muchos argumentos por analogía aumentan su probabilidad inductiva, si se incrementa el número de propiedades que se utiliza para comparar las distintas entidades en juego. Tomemos como ejemplo el argumento (I) relacionado con el consumo del automóvil de González, que tiene la siguiente estructura:

(1) a y b tienen las propiedades F1, F2, F3, F4 y F5.

(2) a tiene además la propiedad G.

(C) b tiene también la propiedad G.

Las propiedades semejantes entre los dos automóviles (a y b), a las cuales se alude en el argumento, son: la marca (F1), el modelo (F2), la antigüedad (F3), el peso (F4) y la potencia (F5). Si pudiéramos considerar algunas propiedades relevantes más, podríamos aumentar la fuerza inductiva del argumento. Por ejemplo, si se afirmara también que Pérez y González conducen a la misma velocidad (F6) y que utilizan el mismo tipo de carburante (F7). Si se aumenta el número de propiedades relevantes utilizadas en la comparación, aumenta la fuerza inductiva del argumento por analogía. Es importante resaltar que esta regla alude al aumento en las propiedades relevantes. Si tomáramos como ejemplo el argumento (II) y aumentáramos la cantidad de propiedades irrelevantes para determinar el consumo de combustible de un automóvil— agregando la marca del equipo de música, el color del volante, el tipo de alfombras interiores, las pegatinas que adornan el cristal trasero, etc.— no lograríamos mejorar un ápice la fuerza inductiva de ese argumento analógico.

Tercero, se debe comparar la mayor cantidad posible de entidades.

La cantidad no resulta crucial en una analogía, pues a partir de la comparación con un solo objeto cuando la semejanza es muy relevante, se puede construir un argumento por analogía muy fuerte; pero, en muchos casos, puede hacer aumentar la fuerza inductiva de un argumento analógico en particular. Pensemos, nuevamente, en los argumentos que utilizamos para ejemplificar la regla anterior, que tenían la misma estructura:

(1) a y b tienen las propiedades F1, F2, F3, F4 y F5.

(2) a tiene además la propiedad G.

(C) b tiene también la propiedad G.

Si consideramos el primero de ellos, aquél que posee la mayor fuerza inductiva, veremos que el grado de probabilidad de su conclusión se podría aumentar, si se constatará la existencia de las mismas propiedades, además de en el automóvil de Pérez, en tres o cuatro vehículos más. Si el argumento (I) tuviera la siguiente estructura:

(1) a1, a2, a3, a4, a5 y b tienen las propiedades F1, F2, F3, F4 y F5.

(2) a1, a2, a3, a4, a5 tienen además la propiedad G.

(C) b tiene también la propiedad G.

Este sería un argumento por analogía inductivamente más fuerte puesto que, al aumentar la cantidad de entidades que se comparan, aumenta la fuerza inductiva de la analogía, tal como indica la tercera regla. Pero, pensemos también en el argumento (II). Imaginémosnos que pretendemos aumentar su fuerza inductiva agregando una gran cantidad de autos rojos, con tapizados de leopardo, muñequitos, etc., que tengan el mismo consumo de combustible por kilómetro recorrido. ¿Habríamos logrado ese objetivo transformando el argumento (II) en un argumento con una estructura como la que acabamos de presentar? La respuesta es no. En muchos casos, aunque aumentemos la cantidad de elementos que se tomen en cuenta para establecer entre ellos semejanzas, no mejoraremos la fuerza del argumento analógico...

Cuarto, las entidades a comparar deben ser lo más variadas posible en sus propiedades no relevantes.

Con la diversidad de los casos que se comparan en un argumento por analogía, pasa lo mismo que con su cantidad. Cuanto más disímiles sean las entidades que se comparan en otras propiedades no relevantes para la analogía, mayor fuerza tiene el argumento. Esto es así, pues aumenta la probabilidad de que las semejanzas detectadas no se deban a meras coincidencias.

Pensemos nuevamente en el argumento (I) del consumo de combustible. Si supiéramos, además, que los automóviles que se comparan se utilizan en distinto tipo de terrenos y con climas muy diversos, eso aumentaría el grado de fuerza inductiva que estaríamos dispuestos a otorgar al argumento. Sin embargo, si supiéramos lo mismo en relación con el argumento (II), eso no nos haría cambiar la evaluación negativa. Esto pone de manifiesto algo a lo que ya hemos hecho alusión anteriormente: la aplicabilidad y utilidad de las reglas que estamos proponiendo sólo se pueden determinar caso por caso, teniendo en cuenta el contexto y el contenido de las premisas del argumento a evaluar.

Quinto, el conjunto de las propiedades negativamente relevantes debe ser lo más pequeño posible.

Decimos que la propiedad F es negativamente relevante en relación con la propiedad G, cuando la presencia de F disminuye la posibilidad de que G esté presente al mismo tiempo. **El conjunto de las propiedades negativamente relevantes es un subconjunto de las propiedades, que hace que las entidades que se pretenden comparar sean distintas. Pero, a diferencia de aquellas que sólo aumentan la variedad de los casos considerados, las propiedades negativamente relevantes influyen en la fuerza del argumento, pues disminuyen la posibilidad de que a partir de las propiedades semejantes se pueda apoyar la existencia de la propiedad a inferir en la conclusión.** Por ejemplo, en el argumento (I) del consumo de combustible, si además de las cinco propiedades que tienen en común el automóvil de Pérez y el de González, supiéramos que Pérez conduce a 30 kilómetros por hora de promedio, mientras que González viola permanentemente todos los límites de velocidad, esta propiedad negativamente relevante haría disminuir la fuerza inductiva del argumento. Dado que la velocidad a la que se conduce un automóvil es una propiedad relevante para determinar su consumo de combustible, y que no se encuentra en el conjunto de las propiedades semejantes, sino en aquel con el cual se establecen diferencias entre los dos casos, dicha propiedad constituye una propiedad negativamente relevante. La regla quinta establece que, cuanto mayor sea el número de propiedades negativamente relevantes que diferencien a las entidades que se comparan en un argumento por analogía, menor será el grado de fuerza inductiva que cabe atribuirle. Y a la inversa, cuanto menor sea la cantidad de propiedades negativamente relevantes, mayor será el grado de probabilidad que cabe atribuirle a la conclusión de un argumento analógico...

181

Sexto, cuanto más débil sea la conclusión de un argumento analógico, más fuerza inductiva tendrá el argumento.

Esta regla refleja una característica común a todos los argumentos inductivos. Cuanto más específica es la conclusión, o cuando con mayor alcance se la pretende defender, menor será la fuerza inductiva del argumento con el que se la apoya. Y a la inversa, cuanto más se debilita la conclusión, mayor grado de probabilidad tiene la inferencia. En los argumentos por analogía, esto puede apreciarse con claridad... podemos reconstruirlo de la siguiente manera:

(1)	El abuelo paterno de Juan García, su padre, el hermano de su padre, y el propio Juan García comparten las siguientes propiedades: tienen presión alta, ingieren una dieta alta en grasas, poseen un nivel alto de colesterol, no hacen ejercicio y fuman en exceso.
(2)	El abuelo paterno de Juan García, su padre, el hermano de su padre, murieron de un ataque al corazón cuando tenían cincuenta y cinco años.
C	Juan García morirá de un ataque al corazón a los cincuenta y cinco años.

La conclusión que se pretende apoyar con el argumento analógico es sumamente específica; no sólo se detalla en ella la enfermedad que desarrollará Juan García y se afirma que le

causará la muerte, sino que, además, se especifica la edad en la que ocurrirá su deceso. Con independencia de la evaluación que podríamos hacer de este argumento, utilizando algunas de las cinco reglas presentadas hasta ahora, podemos afirmar que, si debilitáramos la conclusión, la escasa fuerza inductiva de este argumento aumentaría de manera considerable. Si en lugar de la conclusión “Juan García morirá de un ataque al corazón a los cincuenta y cinco años” defendiéramos esta otra: “Juan García padecerá una enfermedad cardíaca después de los cincuenta años”, la fuerza inductiva de este argumento analógico sería muchísimo mayor que la que tiene en su forma actual.

Resumiendo, estas son las seis reglas para evaluar Argumentos por Analogía



La reconstrucción de argumentos por analogía, paso previo para poder aplicar muchas de estas reglas, es una actividad que exige, por lo general, incorporar mucha información tácita. En muchos casos, esta información puede ocupar largos párrafos –imagínense teniendo que explicar la evaluación que hicimos de argumento analógico sobre el consumo de combustible del auto de González a alguien que desconozca totalmente el funcionamiento de los automóviles-. En otras ocasiones, esta información solamente está disponible para aquellos que conozcan las leyes causales que rigen en las distintas áreas en las que se puede formular un argumento analógico.

Tema 4.4. Razonamiento confirmatorio

Esta forma de razonamiento inductivo se articula como, en la filosofía de la ciencia, se discuten los temas relacionados con la confirmación de las hipótesis científicas. Autores como Vicente Claramonte Sanz (2017) se refieren a esta forma de inducción como el **método hipotético-deductivo**⁸¹. Siguiendo a Comesaña (2001), se alude a este razonamiento de la siguiente forma:

Por último, consideraremos también un tipo de razonamiento inductivo que, según muchos filósofos de la ciencia, explica el procedimiento mediante el cual se confirman las hipótesis

81 “La Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, en su Diccionario Esencial de las Ciencias, señala que el método hipotético-deductivo tiene por finalidad validar una hipótesis, y distingue dos fases para validar las teorías científicas; una primera fase de predicción -hipótesis-, esencialmente teórica y empleada para predecir los hechos de forma racional, y otra fase -deducción- dominada por la racionalidad práctica de la experimentación”. (Claramonte, 2017: 26).

científicas. Los llamaremos razonamientos confirmatorios, y tienen la siguiente forma:

(1)	Si la hipótesis H es verdadera, entonces se producirá el fenómeno (observable y particular) O .
(2)	Se produce el fenómeno O .
(C)	Por lo tanto, H es verdadera.

Debemos hacer aquí dos aclaraciones. En primer lugar, tomado desde un punto de vista deductivo, es decir si se pretende que la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, cualquier razonamiento inductivo es inválido. Pero, como ya se habrá notado, no todo razonamiento inválido es inductivo. Para sacrificar la diversión en aras de la claridad, repetiremos ahora que un razonamiento es inductivamente correcto si la verdad de sus premisas ofrece algún apoyo (no concluyente) a la verdad de su conclusión. En el caso particular de los razonamientos confirmatorios, considerados desde un punto de vista deductivo éstos tienen la forma de lo que se conoce como falacia de afirmación del consecuente. Se llama con este nombre a aquellos razonamientos que tienen una similitud superficial con un tipo de razonamiento válido: el Modus Ponens. El siguiente es un ejemplo de Modus Ponens:

(1)	Si Dios ha muerto, entonces todo está permitido (Dostoievski).
(2)	Dios ha muerto (Nietzsche).
C	Por lo tanto, todo está permitido

La falacia de afirmación del consecuente consiste en invertir la segunda premisa y la conclusión de un Modus Ponens y suponer que el razonamiento aún es válido:

(1)	Si Dios ha muerto, entonces todo está permitido (Dostoievski).
(2)	Todo está permitido
C	Por lo tanto, Dios ha muerto

Pero, repetimos, la falacia se comete sólo si se encara el razonamiento desde un punto de vista deductivo; es decir, si se pretende que las premisas ofrecen un apoyo absoluto a la conclusión. Esto no es lo que pasa, para volver al tema de esta sección, con los razonamientos confirmatorios. En estos casos lo que se supone es que la verdad de las premisas aumenta la probabilidad de que la conclusión sea verdadera. Que lo que aquí llamamos razonamientos confirmatorios sean inductivos y no deductivos fue un descubrimiento que dio lugar a un programa de investigación aún activo en la filosofía de la ciencia.

En el texto anterior, se hace referencia a la falacia de afirmación del consecuente que es una forma inválida que, con frecuencia, se observa en el uso inadecuado del razonamiento deductivo *modus ponens*. Esta falacia, así como la denominada falacia de negación del antecedente se desarrollarán en otra unidad donde se estudiarán falacias formales y las no formales.

Tema 5. Razonamiento abductivo

Tema 5.1. ¿Qué es la abducción?

Algunos autores (Pierce, Bonorino, etc.) estiman que la abducción⁸² o reducción a la hipótesis más verosímil, desarrollada por primera vez por Charles S. Pierce,⁸³ es como un tercer razonamiento al lado de la deducción y la inducción. Para otros, se trata de una inducción que se caracteriza por cumplir una función heurística: hacer conjeturas para construir conocimiento (Atienza, por ejemplo).

Con independencia de lo anterior, lo relevante del caso es que se trata de un procedimiento de construcción del conocimiento que, sin pretender que sus inferencias sean necesariamente válidas (como en la deducción), se trabaja sobre las hipótesis más plausibles que generan conclusiones sobre las cuales se puede discurrir y llegar a soluciones prácticas.

Es el caso de los médicos de urgencias que deben partir de una serie de signos o síntomas para poder abducir el diagnóstico. Podría ser que se trabaje sobre hipótesis que luego deben ser descartadas. Pero esto tiene una función epistémica, pues al descartarse, se construye un nuevo conocimiento (por descarte o negativo), es decir, se llega a saber un dato más, la hipótesis no explica los síntomas o signos, de manera que esto permite conjeturar nuevas posibilidades en la búsqueda de una mejor explicación. Este procedimiento es claramente identificable en la labor de la Policía y de las fiscalías y los fiscales; pero también es un asunto de jueces y juezas. Pablo Bonorino indica que se trata de:

un procedimiento en el que plantean problemas, se tiene en cuenta los datos relevantes disponibles, se formulan conjeturas y se las pone a prueba a partir de la obtención de nuevas evidencias, utilizando en el proceso distintos tipos de inferencias, hasta terminar aceptando una de esas hipótesis como la menos falsa o la más verdadera". (Bonorino, 2014:180).

Este autor afirma que el procedimiento abductivo es de gran utilidad para la función jurisdiccional, tanto para evaluar las pretensiones de las partes teniendo en cuenta también los aspectos que

82 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ofrece la siguiente definición de la palabra **ABDUCCIÓN** (*Del lat. **abductio**, -ōnis, separación*). **1. f. Movimiento por el cual un miembro u otro órgano se aleja del plano medio que divide imaginariamente el cuerpo en dos partes simétricas. Abducción del brazo, del ojo.** **2. f. Supuesto secuestro de seres humanos, llevado a cabo por criaturas extraterrestres, con objeto de someterlos a experimentos diversos en el interior de sus naves espaciales.** **3. f. Fil. Silogismo cuya premisa mayor es evidente y la menor menos evidente o solo probable.** <http://lema.rae.es/drae/?val=abduccion>. Resulta cuando menos curioso que la definición que atañe al tema bajo estudio sea la tercera acepción, que de todas formas no resulta muy esclarecedora.

83 "Se ha escrito mucho a propósito del tipo de argumento que el filósofo Charles S. Peirce (1839-1914), fundador del pragmatismo, denominó «abducción» o también «razonamiento hipotético» o «retroducción». Como se ha indicado en el texto, si la noción de argumento se ve desde una perspectiva puramente formal, entonces las abducciones serían inducciones, esto es, argumentos en los que (a diferencia de lo que ocurre con las deducciones) el paso de las premisas a la conclusión no puede calificarse como «necesario». Pero Peirce tenía un concepto muy amplio de lógica, no coincidente con el de lógica formal, y veía en la abducción un procedimiento —un tipo de razonamiento— necesario para poder explicar los descubrimientos científicos: la abducción formaría parte, entonces, del contexto de descubrimiento, mientras que la inducción operaría en el contexto de la prueba o de la justificación del descubrimiento". (Atienza, 2013: 206-207).

las llevaron a defenderlas, así como para controlar racionalmente ciertas actividades que realizan antes y durante la labor de justificar sus decisiones en la sentencia judicial. Juan Antonio García Amado menciona que la abducción será tanto más racional y defendible si:

- a) *Menos cabos sueltos deje, cuanto más integre en un esquema coherente y una narración congruente todos los elementos concurrentes;*
- b) *Más verosímil y más probable resulte al tenor de esos elementos con los que la “historia” se construye y se concluye de esa manera; y*
- c) *Menos posibles explicaciones alternativas existan o más irrazonables parezcan todas esas posibles explicaciones alternativas.* (García Amado, 2013. p. 65-66).

Realizar conjeturas que impliquen la búsqueda de una explicación plausible a hechos o fenómenos que interesa dilucidar es una práctica muy frecuente en la vida cotidiana de todas las personas, tanto que ha generado múltiples desarrollos en la literatura, en el cine y la televisión.

De esta manera, para ilustrar esta afirmación y adentrarnos en ejemplos que puedan explicar mejor el razonamiento abductivo y sus riesgos, obsérvese el siguiente texto de Manuel Atienza en el que cita al colectivo Blitris:

Conan Doyle, el autor de los relatos de Sherlock Holmes, era médico, y parece que creó a su personaje basándose en la figura de uno de sus profesores en la Facultad de Medicina (Joseph Bell), que poseía una excepcional habilidad para hacer diagnósticos. No es de extrañar, por ello, que los métodos del detective hayan servido a su vez de modelo para crear el personaje central, el médico, que da nombre a la famosa serie de televisión, House. Con ello, podríamos decir, el círculo se cierra. Blitris (que es el nombre de un colectivo formado por cuatro filósofos italianos: M. C. Amoretti, D. Porello, S. Regazzoni y Ch. Testino) ha utilizado también la idea de abducción de Peirce para dar cuenta de la «lógica» de House:

Cuando nos encontramos frente a un hecho inexplicado B y nos damos cuenta de que, si valiera una correlación entre B y una cierta hipótesis A que formulamos, entonces B sería explicado por nuestra hipótesis, podemos concluir que hay buenas razones para considerar que la hipótesis A es verdadera. Ésta, dicho brevemente, es la estructura de la abducción definida por Peirce, o sea, un razonamiento que «va de los efectos a las causas» [...] introduciendo una hipótesis explicativa. Si se quiere representar un razonamiento abductivo mediante la escritura que hemos usado para las inferencias, podemos escribir:

B

Si valiera A, entonces B

A

La leemos de esta manera: dado un cierto hecho inexplicado B, si valiera la correlación entre A y B, entonces B sería explicado por A; podemos, por tanto, concluir que hay razones para sospechar que A es verdadero. [...]

La conclusión A del procedimiento abductivo, que no se sigue deductivamente de las premisas, representa la nueva información puesta en juego, que deberá después ser verificada mediante procedimientos inductivos [...] o bien, en la práctica médica, mediante test o terapias que podrán revelarse o no eficaces.

Peirce ve en la estructura de la abducción el procedimiento a través del cual se obtiene nueva información: «es el único tipo de argumento que genera una nueva idea» [...] y es «el primer paso del razonamiento científico» [...]. Además, la abducción describe bien la estructura del razonamiento peculiar que lleva a detectives como Sherlock Holmes a resolver sus casos. La abducción permite, por lo tanto, generar una nueva idea como explicación del hecho inexplicado al que hay que enfrentarse. El precio que pagar es que nuestra explicación puede ser equivocada.

Peirce, después de haber definido la abducción, desarrolla los criterios mediante los cuales una cierta hipótesis introducida en la abducción constituye una buena hipótesis. Los criterios, por ejemplo, son que la hipótesis sea explicativa (que explique el mayor número de hechos posible), que sea verificable (es decir, que se pueda establecer su confiabilidad), y que sea económica, es decir, que sea simple de verificar o de falsificar. Para citar un ejemplo de House, al inicio de [uno de los episodios de la serie] Padres e hijos [...], sólo porque la madre de un paciente ha tenido un accidente mortal en automóvil, House establece la hipótesis de que el problema del paciente puede ser genético. Efectivamente, aunque no haya muchas razones que validen una hipótesis de este tipo, sin embargo, Peirce la justificaría porque basta un test de ADN para que la hipótesis resulte verificada y falsada. También una hipótesis equivocada puede ser una buena hipótesis, si podemos descartarla rápidamente sin tener que seguir tomándola en consideración. [...]

Pero en aquella particular situación [se trataba de justificar la presencia de un tumor a partir del efecto que éste tendría sobre el paciente], ¿qué estaban haciendo House y su equipo? Estaban frente a un caso por resolver, esto es, estaban tratando de encontrar una hipótesis que explicase los síntomas del paciente.

Podemos, por tanto, describir el razonamiento tomando en préstamo los términos que Peirce usa para describir la abducción. House y su equipo se encuentran frente a un caso no explicado: los síntomas del paciente. Si valiera la hipótesis del tumor, entonces los síntomas se explicarían. Por tanto, se puede introducir la hipótesis del tumor y verificarla. Utilizando el esquema de la abducción, tenemos:

Un paciente presenta los síntomas S

Si el paciente tuviera un tumor, entonces presentaría los síntomas S

El paciente tiene un tumor

Sin embargo, en este caso, ¿cómo se prueba la hipótesis del tumor si no ha sido detectado por los test? Se necesita otra abducción, la que explica «cómo haces para probar la existencia de algo que no ves» [...]. Se asume que el tumor en cuestión produce cierto efecto. Aquí, el hecho inexplicado es la existencia del tumor, porque no hay elementos para validar la

hipótesis. Si se produce un cierto efecto, entonces existe el tumor. Se concluye, por tanto, que es razonable considerar la hipótesis de que ese determinado efecto tiene lugar:

El paciente tiene un tumor

Si se produce un determinado efecto, entonces el paciente tendría el tumor

Se produce ese efecto

Ésta puede considerarse como una reconstrucción formal del proceso que lleva a House del problema a su solución: una doble abducción, la primera que sirve para poner en juego la hipótesis del tumor; la segunda que sirve para poner en juego una hipótesis para verificar la hipótesis del tumor.

Las hipótesis aquí introducidas se refieren a leyes conocidas, la correlación entre la presencia de un tumor y la producción de un cierto efecto. House ha ido, pues, a buscar, entre las diversas leyes preexistentes que el diagnóstico pone a su disposición, la que servía para el caso en cuestión (Amoretti et al. 2007: 159-165). (Atienza, 2013: 208-210).

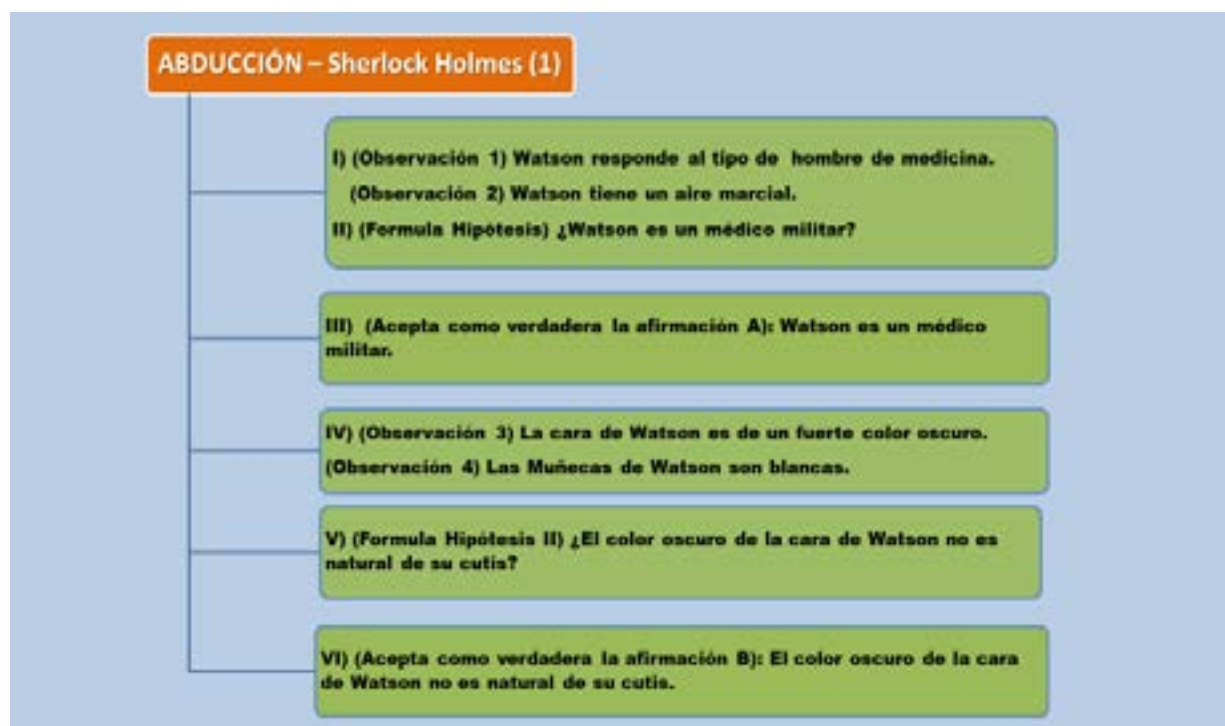
Tema 5.2. Abducción como resultado o proceso. Ejemplo

El autor Pablo Bonorino (2014) plantea que el razonamiento abductivo no solo es diferente a la deducción y a la inducción, sino además es de gran relevancia para el derecho y la función jurisdiccional. Este autor utiliza, como ya se ha adelantado, la famosa figura literaria creada por Arthur Conan Doyle: el detective Sherlock Holmes. Aunque las aventuras del célebre detective aluden a las “deducciones” de su pensamiento como la metodología que le permitía resolver crímenes, en realidad su método es la abducción.

Bonorino, al igual que otros autores, utiliza uno de estos ejemplos de la obra de Conan Doyle, en el caso que interesa, del relato: “**Estudio en escarlata**” en el momento que Sherlock Holmes conoce al doctor James Watson. Contextualizando la escena, Holmes no había visto nunca al doctor Watson, ni tenía ninguna información sobre él, sin embargo, con solo observarlo, antes de que Watson o la persona que iba a presentar a ambos personajes dijera una palabra, Holmes espeta a Watson: **¡Usted ha venido de Afganistán!** Ante la sorpresa de Watson y de la persona que los iba a presentar, pues en efecto, Watson acababa de regresar de Afganistán, Sherlock Holmes explica cómo ha logrado averiguar ese dato con tan solo mirar a Watson:

Hay delante de mí un individuo con aspecto de médico y militar a un tiempo. Luego se trata de un médico militar. Acaba de llegar del trópico, porque la tez de su cara es oscura y ése no es el color suyo natural, como se ve por la piel de sus muñecas. Según lo pregona su macilento rostro ha experimentado sufrimientos y enfermedades. Le han herido en el brazo izquierdo. Lo mantiene rígido y de manera forzada... ¿en qué lugar del trópico es posible que haya sufrido un médico militar semejantes contrariedades, recibiendo, además, una herida en el brazo? Evidentemente, en Afganistán». Esta concatenación de pensamientos no duró el espacio de un segundo.

Los siguientes cuadros reconstruyen la abducción que Sherlock Holmes acaba de realizar, según el profesor Bonorino⁸⁴:



84 Los cuadros que explican el razonamiento abductivo que realizó Sherlock Holmes contienen la reconstrucción realizada por el profesor Bonorino en su ensayo: “Ni deducción ni inducción: abducción”. (Bonorino, 2014: 174-176).

ABDUCCIÓN – Sherlock Holmes (2)

VII) (Formula Hipótesis III) Watson acaba de llegar de países tropicales.

VIII) (Observación 5) Watson tiene la cara macilenta (demacrada).

IX) (Formula Hipótesis IV) ¿Watson ha pasado por sufrimientos y enfermedad?.

X) (Acepta como verdadera la Afirmación C) Watson ha pasado por sufrimientos y enfermedad.

XI) (Observación 6) Watson mantiene el brazo izquierdo rígido y de una manera forzada.

ABDUCCIÓN – Sherlock Holmes (3)

XII) (Formula Hipótesis V) ¿Watson ha sufrido una herida en el brazo izquierdo?

XIII) (Acepta como verdadera la afirmación D) Watson ha sufrido una herida en el brazo izquierdo.

XIV) (Formulación de un problema)

¿En qué país tropical ha podido un médico del Ejército Inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo?

XV) (Formula Hipótesis VI como respuesta al problema) Watson acaba de llegar de Afganistán.

XVI) (Dato Generado por la Labor del Investigador)

Watson reconoce que acaba de llegar de Afganistán.

ABDUCCIÓN – Sherlock Holmes (4)

XVII) (Confirmación de la Hipótesis IV por el nuevo Dato) Watson acaba de llegar de Afganistán.

XVIII) (Aceptación de la Hipótesis IV como respuesta verdadera al problema)

Watson acaba de llegar de Afganistán.

PROCESO -ESQUEMA:

Observación + Hipótesis + Aceptación de la verdad de la Hipótesis / Hipótesis de segundo nivel: Observación + Hipótesis + Aceptación de la verdad de la Hipótesis ... Formulación de un Problema + Hipótesis que resuelve el problema + Búsqueda de nueva Información + Confirmación de la Hipótesis/Respuesta= Aceptación como Afirmación Verdadera de la Hipótesis/Respuesta.

Del ejemplo anteriormente expuesto, se puede coincidir con el profesor Bonorino en que, de las conjeturas que hicieron avanzar a Holmes en la construcción de nuevo conocimiento, bien podría haberse equivocado, en el sentido de que Watson le respondiera que no venía de Afganistán. Sin embargo, esa respuesta hipotética de Watson no habría echado por tierra el razonamiento de Holmes, pues habría obtenido un dato adicional: debía descartarse Afganistán como el lugar de procedencia de Watson y, con ese nuevo dato, habría buscado otra respuesta que coincidiera con su hipótesis. De lo anteriormente indicado, se aprecia la vocación epistémica de esta forma de razonar a través de conjeturas.

Tema 5.3. Errores en el proceso abductivo

Como cualquier otro esquema de razonamiento humano, el proceso o metodología abductiva es susceptible a errores que conduzcan a una conclusión equivocada que, en apariencia, sea plausible.

Nuevamente, siguiendo a Bonorino (2009), resulta muy importante hacer referencia a lo que este autor denomina “**anclaje en las primeras impresiones**”, el cual conduce a defectuosas abducciones, para lo cual emplea un ejemplo provisto por Mario Bunge:

Esta falencia del razonamiento consiste fijar las creencias en las primeras observaciones y datos y, sobre todo, en las primeras conjeturas que realizamos para explicarlos. Una vecina ve llegar a la joven que vive en la casa de al lado con un hombre distinto a su novio y se da cuenta que el hombre ha pasado la noche en su casa cuando lo ve salir al otro día a primera hora de la mañana. Su primera hipótesis es que la chica ha engañado a su novio. Esa tarde en el parque comenzará su conversación en el parque diciendo lo indecente (seguramente no será esta la expresión literal que utilizará) que es la joven, porque le consta que engaña a su novio de manera descarada. Ya nunca más volverá a revisar sus creencias, meses después, si le preguntan por la joven, seguirá afirmando lo mismo sin inmutarse y agregando como evidencia “que ella lo vio con sus propios ojos”. El “anclaje” le pudo haber impedido, por ejemplo, conocer al hermano de su joven vecina o conectar la visita del hombre con el incendio que esa tarde destruyó tres pisos en el centro de la ciudad en la que vive (cf. Bunge 2012: 82).

Pero el contexto es fundamental para evaluar las abducciones. Lo que puede ser malo en algunos puede no serlo en otros. Hemos dicho: el anclaje en las primeras conjeturas es un criterio que permite identificar una mala abducción. (Lo resaltado no es del original). (Bonorino, 2014 b:11).

El ejemplo de la vecina chismosa que arriba a una conclusión a partir de datos muy parciales, o bien, conducida en su evaluación por prejuicios en contra de su joven vecina, es un ejemplo apropiado para ser extrapolado al ámbito de la judicatura.

Piénsese en un anclaje a las primeras impresiones en la mente de una persona juzgadora que debe dictar sentencia en el caso de una persona con antecedentes penales y un perfil personal coincidente con estereotipos criminales. Si quien juzga no analiza críticamente sus impresiones iniciales, bien podría condicionar su criterio y afectar no solo su condición de imparcialidad, sino también la propia decisión en perjuicio de la persona sometida a juicio. Este tipo de circunstancias pueden ser analizadas desde otras perspectivas como se verá más adelante, cuando se estudie el tema de los sesgos cognoscitivos.

EJERCICIOS UNIDAD IV — CÓMIC SOBRE EL CASO JUANCHO (ANEXO N.º1)

1. Tomando como base el ejemplo de “*Estudio en escarlata*” de *Las aventuras de Sherlock Holmes* (tema 5.2: Abducción como resultado o proceso), grafique, usando como modelo las imágenes del ejemplo, la forma en que los oficiales de policía plantearon las hipótesis de investigación en el caso Juancho. Utilice como referencia el escenario primero (sentencia condenatoria para Juancho).
2. Sobre el escenario segundo del caso Juancho (sentencia absolutoria), ¿cuál sería la explicación de por qué la investigación falló en el objetivo de determinar quién mató a la muchacha? (Temas 5.2 y 5.3). Justifique su respuesta.

3. Haga un recuento de los indicios o elementos de prueba disponibles cuando Juancho es conducido a la Fiscalía. ¿Cómo se relacionan los elementos de prueba recopilados con la acusación que se le hace a Juancho en términos inferenciales? ¿Se trata de inferencias deductivas o inductivas? Justifique sus respuestas.
4. Haga un nuevo recuento de indicios o elementos de prueba, incluyendo las explicaciones que brindó Juancho ante el Juzgado Penal. ¿Cambia la estimación de probabilidad de responsabilidad penal de Juancho cuando se incorporan sus elementos y explicaciones? ¿Cómo se relaciona la inclusión de nuevos elementos y explicaciones aportadas por Juancho con las características y propiedades de los razonamientos deductivos e inductivos (tema 2.2.)? Justifique sus respuestas.
5. Elabore dos esquemas de silogismo judicial sobre el caso Juancho que correspondería a una sentencia condenatoria, (escenario A) y a una sentencia absolutoria (escenario B), según los esquemas de razonamiento expuestos en la unidad IV.

Bibliografía

- **Atienza, M.** (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta, Madrid.
- _____. (2004). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. 2.^a edición. Lima: Editorial Palestra.
- **Bonorino, P.** (2014). Ni deducción ni inducción: abducción. En: _____. (Coordinador: Juan Antonio García Amado). Granada: Editorial Comares.
- _____. (2014b). Abducción y procedimiento probatorio. En: *Abducción, prueba y género en la argumentación judicial*. 2.^a edición. España: Bubok Publishing S.L.
- **Bonorino, Pablo y Peña, Jairo.** (2008). *Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*. Consejo Superior de la Judicatura. 2.^a edición. Bogotá.
- **Camacho, Luis.** (2002). *Introducción a la lógica*. Libro Universitario Regional (LUR). Cartago.
- **Claramonte, Vicente.** (2017). *Pensamiento crítico y argumentación*. 2.a edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- **Copi, Irvig.** (1999). Introducción a la lógica. 4.a edición. Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- **García Amado, J. A.** (2012). Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones Introdutorias. España: EOLAS Ediciones.
- **González Lagier, D.** (2012). Apuntes sobre lógica y argumentación. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante.
- https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20530/1/apuntes_sobre_logica_y_argumentacion_juridica.pdf
- **González Solano, G.** (2003). Lógica jurídica. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- **Haack, Susan.** (2002). Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas. Madrid: Marcial Pons.

<p>1</p>	<p>ANALOGÍA</p> <p>1. f. Relación de semejanza entre cosas distintas.</p> <p>Sin.: semejanza, afinidad, parecido, similitud.</p> <p>Ant.: diferencia, desemejanza, disimilitud.</p> <p>2. f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.</p> <p>4. f. Der. Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.</p> <p>5. f. Gram. Semejanza formal entre los elementos lingüísticos que desempeñan igual función o tienen entre sí alguna coincidencia significativa.</p> <p>7. f. Ling. Creación de nuevas formas lingüísticas, o modificación de las existentes, a semejanza de otras; p. ej., los pretéritos <i>tuve</i>, <i>estuve</i>, <i>anduve</i> se formaron por analogía con <i>hube</i>.</p> <p>https://dle.rae.es/analog%C3%ADa?m=form</p> <p>Es la relación de parecido o semejanza que se puede identificar entre cosas diferentes.</p> <p>El concepto de analogía también puede emplearse para aludir al razonamiento según el cual pueden reconocerse características similares entre seres o cosas diferentes.</p> <p>Así, un argumento por analogía es aquel que se vale de situaciones similares para explicar una cosa, como, por ejemplo:</p> <p><i>“Nuestro hijo siente rabia cuando no lo dejamos salir con sus amigos, del mismo modo en que tú te enfureces cuando apago el televisor mientras ves el fútbol”.</i></p> <p>https://www.significados.com/analogia/</p> <p>Ver Unidad VI: Tema 4.2 Argumentos interpretativos. (Argumentos lingüísticos, argumentos históricos, argumentos sistemáticos y argumentos retóricos)</p>
<p>2</p>	<p>CONJETURA</p> <p>1. f. Juicio que se forma de algo por indicios u observaciones.</p> <p>Sin.: suposición, hipótesis, presuposición, supuesto, presunción, figuración, cábala, especulación, sospecha, presentimiento, corazonada, augurio, profecía, cálculo.</p> <p>https://dle.rae.es/conjetura?m=form</p>

3 DISYUNCIÓN

1. f. Acción y efecto de separar y desunir.

Sin.: disyuntiva, división, separación, desunión, alternativa, dilema, encrucijada, opción.

2. f. Fil. Separación de dos realidades, cada una de las cuales está referida intrínsecamente a la otra; p. ej., masculino y femenino; izquierdo y derecho.

3. f. Fil. y Gram. Relación de alternancia o exclusión entre dos o más términos.

4. f. Ret. Sucesión de oraciones cada una de las cuales lleva todas sus partes necesarias, sin que precise valerse para su perfecto sentido de ninguna de las que la preceden o siguen.

<https://dle.rae.es/disyunci%C3%B3n?m=form>

4 PARADOJA

2. f. Hecho o expresión aparentemente contrarios a la lógica.

Sin.: contradicción, contrasentido, absurdo, disparate.

3. f. Ret. Empleo de expresiones o frases que encierran una aparente contradicción entre sí, como en *mira al avaro, en sus riquezas, pobre*.

<https://dle.rae.es/paradoja?m=form>

Como paradoja se designa un hecho o una frase que parece oponerse a los principios de la lógica. La palabra, como tal, proviene del latín *paradoxa*, plural de *paradoxon*, que significa 'lo contrario a la opinión común'; este a su vez viene del griego *παράδοξα* (*parádoxa*), plural de *παράδοξον* (*parádoxon*), que podría traducirse como 'inesperado', 'increíble' o 'singular'.

En este sentido, una paradoja puede ser un hecho que, en apariencia, es contrario a la lógica: "*Ya nadie va a ese lugar; está siempre lleno de gente*"; "*Este enunciado es falso*" (paradoja antinómica).

Como tal, la paradoja suele dar la impresión de oponerse a la verdad o de contradecir el sentido común, no obstante, la paradoja no encierra una contradicción lógica, tan solo la aparenta: "*¿Por qué si hay infinitas estrellas el cielo es negro?*" (paradoja de Olbers).

<https://www.significados.com/paradoja/>

5 TÓPICA

La tónica, del griego τοπικός, es la parte de la retórica en sentido amplio que contiene el arsenal de ideas o argumentos con los cuales, por un lado, el orador piensa y organiza su pensamiento y, por el otro, se prepara para convencer a su auditorio o vencer a un adversario. La tónica es un conjunto de tónicos que sirven para desarrollar argumentos. La finalidad de esta parte de la retórica es establecer los contenidos del discurso. El sustantivo inventio significa “hallazgo”, pues el orador debe seleccionar, hallar, en un repertorio prefijado de temas aquellos que son los más adecuados a su exposición. El diccionario de la Academia de la Lengua Española define a tónico como “lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia”. Así, la tónica es un conjunto de lugares comunes, topoi o loci, es decir, ideas susceptibles de ser utilizadas en el discurso.

<https://educalingo.com/es/dic-es/topica>

Unidad V

Errores en la argumentación. Falacias, sesgos cognitivos y paralogismos en la “lógica viva” de Vaz Ferreira

[...] como la clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, LA DE APARIENCIA, es inevitable que haya una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos: la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa —que estaría implícita— para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual.

Manuel Atienza⁸⁵

La contribución más relevante de la Lógica Viva [de Carlos Vaz Ferreira] es el estudio del paralogismo y el aporte más original es su concepción como un proceso o estado de confusión y una fuente de errores mentales y cognitivos antes que discursivos. Los paralogismos se han considerado tradicionalmente una especie del género de las falacias.

Luis Vega Reñón⁸⁶

85 Atienza, 2013: 117.

86 Vega, 2008: 630.

Introducción

En unidades anteriores, se ha podido profundizar sobre riesgos en el uso del lenguaje que conducen a errores en la forma que se asumen las discusiones jurídicas, así como en la comprensión e interpretación de las normas jurídicas.

En complemento a los temas lingüísticos, corresponde en esta unidad analizar, desde diferentes perspectivas, los errores argumentativos más usuales y, en particular, situaciones o circunstancias que los promueven. Las personas juzgadoras no solo evalúan las argumentaciones ofrecidas por las partes a lo largo del proceso, sino también deben procurar no incurrir en errores a la hora de valorar los hechos del caso (a través de la evacuación de la prueba), de tomar la decisión jurídica que corresponda y, sobre todo, de plasmarla en una sentencia judicial.

Desde una perspectiva cognitiva, analizar las fuentes de error tiene un gran valor pedagógico en el desarrollo de competencias y destrezas que deben ser desarrolladas por los jueces y las juezas para la Administración de Justicia. Así, resulta muy oportuno hacer un estudio de las falacias, sesgos cognitivos y errores en la forma en que se asume la discusión de problemas que tienden a conducir a errores argumentativos, tal es el caso de la propuesta de la “*lógica viva*” de Carlos Vaz Ferreira.

Objetivos específicos

- Reconocer los diferentes enfoques existentes sobre los errores argumentativos que inciden en la evaluación de las argumentaciones de las partes en los procesos judiciales para su análisis.
- Distinguir las diferentes categorizaciones tradicionales de falacias, para su utilización como herramienta conceptual que guíe los procesos de decisión y fundamentación de sentencias judiciales.
- Identificar los sesgos cognitivos que, con frecuencia, se convierten en fuentes de error en la percepción de los hechos y valoración del caso judicial para su análisis.
- Analizar la forma en que se aborda la discusión jurídica de problemas que conducen a errores argumentativos, tales como las propuestas de la “*lógica viva*” del filósofo Carlos Vaz Ferreira, para su aplicación.

Tema I. Falacias

Tema 1.1. Aclaración previa sobre las diferentes perspectivas de análisis de los errores argumentativos

A lo largo de la presente unidad, se analizarán diferentes ópticas o perspectivas desde las cuales se pueden analizar los errores argumentativos. Como se verá, estas perspectivas muchas veces convergen, es decir, abordan un mismo problema, pero desde ópticas diferentes, lo que enriquece el análisis sobre esta temática. Con mayor detalle, se pueden enunciar de la siguiente forma:

- Problemas derivados de las inexactitudes del lenguaje que se han analizado a través de los aportes provenientes de los análisis lingüísticos.
- Problemas de percepción y valoración de los elementos del caso y las posibles soluciones jurídicas, relacionados con sesgos cognitivos que se analizan con insumos provenientes de la psicología cognitiva.
- Dificultades relacionadas con la forma en que se asume la discusión de problemas que conduce la comisión de errores en el razonamiento y la argumentación. En este caso, se analizará la valiosa propuesta del filósofo Carlos Vaz Ferreira, la cual denominó “*lógica viva*”.
- Problemas relacionados con la incorrección argumentativa desde una perspectiva evaluativa, a partir de un análisis de un argumento dado. Esta es la perspectiva tradicional fundada por Aristóteles.

En este primer tema, se analizará lo correspondiente a la perspectiva que se ha caracterizado como evaluativa; es decir, al análisis de las falacias.

Tema 1.2. ¿Qué es una falacia?

La necesidad de establecer pautas o criterios para evaluar argumentos es muy antigua, se relaciona con la forma de organización política de la antigua Grecia, en particular con las discusiones públicas propias de la democracia ateniense. Por ello, como se detallará, Aristóteles fue el primero en desarrollar algunos criterios o clasificación de falacias. No obstante, debe considerarse que no toda mala argumentación puede calificarse como falaz. Ello depende de la perspectiva que se adopte para su evaluación (lógica, dialéctica o retórica), así como de una delimitación de qué se debe entender por *falacia*⁸⁷. Desde la perspectiva lógica, Irving Copi brinda un acercamiento conceptual al concepto de falacia:

Una falacia es, entonces, en el sentido en que nosotros usaremos el término, un tipo de razonamiento incorrecto. Puesto que es un tipo de razonamiento incorrecto, podemos decir de dos razonamientos

87 “Aunque todos los libros de lógica contienen un examen de las falacias, su manera de tratarlas no es en todos la misma. No hay ninguna clasificación de las falacias universalmente aceptada. No hay que sorprenderse ante esta situación, pues como dijo acertadamente De Morgan, uno de los primeros lógicos modernos: “No hay nada similar a una clasificación de las maneras en que los hombres pueden llegar a un error, y cabe dudar de que pueda haber alguna”. La palabra ‘falacia’ es en sí misma un poco vaga. Un uso perfectamente correcto de la palabra es el que se le da para designar cualquier idea equivocada o creencia falsa, como la ‘falacia’ de creer que todos los hombres son honestos. Pero los lógicos usan el término en el sentido más estrecho y más técnico de error en el razonamiento o la argumentación”. (Copi, 1999: 81).

diferentes que contienen o cometen la misma falacia. Muchos argumentos son tan obviamente incorrectos que no engañan a nadie. **En el estudio de la lógica, se acostumbra reservar el nombre de «falacia» a aquellos razonamientos que, aunque incorrectos, son psicológicamente persuasivos. Por tanto, definimos falacia como una forma de razonamiento que parece correcto, pero resulta no serlo cuando se lo analiza cuidadosamente.** (Lo destacado no es del original). (Copi, 1999: 81).

El filósofo español Luis Vega brinda una aproximación conceptual de falacia más amplia, en la que se destacan su etimología, así como dos planos en los que tiene diferente significado, y a los efectos del presente trabajo, el segundo plano, el argumentativo, es el más útil:

[...] la falacia suele considerarse un paradigma de mala argumentación. **Nuestro término «falacia» ha heredado el doble sentido de su étimo latino fallo: 1. Engañar, inducir a error; 2. Fallar, incumplir, defraudar. «Falaz» designa entonces aquello que se presta o induce a error, sea falso, fallido o fraudulento. Nuestros usos actuales de «falaz» y de «falacia» acentúan su sentido intencional y peyorativo de falsedad, engaño o mentira, tras haber contraído ciertos matices en parte derivados de la tradición escolar, en parte contaminados por el contacto con otras lenguas. Así, «falacia» se ha venido a mover en dos planos: el plano proposicional de los asertos o proposiciones, donde significa una creencia u opinión falsa ampliamente extendida—e. g. “el tópico de que los españoles son ingobernables es una falacia”—; y el plano argumentativo, donde significa el razonamiento o la argumentación fraudulenta, un argumento inválido o incorrecto que suele pasar por bueno. Del primer plano podemos olvidarnos en el presente contexto: no nos interesan las creencias o las proposiciones, sino los argumentos. Pero sí conviene retener los dos matices apuntados, el de la popularidad o difusión pública de las falacias y el de su apariencia engañosa, pues han tenido bastante importancia a la hora del diagnóstico de las falacias, el primero en la cultura anglosajona, el segundo a lo largo de una tradición que se remonta a los antiguos griegos.** (Vega, 2015: 174-175).

En el ámbito jurídico, interesa, principalmente, el enfoque argumentativo que menciona el profesor Vega. No obstante, como se verá más adelante, será de interés mencionar al menos dos falacias formales que corresponden a los razonamientos *modus ponens* y *modus tollens*, vistos en la Unidad IV.

Conviene hacer referencia a las falacias desde su origen y aparición en el pensamiento filosófico de la cultura occidental por medio de Aristóteles, cuya obra ha sido el arquetipo de análisis de esta temática a lo largo de los siglos. Si bien se le ha dado una connotación cercana a la lógica formal, también contemplaba aspectos dialógicos y retóricos:

A Aristóteles le debemos «Refutaciones Sofísticas», el noveno libro de los «Tópicos». Esta teoría se desarrolla a partir del género dialéctico-retórico del «elenchus», en el que dos o más participantes intentan demostrar sus tesis, generalmente contrarias, respecto de una cuestión. Decimos que el «elenchus» es un género dialéctico-retórico, porque su criterio de identidad se remite a un protocolo, más o menos convencional, sobre una actividad discursiva y no a una serie de reglas de tipo lógico. Sin embargo, esta adscripción del «elenchus» al ámbito de la pragmática tiende a quedar oculta por el hecho de que Aristóteles desarrolla su teoría de la falacia, a la que a veces caracteriza como un «silogismo fallido», en este contexto. (El entrecomillado se ha suplido). (Bermejo, 2014: 82).

Desde su origen hasta nuestros días, se han ido elaborando clasificaciones que parten en buena medida de la visión aristotélica del tema que se puede apreciar de la siguiente forma:

Aristóteles distingue cuatro clases de razonamiento falaz:

- *son falaces no solo aquellos argumentos que parecen válidos (silogismos), pero no lo son; o*
- *los que son válidos, pero parten de premisas que no han sido aceptadas (lo cual remite a cuestiones retóricas como auditorios e interlocutores)[...] también [...]*
- *los silogismos válidos que demuestran la conclusión equivocada, e incluso*
- *aquellos que, aun siendo válidos, solo en apariencia resultan apropiados para el tema en discusión.*

La insistencia en el carácter aparente de la falacia supone que el concepto transite entre lo puramente lógico: el error, y lo retórico: la persuasión engañosa. Sin embargo, a pesar de la concepción amplia de la falacia que tiene Aristóteles, la explicación de su lista de las falacias, tal como aparece en «Refutaciones Sofísticas», que divide entre aquellas que tienen una naturaleza lingüística: equivocación, anfibolía, combinación, división, acento y forma de expresión; y aquellas que no dependen de las peculiaridades del lenguaje: accidente, secundum quid, consecuente, falsa causa, petición de principio, ignoratio elenchi y pregunta compleja, se limita a interpretar todas ellas como silogismos inválidos que parecen válidos, a excepción de la ignoratio elenchi, que caracteriza como un silogismo que es válido, pero que se utiliza para demostrar la conclusión equivocada (en concreto, una conclusión que no era la que realmente había que demostrar, teniendo en cuenta los objetivos del intercambio comunicativo en cuestión). Y por otra parte, solo la ignoratio elenchi y la falacia de pregunta compleja poseen realmente una forma esencialmente dialógica. De manera que, a pesar de que Aristóteles desarrolla su estudio de la falacia en el ámbito del «elenchus» y de que considera, al menos teóricamente, distintos modos en los que un argumento puede fallar de facto, reducen su tratamiento a un análisis formal, monológico y deductivista. (Lo resaltado no es del original). (Bermejo, 2014: 82-83).

201

Más adelante, se conceptualizarán y analizarán las falacias mencionadas en el extracto precedente. Sin embargo, desde este momento, lo que conviene destacar es que hay falacias lógico-formales, falacias materiales, dialécticas, lingüísticas, etc.

Por otra parte, una argumentación puede ser falaz o no, si se contempla desde los diferentes enfoques del derecho (formal, material o pragmático), según lo explica el profesor Manuel Atienza. También es muy relevante la intención de quien profiere un argumento falaz, como se verá en el siguiente tema⁸⁸.

88 Harbottle y Lemus, citando a Manuel Atienza (2013), indican: “**Charles L. Hamblin**, en su obra *Falacias* publicado en 1970 concluye que la lógica formal es insuficiente para el estudio de los argumentos falaces, por lo que resalta la necesidad de introducir un enfoque dialéctico. Para él las falacias son argumentos inválidos que parecen válidos. Indica también: para que un argumento

De previo, resulta orientador emplear lo que indica uno de los exponentes contemporáneos de la argumentación, Stephen Toulmin, cuyas ideas sobre las falacias difieren del tratamiento tradicional o estándar de las falacias. Pero sus observaciones son convergentes a los efectos del presente estudio:

Al igual que ciertas formas ampliamente aceptadas de construir argumentos se reconocen como sólidas en una gran variedad de campos, también ciertos modos de procedimiento en la argumentación han sido reconocidos tradicionalmente como incorrectos. Estos modos se denominan falacias. Ninguna discusión sobre el razonamiento práctico puede estar completa si no tiene en cuenta algunos ejemplos representativos de falacias e indaga sobre la cuestión de qué es lo que las hace falaces. Son necesarias las siguientes precauciones preliminares:

1. *Muchas falacias son resultado del uso inapropiado o inoportuno de las estrategias racionales, o procedimientos de argumentación. Por tanto, el catálogo de falacias estará siempre incompleto. (¡La gente siempre puede inventar nuevas formas de equivocarse en su razonamiento!) Así que los estudiantes no deben esperar que nuestra discusión sobre las falacias agote lo que puede decirse sobre los modos incorrectos de argumentar. Tampoco deben esperar que este difícil tema pueda dominarse de una forma mecánica, pues las falacias son complejas —a veces hasta el punto de ser ingeniosas— y variadas.*

2. *Además, las falacias no se prestan a una clasificación nítida y ordenada. Aquí simplemente comentaremos y proporcionaremos ejemplos de varios tipos de falacias, sin ofrecer una explicación sistemática de sus clases y subclases. Esto se debe a que casi cualquier intento de hacerlo termina por ser más confuso que útil. En lugar de ello, presentaremos un conjunto de modos de argumentación que han sido reconocidos constantemente como incorrectos por los estudiosos del razonamiento.*

3. *Puede que esto inquiete más a algunas personas, pero los argumentos que son falaces en un contexto pueden resultar ser sólidos en otro contexto. Por lo tanto, no podremos identificar ninguna forma de argumentar que sea intrínsecamente falaz. Solo intentaremos indicar por qué ciertos tipos de argumentos son, en la práctica, falaces en uno u otro tipo de contexto. (Toulmin, 2018: 199-200).*

Tema 1.3. Intencionalidad de quien profiere una falacia. Sofismas y paralogismos

Siguiendo al profesor Luis Vega, es importante hacer referencia a la intencionalidad que hay en la persona que sostiene un argumento falaz, remitiéndose parcialmente a la clasificación que existía en la antigua Grecia, la cual le daba un nombre diferente a este tipo de errores, dependiendo de si se trataba de un error en sentido estricto, o bien, de “inducir a error” mediante el engaño:

sea válido es necesario de que parta de premisas aceptadas por alguien, lo que permite que el paso de las premisas a la conclusión sea aceptable. Las premisas implícitas deben tener también esa característica de aceptables para omitirse”. (Hartbottle & Lemus, 2019: 97).

Los griegos, sin embargo, hablaban de “paralogismos” y de “sofismas”. Hoy, al margen de su significado original, conviene mantener estos dos términos para adaptarlos a dos nociones asociadas a la de falacia que importa distinguir en el presente contexto.

Paralogismo	Sofisma
<i>Aquí entenderé por paralogismo un argumento erróneo o incorrecto, a veces propiciado por su confusión o semejanza con otras formas legítimas de inferencia o de argumentación; tiene el sentido neutro de un fallo ocasional o un error cometido de buena fe, bien por falta de competencia o bien por falta de atención.</i>	<i>Por sofisma, en cambio, voy a entender una estratagema o argucia argumentativa hecha a sabiendas con la intención dolosa de probar algo frente a alguien, aunque a través de una prueba de suyo fallida; o de vencerle en la discusión, aunque se violen sus reglas; o de persuadirle, aunque sea la eficacia suasoria lo único que prime. A diferencia del término “paralogismo”, el término “sofisma” arrastra la connotación peyorativa de una incorrección cometida de mala fe, en el sentido de que envuelve una conciencia del ardid y un propósito deliberadamente fraudulento de inducir a error, engaño o confusión.</i>
<i>La diferencia también puede verse, en términos jurídicos, como una distinción pareja a la existente entre la culpa y el dolo.</i>	
<i>Visto desde otro ángulo, el contraste entre el paralogismo y el sofisma viene a ser paralelo al existente entre el hecho de engañarse y la acción de mentir con la intención de engañar.</i>	

Esta carga negativa le ha caído encima al sofisma por culpa de los sofistas, unos competidores de los filósofos y de otros educadores en la antigua Atenas a quienes —en parte por el testimonio de Platón— se les atribuyeron unas intenciones fraudulentas en el uso del discurso y en el debate dialéctico. Claro que, a juzgar por otras prácticas posteriores en otras culturas, esos antiguos sofistas no pasaban de ser unos ingenuos en esto de liar y engañar al personal con las artes del discurso. No hace falta llegar a las técnicas de manipulación publicitaria de nuestros días⁸⁹. (La distribución del texto en cuadros no es del original). (Vega, 2015: 175-176).

89 El profesor Luis Vega Reñón utiliza un curioso ejemplo proveniente de la tradición medieval que podríamos calificar como una maniobra sofística que desemboca en un oxímoron que puede expresarse algo así como “**mentir con la verdad**”: “Recordemos la tradición medieval de los amores de Tristán e Iseo. La reina Iseo es acusada sotto voce de haber cometido adulterio con Tristán, como así ha sido, y el caballero se ha visto obligado a dejar la Corte. No obstante, para disipar de una vez por todas los rumores y las sospechas, Iseo se presta a hacer un juramento solemne según la fórmula veredictiva «si m’ait Dieu —sea Dios mi valedor, pongo a Dios por testigo—», una fórmula que la obliga a no incurrir en perjurio so pena de arriesgar su salvación eterna. Iseo prepara el escenario: el juramento tendrá lugar ante todo el pueblo, en un prado que se extiende al otro lado del vado de un río. Hace volver a Tristán y lo disfraza de mendigo leproso. La mañana de la ceremonia, cuando la comitiva real y las gentes del lugar llegan a la orilla del río, Iseo ordena al falso mendigo leproso que la suba sobre los hombros, a horcajadas. para cruzar el vado sin mojarse el vestido. Luego, colocados todos en sus puestos en el prado, Iseo se dispone a jurar flanqueada por el rey Marc, su esposo, y por el rey Arturo, que actúa como garante del acto. Este fue su juramento: «Pongo a Dios por testigo y juro por la salud de mi alma que jamás ningún hombre ha estado entre mis muslos, salvo el rey Marc, mi esposo, y ese del que ahora me he servido para cruzar el vado.»

Los autores nacionales Frank Harbottle y Francisco Lemus (2019: 95) indican atinadamente que, en la praxis forense, es difícil determinar si los argumentos engañosos de las partes procesales son paralogismos o sofismas, según los criterios antes expresados. Por ello, resulta más conveniente hablar de falacias. En una nota al pie de página respecto a esta afirmación, arguyen que, debido a que las partes procesales defienden intereses particulares, es esperable que lo hagan utilizando los recursos argumentativos que se tengan, incluyendo falacias y, en particular, sofismas.

De hecho, hay posiciones como las del filósofo alemán Arthur Schopenhauer, quien estima que, dada *la naturaleza* de los seres humanos, no es posible pensar en una dialéctica dirigida a averiguar la verdad. Las discusiones siempre estarán orientadas a vencer en una discusión por medios argumentativos lícitos o ilícitos, lo que denominó ***dialéctica erística***⁹⁰.

Aunque resulta entendible la posición de las partes en litigio, en contra partida, la posición de la persona juzgadora, dado su deber de imparcialidad, no es aceptable que recurran a sofismas.

Desde una perspectiva ética de la función jurisdiccional, no es dable pensar que una persona juzgadora argumente de forma deliberada con la intención de engañar. Esto remite a lo que se desarrolló en la Unidad II respecto al contexto de descubrimiento y el de justificación y el deber de transparentar las decisiones jurisdiccionales en un contexto de justificación que solo se base en argumentos dentro del derecho y que sea posible plasmarlos en la sentencia para el control democrático de las partes procesales y la comunidad en general.

No obstante, como se verá en la Unidad VIII, el sistema jurídico puede tolerar o asimilar los errores en los que las personas juzgadoras pueden incurrir; es decir, cuando incurren en paralogismos, para lo que se tienen remedios procesales como la impugnación de resoluciones.

La versión francesa del s. XII termina aquí; otra versión germana de principios del XIII comenta que «Iseo hizo así verdad de una mentira y se salvó con un juramento envenenado». Hoy diríamos que Iseo engañó con la verdad —¿o fue más bien una mentira?—; en cualquier caso, su juramento pasaría por un sofisma. Dejemos de lado esta aplicación del término a una proposición (o a un juramento) —ya hemos descartado que falaz califique meras proposiciones—. Pero quedémonos con la sugerencia de que no solo los argumentos viciados, sino los argumentos correctos o legítimos pueden obrar como sofismas en un determinado contexto. El engaño deliberado será en todo caso una señal decisiva de su funcionamiento sofisticado». (Vega, 2015: 176-177).

90 Ver la obra póstuma de Arthur Schopenhauer titulada *El Arte de tener la razón. Expuesto en 38 estratagemas: “La dialéctica erística es el arte de discutir, y de discutir de tal modo que uno siempre lleve razón, es decir, per fas et nefas [justa o injustamente]. Uno puede, pues, tener razón objetiva en el asunto mismo y sin embargo carecer de ella a ojos de los presentes, incluso a veces a los propios ojos. Ese es el caso cuando, por ejemplo, el adversario refuta mi prueba y esto se considera una refutación de la propia afirmación, para la cual puede no obstante haber otras pruebas; en cuyo caso, naturalmente, la situación se invierte para el adversario: sigue llevando razón aunque objetivamente no la tenga. Por tanto, la verdad objetiva de una proposición y su validez en la aprobación de los que discuten y sus oyentes son dos cosas distintas. (De esto último se ocupa la dialéctica.) ¿A qué se debe esto? A la natural maldad del género humano. Si no existiera esta, si fuéramos por naturaleza honrados, en todo debate no tendríamos otra finalidad que la de poner de manifiesto la verdad... Pero a la vanidad innata se añaden en la mayoría la locuacidad y la innata mala fe. Hablan antes de pensar y al observar después que su afirmación es falsa y que no tienen razón, deben aparentar que es al revés. El interés por la verdad, que en la mayoría de los casos pudo haber sido el único motivo al exponer la tesis supuestamente verdadera, cede ahora del todo a favor del interés por la vanidad: lo verdadero debe parecer falso y lo falso verdadero”. (Lo resaltado no es del original). (Schopenhauer, 2002: 13-15).*

Mas la respuesta para quien administre justicia e incurra en sofismas, es decir, quien busque engañar deliberadamente en sus resoluciones, se encuentra en el Código Penal, mediante figuras delictivas como el prevaricato o la corrupción de jueces y juezas.

A lo largo de este tema, se recurrirá al trabajo de los juristas costarricenses Frank Harbottle y Francisco Lemos, quienes han desarrollado el tema de las falacias en el ámbito jurídico nacional de la forma más amplia y completa a la fecha⁹¹.

Tema 1.4. Clasificaciones sobre las falacias

En materia de falacias, lejos de existir una clasificación sistemática y precisa, existen muchas formas de abordar el tema, de hecho, recordando lo dicho por Genero Carrió, en la Unidad III, sobre las *clasificaciones*, estas no son verdaderas ni falsas, serán útiles o inútiles a los propósitos que se les requiera.

En el presente caso, se expondrá una clasificación que coincide en buena medida con la propuesta original de Aristóteles a la cual se le ha venido agregando, a lo largo de los siglos, diferentes puntualizaciones y agregados. Se hará referencia a algunas falacias formales (relacionadas con argumentos deductivos) y a falacias no formales dentro de las que se ubican las llamadas falacias de atingencia o atinencia, otras que se dan por razones lingüísticas conocidas como falacias de ambigüedad y otras que resultan muy importantes para el derecho. La idea de utilizar una u otra clasificación se adecuaba en este momento a fines académicos o didácticos. En todo caso, es muy oportuno hacer algunas puntualizaciones:

- a) El listado o clasificación de falacias puede verse como una especie de “*caja de herramientas*”, en la cual se dispone de una serie de patrones falaces ya conocidos que pueden servir como guía a la hora de analizar o evaluar argumentaciones sometidas a conocimiento de la persona juzgadora.
- b) No resulta conveniente calificar un argumento falaz con una u otra etiqueta. Más bien identificando que se asemejan a patrones falaces conocidos, corresponderá rechazarlos indicando por qué no son admisibles, es decir, por qué son equivocados, sin que sea indispensable señalar el nombre de la falacia en que se ha incurrido

Las anteriores sugerencias se fundamentan en el hecho de que las argumentaciones que se someten a conocimiento de las personas juzgadoras, cuando resultan falaces, rara vez presentan un único problema de razonamiento, es decir, pueden traslaparse o converger diferentes errores o falacias conocidas, lo que hace dificultoso establecer con detalle las falacias presentes desde el punto de vista de sus respectivas denominaciones.

91 La obra de **Frank Harbottle Quirós** y **Francisco Lemus Víquez** fue publicada bajo el nombre: ***Falacias. Una aproximación teórico-práctica en el derecho***. Fue publicada por la editorial Investigaciones Jurídicas S. A. en mayo de 2019. A la fecha de confección de la presente antología, es la obra más completa que se ha publicado en el país respecto a la temática de las falacias en el ámbito jurídico, aportando además múltiples ejemplos encontrados en la jurisprudencia nacional. Por razones de espacio, solo se puede incluir parte del contenido de esta obra, razón por la cual, para profundizar en el tema, es muy recomendable su consulta.

Lo descrito coloca a la persona juzgadora ante dos situaciones que se deben evitar: la primera, que se equivoque o que no resulte atinada la calificación (de un nombre específico de falacia) lo que, en una resolución de alzada, podría exponer a cierto nivel de ridículo a la persona juzgadora. La segunda se relaciona con el hecho de que, en el fundamento de una decisión, cuando se rechazan argumentos de las partes, corresponde explicar por qué se han rechazado, no solamente calificar con una etiqueta (nombre de la falacia), pues las partes y sus representados deben tener acceso a las razones de la decisión de la forma más clara posible, lo que no se logra con el mero hecho de indicar que se incurrió en una falacia tal o cual. Nótese que también podría incurrirse en pedantería innecesaria que haría deslucir la fundamentación de la sentencia.

Tema 1.5. Falacias formales (falacia de afirmación del consecuente, falacia de la negación del antecedente)

En este apartado, se expondrán las falacias que se presentan con frecuencia en los razonamientos deductivos *modus ponens* y *modus tollens* que se expusieron en la Unidad IV.

La falacia de afirmación del consecuente⁹² (relacionada con el razonamiento deductivo *modus ponens*)

Se produce cuando en un argumento condicional se concluye afirmando el consecuente. Por ejemplo:

(1)	Si alguien es herediano, entonces es costarricense.	(1)	Si A, entonces B.
(2)	Juan Santamaría es costarricense.	(2)	X es B.
(C)	Juan Santamaría es herediano.	(C)	Luego, X es A.

Olvida esta falacia que B puede ser consecuencia de otras cosas distintas de A.

(1)	Si alguien toma cianuro se morirá.
(2)	La abuela se ha muerto.
(C)	La abuela ha tomado cianuro.

El consecuente forma una condición necesaria. Si falta (si la negamos) podemos negar el antecedente: Si no se ha muerto es seguro que no ha tomado cianuro. Por el contrario, si la afirmamos, no podemos extraer ninguna conclusión porque no es una condición suficiente: puede haber muerto de otras muchas maneras.

Quien incurre en esta falacia lee la primera premisa en ambas direcciones: si toma cianuro, se muere; y si se muere, ha tomado cianuro. Es como si, al afirmar que todo gran ciclista es narigudo, asumiéramos que todo narigudo es un gran ciclista. No es oro todo lo que reluce, aunque todo oro reluzca.

92 El primer ejemplo se ha modificado, el texto restante pertenece al *Diccionario de falacias* de Ricardo García Damborenea (pp. 26-27).

(1)	Si un canario canta es que está vivo.
(2)	Mi canario está vivo.
(C)	Luego, canta.

Cantará si quiere, o si puede. Se llama Falacia de afirmación del consecuente o Falacia del consecuente porque se produce cuando afirmamos el consecuente. El argumento correcto, repito, lo niega. No es preciso volverse loco para descubrir estas falacias, pero conviene estar atento.

(1)	Si compras el coche no te llegará el dinero a fin de mes.
(2)	No te llega el dinero a fin de mes.
(C)	Luego, has comprado el coche.

La siguiente imagen sintetiza el primer ejemplo desarrollado en un gráfico circular (de Venn):



Falacia de la negación del antecedente⁹³ (relacionado con el razonamiento deductivo *modus tollens*)

Se comete cuando en un argumento condicional se niega el antecedente. Por ejemplo:

(1)	Si alguien es hereditario, entonces es costarricense.
(2)	Juan Santamaría no es hereditario
(C)	Juan Santamaría no es costarricense.

Se ha señalado como condición para ser costarricense la de ser hereditario. Bien se ve que se trata de una condición suficiente, es decir, compatible con otras igualmente suficientes: se puede ser costarricense por muchos caminos. Pero lo que nos impide argumentar negando tal condición es que no es necesaria: se puede ser costarricense sin ser hereditario. Si lo fuera tendría valor negarla.

93 El primer ejemplo y parte del texto se ha modificado, el resto pertenece al *Diccionario de falacias* de Ricardo García Damorena (p. 9).

La falacia consiste, precisamente en tratar una condición suficiente como si fuera una condición necesaria.⁹⁴

Al negar una condición suficiente no cabe concluir nada. El consecuente puede darse gracias a otras condiciones igualmente suficientes. El juicio condicional se limita a señalar que, si se cumple una condición, estamos autorizados para afirmar algo, pero no autoriza nada en otros supuestos.

(1)	Si se convoca una huelga de autobuses tendremos problemas de tráfico.
(2)	NO han convocado la huelga.
(C)	Luego no tendremos problemas de tráfico.

¡Qué más quisiéramos! Pueden producirse atascos circulatorios por otras razones. El argumento sería correcto si concluyera como Pero Grullo: no tendremos problemas de tráfico a causa de la huelga de autobuses.

En esquema:

(1)	Si A, entonces B.	(1)	Si alguien toma cianuro, se morirá.
(2)	X no es A.	(2)	La abuela no ha tomado cianuro.
(C)	Luego X no es B.	(C)	Luego, no morirá

La siguiente imagen sintetiza el primer ejemplo desarrollado en un gráfico circular (de Venn):



94 Tratar adecuadamente las condiciones necesarias y suficientes es de vital importancia para el derecho (criterio general de imputación de resultados). Véase *Falacia de la confusión entre condición necesaria y suficiente* en el punto n.º17 de las falacias no formales.

Tema 1.6. Falacias no formales

Las falacias informales⁹⁵ son discursos pretendidamente convincentes que incurren en algún defecto de constitución argumentativa o de expresión que determina su incorrección. Los defectos pueden ser tan variados que desafían cualquier orden de reducción; de hecho, los catálogos de este género de falacias incluyen especies múltiples y dispares⁹⁶.

Las falacias no formales⁹⁷ pueden dividirse en dos grupos: las que no son dependientes del lenguaje y las que sí lo son, o lo que es lo mismo, las falacias de atingencia (inatigencia) y las de ambigüedad, como se explica a continuación. (Harbottle & Lemus, 2019: 117-118).

A continuación, se analizarán diferentes tipos de falacias, se aportarán ejemplos de cada una de ellas y se hará referencia a la jurisprudencia relacionada con tales falacias.

Debe aclararse que las sentencias nacionales recopiladas en la obra de Frank Harbottle y Francisco Lemus no son sentencias donde se ha incurrido en una falacia, sino que, en la mayoría de los casos, las partes procesales han alegado la existencia de un razonamiento falaz, o bien, se trata de sentencias de alzada que estiman que las sentencias apeladas han incurrido en alguna falacia.

Tema 1.6.1. Falacias de atingencia – diecinueve falacias importantes en la argumentación jurídica

Cuando un argumento descansa en premisas que no son pertinentes para su conclusión y, por lo tanto, no pueden establecer de manera apropiada su verdad, la falacia cometida es de atinencia. “Inatigencia” quizás describe mejor el problema, pero las premisas con frecuencia son psicológicamente atinentes para la conclusión, y esto explica la aparente corrección y persuasividad.⁹⁸

Las falacias de atinencia consisten en errores de razonamiento, ya sea que construyan premisas o lleguen a conclusiones de una manera equivocada o errada al caer en una vinculación incorrecta, tanto en la formulación de la premisa como en la construcción de esas conclusiones o esas derivaciones⁹⁹.

Las falacias de atingencia o de relevancia son argumentaciones en las que las premisas no tienen relevancia lógica (o atinencia) respecto de la conclusión; lógicamente no tienen nada que ver con la conclusión, esto es, son irrelevantes al respecto, por ello más bien deberían llamarse de inatigencia de no atingencia (o atinencia), puesto que no existe una relación entre las premisas y la conclusión. Sin embargo, no debe pasarse por alto que sí son capaces de lograr, psicológicamente, un cierto

95 “Stephen Toulmin propone dentro de esta cinco categorías: 1) de falta de razones, como la petición de principio; 2) de razones irrelevantes, como la de pista falsa, apelación a la autoridad, ad hominem, ad ignorantiam, ad populum, ad misericordiam, ad vericundiam; 3) de razones defectuosas, como la generalización apresurada, falacia del accidente; 4) suposiciones no garantizadas, como la falacia de la cuestión compleja, de falsa causa, falsa analogía; 5) de ambigüedades, como las falacias de anfibología, de acento, de énfasis, de composición, de división. En: Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013, pp. 152-153.”

96 “Vega Reñón, Luis. Si de argumentar se trata. Barcelona: Montesinos, 2003, p. 189.”

97 “Las falacias no formales pueden ser materiales o verbales. Las primeras son conocidas como falacias de la presunción, porque las premisas “presumen” demasiadas cosas, sin probarlas. Mientras que las verbales, se refieren a falacias de la ambigüedad, porque la conclusión se obtiene mediante un uso impropio de las palabras. Al respecto: Moreso i Mateos, Josep J. Lógica, argumentación e interpretación en el derecho. Barcelona: Editorial Eureka Media, 2006, p. 90.”

98 “Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007, p. 127.”

99 “Chirino Sánchez, Alfredo. Las Falacias. En: Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 288.”

grado de persuasión, puesto que, de modo, preferente, recurren a sentimientos de piedad, temor, vanidad, etcétera. O a los prejuicios¹⁰⁰.

Todas ellas tienen en común dos propiedades:

a) La conclusión no se sigue de las premisas.

b) La invalidez no depende de características propias del lenguaje, de modo que, aunque hagamos un análisis gramatical o lexicográfico del argumento su invalidez no desaparece¹⁰¹.

La propiedad a) se da tanto en las falacias de atingencia como en las lingüísticas; de otra manera no serían falacias. La propiedad b) distingue el primer grupo del segundo.

En las falacias de atingencia la conclusión no se sigue de las premisas, aunque parece seguirse porque se asimila a la conclusión que se seguiría válidamente. El engaño es por una razón psicológica. En las de ambigüedad la conclusión válida no se obtiene debido a algún fallo del lenguaje (error por motivo lingüístico). (Harbottle & Lemus, 2019: 118-119).

1

Falacia personal - ad hominem

“La falacia ad hominem o ad persona consiste en que, pretendiendo rebatir una afirmación, en lugar de refutar a la afirmación misma, se ataca a la persona que la sostiene. Como si, por ejemplo, al estar analizando la conveniencia de modificar alguna ley, en lugar de exponer los pros y los contras de la misma o de las razones que se argumentaran a su favor, se descalificara al legislador que la propone por ser este un flojo o un borracho, pretendiendo, con ello, probar la inconveniencia de aceptar la modificación de la ley que él defiende. Se trata, pues, de un ataque dirigido hacia la persona (ad personam) hacia el hombre (ad hominem) no hacia sus razonamientos. El error de este tipo de pseudoargumento radica no en el ataque a la persona, sino en fingir que, por quedar ella “descalificada” como persona, sus afirmaciones son falsas ipso facto. Es común encontrar este tipo de falacia en argumentos que pretenden descalificar a alguien en razón de su ideología, clase social, nacionalidad, antecedentes, costumbres, etcétera, todo lo cual, si bien puede ser importante para juzgar a la persona, resulta irrelevante al analizar la verdad o falsedad de una afirmación concreta que ella defiende¹⁰²”. (Harbottle & Lemus, 2019: 121).

210

100 “Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 425.”

101 “Camacho Naranjo, Luis. *Introducción a la lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 116.”

102 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 70.”

Ejemplo:

- ✓ “Mi vecino me dijo que va a llover, pero siempre está borracho y tiene fama de ladrón. Seguramente se equivocó y no lloverá.” (Camacho, 2002: 135).
- ✓ **Descalificación de un testigo por complaciente, pero sin dar razones.** Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, sección segunda, resolución 2016-443 de las catorce horas treinta y un minutos del quince de julio de dos mil dieciséis. (Harbottle & Lemus, 2019: 123-124).
- ✓ **Una prostituta puede ser violada. Asumir la tesis contraria por ella tener esa condición constituye una falacia.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 001266-98, de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. (Harbottle & Lemus, 2019: 126-126).

2

Falacia *ad hominem* circunstancial

“El ataque indirecto no se dirige abiertamente contra la persona sino contra las circunstancias en que se mueve: sus vínculos, sus relaciones, sus intereses, en una palabra, todo aquello que pueda poner de manifiesto los motivos que le empujan a sostener su punto de vista... Es la forma de ataque que sufre quien pertenece a un grupo (político, religioso, cultural) no porque sus ideas sean despreciables, sino porque se supone que disfraza con argumentos los intereses de su grupo” .(García Damborenea, 2000: 48).

“Para que la falacia funcione, ni siquiera hace falta que las características o circunstancias del individuo sean reales; pueden ser falsas. Empezar una conversación alabando la inteligencia del interlocutor suele dar resultado, sobre todo si éste no es inteligente; los aduladores aprenden pronto en la vida que pueden conseguir mucho tocando la vanidad, de los demás. Se requiere una particular fortaleza moral para resistir la adulación”. (Camacho, 2002: 119-120).

Ejemplo:

- ✓ Alegato de apertura de la defensa en un juicio penal: “Señor juez, señoras juezas de este honorable tribunal, mi defendido se encuentra esperanzado en que se haga justicia en su caso, conociendo la sólida formación profesional, aportes a la jurisprudencia nacional y a la comunidad académica que les ha caracterizado, no me cabe duda que por fin se verá la luz en este asunto y absolverán ustedes de toda pena y responsabilidad a mi patrocinado”.

- ✓ **Mayor o menor credibilidad a un testimonio debido únicamente a los atributos personales de quien lo emite es falaz**. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2010-0846, de las diez horas y tres minutos del seis de agosto del dos mil diez, voto salvado. (Harbottle & Lemus, 2019: 127-128).

3

Falacia et tu quoque

“Tu quoque, traducido al castellano significa **“Y tú también”**. Es una variedad de ataque personal que consiste en rechazar un razonamiento alegando la inconsistencia del proponente. Se le acusa de hacer o defender lo mismo que condena o, al contrario, de no practicar lo que aconseja hacer a otros. Es decir, se emplea para desprestigiar las razones de quien no es consecuente, sin analizarlas [...] La falacia surge con facilidad porque utilizamos el tu quoque en dos situaciones distintas que no distinguimos con nitidez. Despacharemos en primer lugar el **uso legítimo de este recurso** [...] Es legítimo el tu quoque cuando se utiliza para rechazar una autoridad moral. ¿Qué significa autoridad moral? Llamamos así a aquella cuya solvencia consiste en ser consecuente con lo que aconseja, a la que argumenta con el ejemplo, a la que ofrece un modelo vivo de la conducta que predica [...] casos en que los consejos o las acusaciones precisan el respaldo de una sólida autoridad moral que sostenga nuestra confianza, es legítimo exigir las credenciales a tal autoridad, que no son otras que su ejemplo, y estamos autorizados para rechazarla, mediante el recurso al tu quoque, cuando no lo ofrece [...] **el uso falaz**. Estamos ante una falacia cuando el tu quoque se emplea para rechazar un razonamiento o excusar una conducta. No dejo el tabaco porque mi médico tampoco lo deja. El médico no precisa ampararse en la autoridad moral. Es un experto; le sobran razones técnicas para fundamentar sus consejos: el tabaco no daña por igual a todo el mundo; los peligros para un determinado paciente pueden objetivarse mediante exámenes clínicos o instrumentales. Si es así, menospreciar las razones porque el consejero es incoherente constituye un sofisma. Lo mismo ocurre cuando rechazamos una crítica fundamentada alegando: ¡Tú más! Un error no se corrige con otro”. (García Damborenea, 2000: 91-93).

Ejemplo:

- ✓ *“Muchos países islamistas no permiten construir iglesias a los cristianos, así que los países europeos tienen razones para no permitir tampoco que se construyan mezquitas y minaretes.*

- ✓ *En Arabia Saudí y en otros países no-occidentales se lapida a las mujeres que cometen adulterio, así que también podemos torturar nosotros a los hombres árabes que amenacen nuestra seguridad nacional, y con más razón”. (Bordes, 2011: 252).*

4

Falacia de apelación a la misericordia (*ad misericordiam*)

“Consiste en apelar a la piedad para lograr el asentimiento cuando se carece de argumentos. Trata de forzar al adversario jugando con su compasión (o la del público), no para complementar las razones de una opinión, sino para sustituirlas [...] Uno apela a las emociones cuando piensa que serán favorables a su causa, lo cual es legítimo, pero comete una falacia cuando lo hace por carecer de argumentos. La apelación a la misericordia debe ser un complemento de las razones, no su vicario”. (García Damborenea, 2000: 59).

Ejemplo:

- ✓ “[...] en el contexto de un proceso penal, en el que es clara la culpabilidad del acusado en la comisión del delito, se apela a la situación difícil por la que pasaba el delincuente para provocar compasión en el juzgador y conseguir así una absolución o una pena menor. En realidad, la situación por la que pasa el acusado es independiente del hecho de que éste, de acuerdo con los parámetros legales, cometa o no el delito: si concurren los requisitos que la ley determina, se comete el delito y procede la obligación jurídica de aplicar la sanción legalmente establecida, y en caso contrario, no se comete el delito y procede la sanción, independientemente de las dificultades por las que atraviesa el individuo (que pase por una situación difícil no supone que no cometa el delito o que no le corresponda jurídicamente la sanción establecida por la ley)¹⁰³. (Harbottle & Lemus, 2019: 130-131).

- ✓ **Proceso de familia de guarda, crianza y educación. Alegato de la parte de que no contestó la demanda por falta de dinero.** Tribunal de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, resolución 377-2015, de las quince horas y cuarenta y cuatro minutos del veintiuno de abril de dos mil quince.

- ✓ **Apelación a Dios como clemencia para absolutoria penal.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2012-000715, de las diez horas y cuarenta minutos del veinte de abril del dos mil doce, voto salvado. (Harbottle & Lemus, 2019: 133).

103 “Martínez Zorrilla, David. Una breve introducción a la argumentación. Barcelona: FUOC, 2009, p. 76.”

5 Falacia de llamado al pueblo (*ad populum*)

“La falacia de llamado al pueblo, o de apelación a la multitud (*ad populum*), se presenta cuando se apela a los sentimientos, en forma especial a las emociones del pueblo o de la masa: cuando se recurre a una terminología emotiva para provocar los sentimientos de la gente¹⁰⁴ [...] Se trata de una apelación a los sentimientos del oyente para conseguir adhesión, aceptación o apoyo de cierto punto de vista, afirmación, decisión, etc., en lugar de utilizar argumentos racionales en su favor. Es un *modus operandi* especialmente peligroso (desde el punto de vista de la racionalidad) porque resulta muy persuasivo, ya que se apela directamente a algo que nos gusta, o con lo cual nos sentimos identificados, y por lo tanto no se requieren grandes esfuerzos intelectuales para “convencernos”. Desde un punto de vista psicológico, estamos mucho más predispuestos a aceptar aquello con lo que nos identificamos (por tradición, porque nos atrae, etc.), aunque no existan razones mínimamente sólidas en su apoyo, que a cambiar nuestro punto de vista y abandonar así convicciones profundas sobre la base de argumentos racionales¹⁰⁵”. (Harbottle & Lemus, 2019: 134-135).

Ejemplo:

- ✓ “En un juicio penal por femicidio, de mucha cobertura mediática, el fiscal solicita la condena del imputado, bajo argumento de apelación a las emociones del juez de que la prueba de cargo fue contundente, y, por lo tanto, si absuelve al imputado, favorecería la impunidad en asuntos por violencia contra las mujeres, en detrimento de sus derechos humanos y la paz social. La contundencia probatoria para inculpar al sindicado es un argumento aceptable, siempre y cuando se encuentre justificado, sin embargo, insinuar que debe condenarse, porque si se absuelve se favorecería la impunidad no es un argumento admisible, puesto que no tiene relación con la demostración con certeza del hecho punible atribuido.” (Harbottle & Lemus, 2019: 137).

104 “Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 428.”

105 “Martínez Zorrilla, David. *Una breve introducción a la argumentación*. Barcelona: FUOC, 2009, p. 77.”

6 Falacia de la apelación a la falsa autoridad (*ad verecundiam*)

“La falacia de apelación a la autoridad (*ad verecundiam*), se apoya no en razones, sino únicamente, en alguna autoridad exterior al argumento. Invita a no seguir el propio criterio y a fiarse sólo del que tiene autoridad ¹⁰⁶ [...] En la falacia *ad verecundiam* se recurre al argumento de autoridad, al sentimiento de respeto que se tiene hacia esa autoridad y la vergüenza que “debería” producir el rechazo de su opinión, como “prueba” de la verdad de una conclusión. En cierto modo, funciona en sentido inverso a la falacia *ad hominem*, pues mientras que en esta última se pretende probar la falsedad de una afirmación con base en la descalificación personal de quien la emite, en la falacia *ad verecundiam*, en cambio, se apela a la autoridad (o al sentimiento de respeto que la gente tiene hacia ella) como argumento para defender la verdad de una determinada proposición¹⁰⁷[...] mente que ese “alguien” este en lo correcto sólo por ser quien es¹⁰⁸. En la argumentación con apelaciones a la autoridad, hay que tener presente que lo que hace es sustituir la discusión de hechos y de pruebas, con la simple referencia a un autor. Otro ejemplo es cuando se descontextualiza al autor. El otro caso de argumentación a la autoridad es cuando, por ejemplo, un deportista famoso usa un determinado tipo de desodorante o escoge un determinado tipo de raqueta o de ropa deportiva¹⁰⁹[...] La invocación de autoridades científicas (doctrinarios) o la cita de precedentes jurisprudenciales (de instancias de casación o constitucionales), lejos de constituir un tipo de falacia como la expuesta, constituyen una técnica adecuada de razonamiento, siempre y cuando la referencia se logre vincular con la hipótesis debatida. La mera recopilación de citas o de votos no constituye una forma de argumentar. Lo importante es comprobar la pertinencia y utilidad de acudir a tales citas”. (Harbottle & Lemus, 2019: 137-142).

106 “Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 426-427.”

107 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 73.”

108 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011p. 73.”

109 “Chirino Sánchez, Alfredo. *Las Falacias*. En: *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 298-299.”

Ejemplo:

- ✓ “Aristóteles nos asegura que la materia de la que están hechos los cuerpos celestes no está sujeta a cambios. Podemos estar seguros de que no hay “manchas” en el Sol sin necesidad de observaciones con un telescopio”. (Toulmin, 2018: 214).
- ✓ “En esto de gigantes -respondió don Quijote- hay diferentes opiniones, si los ha habido o no en el mundo; pero la Santa Escritura, que no puede faltar un átomo en la verdad, nos muestra que los hubo, contándonos la historia de aquel filisteo de Goliat, que tenía siete codos y medio de altura, que es una desmesurada grandeza (Don Quijote, 11,1)”. (Bordes: 2011: 214).
- ✓ **Apelación a la superioridad del Juez para justificar que su decisión, errada o no es inobjetable.** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución número 2012-533, de las 10:00 horas, del 19 de octubre de 2012. (Harbottle & Lemus, 2019: 145-148).

7 Falacia de apelación a la ignorancia (*ad ignorantiam*)

“Esta falacia se presenta cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente porque no se ha demostrado su falsedad, o que es falsa porque no se ha demostrado su verdad. Es decir, este razonamiento equivocado acontece cuando un sujeto afirma algo que no prueba, y no obstante exige a otros probar lo contrario. La imposibilidad de suministrar una prueba de la tesis contraria a la suya, le sirve de base para sostener que lo que dice es correcto¹¹⁰. **Es decir, se produce una inversión ilegítima de la carga de la prueba argumentativa¹¹¹.** El argumento *ad ignorantiam* no se basa en certezas, sino en el hecho de que la hipótesis sostenida vale porque no existen pruebas en contra¹¹² [...] Esta falacia, en consecuencia, consiste en afirmar (erróneamente) que la ausencia de pruebas, evidencias o argumentos sólidos en contra de algo (una afirmación, punto de vista, etc.) es por sí sola suficiente para acreditar la verdad de la afirmación no negada o no refutada. Por ello, este razonamiento recibe el nombre de argumento “*ad ignorantiam*”, o “argumento a partir de la ignorancia” (de los elementos o pruebas en contra). Toda afirmación, punto de vista, teoría, etc. precisa para su fundamentación o justificación de elementos que apoyen dicha teoría, afirmación o punto de vista, sin que la ausencia de elementos en contra implique, sin más, que ésta es cierta. Como suele decirse de forma bastante gráfica, “la ausencia de prueba no es prueba de ausencia¹¹³ [...] Hay un contexto especial en el cual la apelación a la ignorancia es común y apropiada, a saber, el de un juzgado, donde un acusado se considera inocente hasta que no se ha probado su culpabilidad...la defensa en un caso penal puede reclamar legítimamente que, si el fiscal no ha probado la acusación más allá de toda duda razonable, el único veredicto posible es el de no culpabilidad¹¹⁴”. (Harbottle & Lemus, 2019: 148-152).

110 “Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002, pp. 106-107.”

111 “García Restrepo, Luis. *Elementos de Lógica para el derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 169.”

112 “Lo Cascio, Vincenzo. *Gramática de la argumentación*. Madrid: Alianza editorial, 1998, p. 295.”

113 “Martínez Zorrilla, David. *Una breve introducción a la argumentación*. Barcelona: FUOC, 2009, p. 75.”

114 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, p. 129.”

Ejemplo:

- ✓ “Ese dictador debe de tener armas de destrucción masiva, porque nadie ha probado que no las tenga.” (En referencia al motivo espurio que sirvió de base para la invasión de Iraq en el año 2003 y el derrocamiento de Saddam Husein) (Bordes, 2011: 296).
- ✓ “Las estrellas parecen contener la clave de nuestro destino. Porque nadie ha demostrado nunca de manera concluyente que las estrellas no contengan la clave de nuestro destino.” (Toulmin, 2018: 218).
- ✓ “El político norteamericano Joseph McCarthy anunció un día que había penetrado la «cortina de hierro del secreto de Truman» y que tras ello obtuvo datos sobre ochenta y un casos, de los que ofreció al Senado sólo aquellos de los que se podía probar que se trataba de personas con enlaces comunistas en el Departamento de Estado. Sobre el caso número cuarenta dijo: **No dispongo de mucha información sobre éste, excepto [...] que no hay nada en los archivos que muestre que no tenía enlaces comunistas**” (Bordes, 2011:295).
- ✓ **Inversión del principio de carga de la prueba penal.** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución número 2017-0631, de las 10:22 horas, del 30 de noviembre de 2017. (Harbottle & Lemus, 2019: 154-157).

8 Falacia de petición de principio (*petitio principii*)

“La falacia de *petitio principii* consiste en implícitamente, usar la propia conclusión como premisa¹¹⁵. Mejor dicho, en pretender tomar como prueba de una conclusión a la conclusión misma, es decir, las premisas y la conclusión que se intentan probar dicen lo mismo, aunque con distintas palabras [...] A diferencia de otras falacias, la de petición de principio no encierra un error en la inferencia o deducción, sino en la prueba, la cual debe ser más manifiesta¹¹⁶ [...] Esta falacia consiste en suponer la verdad de lo que uno quiere probar [...] Parecería que no se debe agrupar esta falacia junto con las demás falacias de atinencia, puesto que aquí el error no radica en que las premisas sean inatinentes respecto a la conclusión. No son inatinentes, puesto que prueban la conclusión, pero lo hacen de manera trivial. Un argumento de petición de principio siempre es válido, pero lo es trivialmente. Quienes incurrir en este error no se dan cuenta de que han supuesto aquello que deben probar¹¹⁷. (Harbottle & Lemus, 2019: 157-159).

115 “Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Planeta, 2011, p. 113.”

116 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 65.”

117 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, p. 137.”

Ejemplo:

✓ “A: *Nadie en su sano juicio se suicida.*

B: *¿y tu amigo X? Nos sorprendió a todos cuando se suicidó el año pasado.*

A: *Bueno, parecía sano, pero está claro que no lo conocíamos bien.*” (Bordes, 2011:

✓ “P: *Smith dice la verdad.*

I: *¿Por qué dices eso?*

P: *No me mentiría sobre esto*” (Toulmin, 2018:204).

✓ **Ministerio Público: si la herida causada por el imputado al ofendido con arma blanca fue «profunda» (lo cual supone, pero no sustenta), entonces su intención fue homicida.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2010-01275, de las once horas y cincuenta y uno minutos del cuatro de noviembre del dos mil diez. (Harbottle & Lemus, 2019:163).

✓ **Contrato de seguro: Alegato del INS para no pagar seguro, aduciendo que asegurada actuó de mala fe, porque omitió informar relación de «parentesco» con la persona lesionada (circunstancia de parentesco que supone pero que no fue probada).** Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección novena, resolución número 0048-2010, de las 10:00 horas, del 14 de mayo de 2010. (Harbottle & Lemus, 2019:164-165)

“La falacia de causa falsa se refiere a cualquier conclusión cuestionable sobre causa y efecto¹¹⁸. Presupone que podemos determinar la conexión entre un efecto y su causa. Esto no siempre es posible. Esta falacia se comete cuando se indica que una circunstancia es la causa de un determinado efecto, cuando del todo no lo ha sido o lo ha sido de manera parcial, o simplemente porque un hecho aparece como antecedente de otro¹¹⁹[...] Ocurre cuando a partir de constatar que ciertas cosas ocurrieron juntas, o una seguida de la otra, asumimos que una es causa de la otra, sin atender a otras posibles vinculaciones. Muchas veces, al pretender razonar así, no vemos que esos fenómenos tienen una causa común que los explica¹²⁰ [...] De acuerdo con Weston, en la falacia de causa falsa se tienen dos tipos: la *non causae ut causae* (hacer pasar por causa lo que no es causa) y la *post hoc, ergo propter hoc* («después de esto, por tanto, a causa de esto»). En la primera, en donde lo tomamos como causa de un efecto algo que no es causa real. En el segundo caso, pretendemos que la causa inmediatamente anterior sea la que produjo el efecto, en donde se toma como causa de un hecho precisamente la causa inmediatamente anterior. Es decir, asumir causalidad precipitadamente a partir de la mera sucesión en el tiempo¹²¹ [...] Los que están familiarizados con la teoría de la causalidad, saben que muy fácilmente es posible caer en las falacias de causas, porque normalmente utilizamos diversas teorías de la causalidad, algunas son teorías de causa efecto, otras son teorías de la causa eficiente, otras de la condición *sine que non*, etc., pero en general casi todas las teorías de la causalidad lo que tratan de establecer es una relación entre un resultado y la acción que lo ha generado, pero casualmente todos los procesos en relación con aspectos de causalidad, lo que pretenden es precisamente tratar de eludir posibles causas no eficientes o no directamente involucradas en la producción del resultado¹²².” (Harbottle & Lemus, 2019: 167-170).

Falacia de la pendiente resbaladiza

“Tiene relación con la falacia de causa falsa una manera de razonar que se conoce en inglés como **slippery slope** y que podríamos traducir como la **cuesta resbalosa**. También se conoce como la **teoría del dominó**, por la imagen de las piezas del dominó colocadas verticalmente una cerca de otra, que se desploman sucesivamente a partir de una que cae. En español este nombre parece ser el más frecuente.

Esta manera de razonar procede así: se supone que no podemos aceptar algo porque si lo aceptamos tenemos que estar dispuestos a aceptar una serie de efectos cada vez más graves. Se dice, además, que es más fácil corregir el problema en la raíz que esperar a que crezca, o que se puede apagar el fuego fácilmente cuando está empezando, pero no cuando se propaga. En la retórica política es una argumentación muy utilizada.” (Camacho, 2002: 127).

118 “Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Planeta, 2011, p. 116.”

119 “Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 108.”

120 “Camejo, Marina, Hernández, Gonzalo y Pereira, Horacio. *Manual de métodos lógico-cuantitativos*. Montevideo: Universidad de la República, 2011, p. 43.”

121 “Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Planeta, 2011, p. 118.”

122 “Chirino Sánchez, Alfredo. *Las Falacias*. En: *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*.

Wishful Thinking

Esta falacia se menciona aquí por cuanto a veces se presenta como lo opuesto de la *pendiente resbaladiza*; es decir, se desea la concurrencia de nexos de causalidad únicamente positivos que llevan a una situación inocua al mayor éxito posible (a pesar de ser improbable tal coincidencia). De la siguiente cita, se infiere que se trata de confundir deseos con la realidad, una especie de autoengaño, no necesariamente vinculado a la unión en secuencia de causas.

“La creencia en esos efectos mágicos obra también como base, según hemos ido viendo, del característico fenómeno conocido como wishful thinking. [Traducción literal: pensamiento-lleno-de-deseos; más breve, pensamiento-por-deseos.] Es pensar que la realidad misma se acomoda a nuestras esperanzas, imaginarse que las cosas son tal y como uno quiere que sean. Significa confundir los propios deseos, mediante las palabras que los expresan, con la realidad misma... Tal actitud mental se viene a conjugar, haciéndose wishful thinking, con otro rasgo general básico de la mente humana, nuestra fuerte tendencia a esquivar la angustia que produce el mirar de frente las realidades lo bastante desagradables como para ponemos en jaque... En aras del wishful thinking, muy a menudo asistido por la magia verbal, nuestras mentes están repletas de autoengaños. Ejercen una amplia impronta en las religiones, la filosofía, el discurso político y el jurídico. Cuando el wishful thinking recurre a la magia verbal, ambos extremos se funden entre sí, se apoyan mutuamente para constituir un síndrome unitario del pensamiento, que tapa la realidad mediante unas palabras-llenas-de-deseos. Las ciencias de la naturaleza y las lógico-formales han conseguido librarse, en general, de tal impronta; en cambio, ella sigue muy viva en las ciencias de lo humano”. (Haba, 2012: 149-151).

Ejemplos:

- ✓ *“Los aztecas creían que cada cincuenta y dos años tenía lugar una crisis cósmica tras la cual cambiaba el curso de la naturaleza. Por ello encendían fogatas en la medianoche del final del ciclo y encerraban a las mujeres embarazadas, ya que creían que sus hijos podían ser monstruos. Según la iluminación de la fogata entendían que el curso de la naturaleza seguiría así o no otros cincuenta y dos años más. Sin embargo, al poco de iniciarse según sus cálculos un nuevo ciclo, llegaron los españoles con caballos y armas de fuego a conquistar su mundo y a cambiarlo drásticamente”. (Bordes, 2011: 274).*
- ✓ *“Nuestro país lleva varias décadas de régimen de derecho y de producir buen café. Sigamos produciendo buen café para seguir disfrutando de una vida democrática.*
- ✓ *No se debe permitir que los adolescentes se acuesten tarde, pues sin duda quieren ver programas de televisión inconvenientes para menores, y de allí pasarán a usar drogas, y a cometer actos de vandalismo, y cuando uno menos lo piensa se habrán convertido en criminales”. (Camacho, 2002: 136 y 138).*
- ✓ *Señor juez, debe usted concederme la libertad condicional, si me libera, se que obtendré un trabajo muy bien remunerado, que sin duda me permitirá a la vuelta de dos años comprar una finca avícola que me gusta y podré ser millonario a vuelta de tres años. (Nota: imagine que el que argumenta es un privado de libertad sin estudios, recursos económicos o soporte o contención familiar ni laboral).*
- ✓ **Lesiones graves – Legítima defensa: Descalificación por parte del Tribunal de versión del imputado de que fue golpeado por el ofendido, bajo argumento de que no es creíble porque no fue atendido en un Hospital.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2011-00133, de las nueve horas diez minutos del dieciséis de febrero del dos mil once.
- ✓ **Juez que ordena prisión preventiva, argumentando que existe peligro de fuga porque el delito en cuestión es grave y prevé altas penas.** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 05011-1997, de las 15:36 horas, del 27 de agosto de 1997.
- ✓ **Víctima o testigo que llora en el debate, no miente.** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución número 0045-2015, de las 14:59 horas, del 28 de enero de 2015. (Harbottle & Lemus, 2019: 172-175).

“Si generalizamos desde casos insuficientes o excepcionales, cometemos una falacia de generalización precipitada¹²³. Se da cuando a partir de un hecho que no responde sino a casos muy especiales, pretendemos sacar una generalización específica¹²⁴.

Weston la llama «sobregeneralización», esto es, la generalización a partir de demasiados pocos ejemplos. Verbigracia: «Que sus amigos estudiantes sean todos atletas o vegetarianos, no quiere decir que todos los estudiantes sean iguales»¹²⁵.

Surge cuando se generaliza a partir de casos que son insuficientes o poco representativos¹²⁶. Por ejemplo, ante casos aislados [...]” (Harbottle & Lemus, 2019: 176).

Este tipo de falacia es el que está en la base de la mayoría de los estereotipos y prejuicios que tienen las personas respecto a las personas extranjeras. Se incurre en este tipo de falacia cuando se hacen razonamientos inductivos defectuosos, y su conclusión se presenta como inductivamente fuerte. Más adelante, se hablará de las máximas de la experiencia (en la Unidad VI) que implican generalizaciones aceptadas como parte de las reglas de la sana crítica, pues bien, esta falacia conlleva asumir una mera suposición como una máxima de la experiencia.

Ejemplo:

- ✓ “A partir de un estudio de 200.000 personas en el estado de Florida se concluyó que un 49 por 100 de norteamericanos pasan dos horas al día en actividades recreativas. Sin embargo, la población de Florida está integrada en su mayoría por jubilados y turistas, en clara asimetría con el resto de estados de los Estados Unidos. (En este caso la falacia se produce porque la muestra, aun siendo amplia, no era representativa)”. (Bordes, 2011: 262).
- ✓ **Falacia de generalización apresurada para construir una supuesta regla de experiencia probatoria y desacreditar versión de la víctima.** Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, Sección Segunda. Resolución 2016-092 de las once horas veintiún minutos del dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.
- ✓ **Generalización apresurada de una máxima de experiencia que, en realidad, no lo es.** Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, Sección Segunda. Resolución 2015-395, de las catorce horas cincuenta y seis minutos del seis de julio de dos mil quince. (Harbottle & Lemus, 2019: 178-180).

123 “García Damborenea, Ricardo. *Uso de la Razón. Diccionario de Falacias*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 44.”

124 “Chirino Sánchez, Alfredo. *Las Falacias. En: Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 300.”

125 “Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Planeta, 2011, p. 117.”

126 “García Damborenea, Ricardo. *Uso de la Razón. Diccionario de Falacias*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 42.”

“La falacia de conclusión inatingente se conoce también con el nombre en latín *ignoratio elenchi* (ignorancia de refutación), que se puede traducir como desconocimiento del asunto, en el sentido de que las premisas que se aducen para la conclusión no tienen nada que ver con ella. También la podemos llamar falacia de conclusión irrelevante: las premisas son irrelevantes para la conclusión¹²⁷. La falacia de la irrelevancia pretende que se considere como irrelevante lo que no lo es¹²⁸. Moreso, señala que la falacia de la conclusión irrelevante se comete cuando la conclusión hace referencia a un aspecto que las premisas no tienen en cuenta ni pueden fundamentar¹²⁹. García Restrepo, respecto a la falacia de «ignorancia del tema», indica que se configura cuando se argumenta ignorando el asunto, o se pone en boca del adversario lo que este no ha dicho, o se le mal interpreta para refutarlo, o cuando se cambia con mayor o menor habilidad del tema pertinente¹³⁰. La *ignoratio elenchi* es una estrategia en la que no se pone en discusión el problema a resolver o la tesis a defender, sino que se habla de otras informaciones precedentes, en general, del oponente para defender lo que se ha dicho¹³¹. (Harbottle & Lemus, 2019: 181).

Ejemplo:

- ✓ “[...] en un juicio el abogado de la acusación puede elaborar un alegato en el que insiste reiteradamente en que el asesinato es un crimen horrible, y ofrece datos y argumentos a favor de ello, pero no ofrece ninguna prueba de que el acusado haya cometido un asesinato. En este caso el abogado omite todo dato justificativo a favor o en contra de la tesis que intenta justificar o refutar sobre la culpabilidad del acusado, ya que se equivoca al identificar la conclusión de su propio argumento”. (Bordes, 2011: 189).
- ✓ **Falacia de premisa falsa (o equívoca)**. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2016-00039, de las diez horas y quince minutos del quince de enero del dos mil dieciséis. (Harbottle & Lemus, 2019: 184-185).

127 “Camacho Naranjo, Luis. *Introducción a la lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 128.”

128 “Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 412-413.”

129 “Moreso i Mateos, Josep J. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Editorial EOC, 2006, pp. 91-92.”

130 “García Restrepo, Luis. *Elementos de Lógica para el derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 171.”

131 “Lo Cascio, Vincenzo. *Gramática de la argumentación*. Madrid: Alianza editorial, 1998, p. 296.”

“Aunque sea costumbre incluir entre las falacias la llamada “falacia de pregunta múltiple” o pluribus interrogationum, está claro que por definición algo no puede ser una falacia si no es un argumento. La “falacia “de pregunta múltiple o pregunta compleja consiste en tomar muchas preguntas como si fuera una sola, lo cual lleva a dar una sola respuesta, sin advertir que con ella se estará contestando no sólo a una cuestión, sino a varias.¹³² (Harbottle & Lemus, 2019: 186).

“De entrada, por ser una pregunta parece incumplir el requisito según el cual una falacia es un argumento, que consta de proposiciones enunciativas, no interrogativas. Sin embargo, su estructura enunciativa queda clara cuando se advierte que el error de argumentación está más bien en lo que presupone, que es un enunciado, no en lo que dice literalmente. Esta falacia sólo es tal cuando la presuposición es falsa o no justificada y la pregunta aspira a establecerla como verdadera o justificada sin más [...] En esta falacia el error radica precisamente en que se oculta esa presuposición relevante: que la pregunta oculta ya ha sido respondida afirmativamente sin más explicación.” (Bordes, 2011: 242-243)

En materia penal, la existencia de este tipo de trampas, que pueden contaminar la recepción de la prueba testimonial durante los actos procesales, están prohibidas por el Código Procesal Penal, como se aprecia de las siguientes normas:

Artículo 97: [...] **Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente.** (Interrogatorio de la persona imputada).

Artículo 135: [...] **Las preguntas que se le formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas.** (Interrogatorio de testigos).

Artículo 352: [...] **Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas [...].** (Recepción de testimonios en juicio).

132 *“Fernández Ruiz, Graciela. Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 64”.*

Ejemplos:

“Tiene al menos cuatro versiones:

1. Se formulan dos o más preguntas a la vez y se pide una respuesta única.

1. ¿Ya has dejado de pegar a tu mujer?

2. Se formula una pregunta presuponiendo otra.

2. ¿Por qué la esclavitud en los Estados Unidos fue la peor que el mundo ha conocido?

Sea o no el caso, se presupone sin explicar que la esclavitud norteamericana ha sido la peor del mundo.

3. Se formula una pregunta con falsa suposición.

3. *La contaminación que produces ¿aumenta o rebaja tus beneficios?*

4. Se formula una pregunta compleja exigiendo una respuesta simple (p. ej., «sí» o «no» en las preguntas decisivas).

4. ¿Considera conveniente para España permanecer en la Alianza Atlántica en los términos acordados por el Gobierno de la Nación? [...]” (Bordes, 2011: 242-243).

5. Abogado defensor reclama que tribunal penal incurrió en falacia de pregunta compleja (retórica). Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, resolución número 2017-1103, de las 15:15 horas, del 5 de septiembre del 2017. (Harbottle & Lemus, 2019: 190-191).

“El origen de esta falacia es fascinante. Se cree que su nombre original, red berring (arenque rojo) en inglés, está inspirado en la práctica de los que trataban de salvar a una zorra perseguida dejando una pista falsa (un arenque ahumado, que tiene un olor penetrante y adquiere un color rojo oscuro) que confundiría a los perros de caza que buscaban a su presa. La pista falsa es un argumento falaz cuya eficacia radica en la distracción porque se desvía la atención¹³³. Esta falacia consiste en introducir un tema irrelevante o secundario y desviar la atención del tema principal.” (Harbottle & Lemus, 2019: 194).

“La pista falsa [...] debe ser colateral a la cuestión, porque ha de estar relacionada con ella aunque sea indirectamente. De otro modo el auditorio no aceptará la fuga... Además de colateral, es importante que el asunto despierte emociones. El público rara vez se involucra con los argumentos de un debate, pero lo hace siempre con las emociones. Toma partido enseguida por aquel orador que expresa los sentimientos comunes. De este modo se divide la concurrencia: el tramposo y los oyentes se sitúan en el lado de los buenos frente a un incauto que se ha dejado distraer y comienza a parecer sospechoso.” (García Damborenea, 2000: 77-78).

133 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2013, p. 155”.

Ejemplo:

- ✓ “¿No está usted de acuerdo con el procesamiento de Pinochet? ¿Es que no le importan las cuatro mil víctimas mortales, ni el dolor de sus familias?”
- ✓ “¿No va a votar usted en contra del aborto? ¿Es que no le importan los niños que morirán sin ver la luz, sin que se respete, como se le respetó a usted, el derecho a vivir, a estar aquí?” (García Damborenea, 2000: 77-78).
- ✓ **Delito sexual.** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución número 713-2016, de las 9:25 horas, del 12 de diciembre de 2016. (Harbottle & Lemus, 2019: 194-195).

14

Falacia del hombre de paja

“Es mucho más fácil ganar una pelea contra un hombre de paja que contra uno de carne y hueso. Si al oponernos a un punto de vista exponemos la posición de nuestro adversario como una fácil de destruir, el argumento es falaz. Pudiera pensar que esta falacia es una variedad de la pista falsa, debido a que también distrae la atención de la disputa real, sin embargo, en este caso, la distracción es de índole particular: es un intento de cambiar el conflicto de su complejidad original hacia un conflicto diferente, entre partes diferentes a la de la disputa original”¹³⁴. (Harbottle & Lemus, 2019: 195).

“Hay varios modos de caricaturizar una tesis: por simplificación (olvidando precisiones sutiles relevantes), por reconstrucción distorsionada y por extrapolación ilícita (realizando inferencias no implicadas por su contenido). Conviene recordar que la caricaturización tiene lugar tanto si quien comete la falacia pretendía hacerla como si no: las razones que determinan la presencia de una falacia son lógicas, no psicológicas [...] Esta falacia, mediante la que se argumenta contra un oponente sustituto más débil y fácil de derrotar que el real, constituye el principal modo de atentar contra el principio de caridad interpretativa, que recomienda ser generoso al dar sentido a las tesis ajenas. Las victorias retóricas conseguidas mediante esta falacia son victorias paupérrimas: no tiene gran mérito derrotar a un contrincante de poca monta. Desafortunadamente para los ciudadanos, es habitual que políticos de todas las ideologías la cometan; de hecho, algunos debates parlamentarios consisten en secuencias más o menos discontinuas de falacias del espantapájaros seguidas por ad hominem, tu quoque y falacias del lenguaje pernicioso con algunos datos empíricos intercalados. No son exclusivas, desde luego, de la política [...]”. (Bordes, 2011: 191).

134 “Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2013, p. 157”.

Ejemplos:

Extrapolación ilícita:

- ✓ *“A: Algunos animales, por ejemplo, los grandes simios, en la medida en que sienten dolor y tienen expectativas de futuro, forman parte de la comunidad moral, así que tienen derecho a no ser torturados ni usados instrumentalmente para fines humanos caprichosos.*

R: ¡Tanto hablar de los animales y sus derechos! ¡Cuando vayas caminando por un parque, citen cuidado con no pisar una hormiga!”

Reconstrucción distorsionada

- ✓ *“A: Creo que deberíamos animar a nuestros hijos a ver menos televisión y a hacer más ejercicio, porque no propicia su iniciativa y autonomía personal.*

R: ¿Cómo te atreves a acusarme de permitir que mis hijos hagan el vago y de convertirlos en enfermos teleadictos?” (Bordes, 2011: 191).

- ✓ **Argumento de la defensa penal para negarle credibilidad total a las víctimas mediante un hecho que pretende ser extrapolado. Distinción entre falacias de pista falsa y «hombre de paja».** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución número 713-2016, de las 9:25 horas, del 12 de diciembre de 2016.
- ✓ **Modificación de la versión de la imputada (por parte de los jueces), para concluir algo que no dijo.** Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, sección segunda, resolución 2014-490, de las catorce horas dos minutos del diecisiete de octubre de dos mil catorce. (Harbottle & Lemus, 2019: 197-198).

“Tradicionalmente, la apelación a la fuerza se incluye entre las falacias de asunciones injustificadas. No obstante, estrictamente hablando, tal argumento difícilmente puede ser una falacia en absoluto. Lleva al oyente al consentimiento más que a la convicción, y el hablante que recurre a tales argumentos rara vez se engaña a sí mismo. Las apelaciones a la fuerza son simplemente amenazas, que implican que el individuo sufrirá un daño de algún tipo a menos que haga o diga (o se abstenga de hacer o decir) lo que exige el proponente como asentimiento a su tesis. El principio —o garantía— que hace valer tal argumento es la noción de que “el más fuerte tiene razón”, es decir, que quienes tienen fuerza no solo pueden hacer e imponer tesis sino también justificarlas. Por supuesto, las amenazas no tienen que ser físicas; pueden ser morales o psicológicas. El predicador que nos asegura la condenación si no dejamos de pecar nos amenaza tan claramente como el criminal que nos asegura que nuestra familia sufrirá daños si testificamos sobre sus fechorías ante un tribunal. No cabe duda de que tales “argumentos” son persuasivos, pero solo nos persuaden de actuar o hablar como se nos exige en contra de nuestra voluntad y de nuestras convicciones personales. Tales amenazas no nos dejan convencidos de que, solo porque cumplamos con esas exigencias, están justificadas. Nos dejan intimidados más que engañados.” (Toulmin, 2018: 222).

Ejemplo:

- ✓ “Mira Laura, tú necesitas este empleo y yo necesito una secretaria cariñosa, así que será mejor que nos entendamos”¹³⁵. (Harbottle & Lemus, 2019: 192).
- ✓ “Las medidas excepcionales en las prisiones de Guantánamo, contrarias al derecho de habeas corpus, son necesarias contra los terroristas, de lo contrario ellos destruirán nuestro modo de vida norteamericana y el de los países demócratas.” (Bordes, 2011: 229).
- ✓ “Si Ud. No me hace un buen trabajo escribiré un artículo sobre el mal servicio en su taller. Ud. sabe que en el periódico me publican los artículos que les envío, así que estoy seguro de que Ud. me hará caso.” (Camacho, 2002: 135).

135 “García Damborenea, Ricardo. *Uso de la Razón. Diccionario de Falacias*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 13.”

Dado que esta particular falacia tiene que ver con muchas de las discusiones jurídicas contemporáneas que el país ha vivido (principalmente en temas bioéticos como la fecundación *in vitro*), así como su relación con los planos de la *facticidad* y de la *normatividad* desarrolladas en Unidad III y con uno de los parallogismos de Vaz Ferreira (*Cuestiones explicativas y cuestiones normativas* que se verán en el tema 3.4.), se expone lo siguiente:

*“En materia de bioética el profesor Manuel Atienza ha denunciado que una de las falacias en las que más frecuentemente se incurre es precisamente la falacia naturalista, definida como la pretensión de pasar, sin más fundamentación, del discurso descriptivo al prescriptivo o valorativo¹³⁶. De previo a exponer el específico cuestionamiento que se hace al razonamiento del tribunal constitucional, conviene referirse a la **falacia naturalista**,¹³⁷ que ha sido un poderoso argumento contra el derecho natural. Según comenta Enrique Dussel, sobre la cuestión meta-ética, desde el plano lógico-formal del positivismo, resulta incontrovertido el hecho de que es imposible la deducción analítica del “deber ser” (juicio de valor) del “ser” (juicio empírico);¹³⁸ pues en lógica formal se sabe que de una premisa no se puede deducir analíticamente algo que no esté ya contenido en ella, para obtener una conclusión normativa debe encontrarse ya en las premisas dicha normatividad¹³⁹.*

136 *El profesor Atienza plantea al menos diez falacias usuales en el campo de la bioética, enumerando la falacia naturalista como la séptima de su lista. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel “Curso de argumentación jurídica” Editorial Trotta S.A., Madrid, 2013. Pág. 409.*

137 *“[...] es una auténtica falacia filosófica. Consiste en derivar una prescripción (lato sensu) de premisas puramente descriptivas. “Un error denunciado por Hume, pero que se sigue cometiendo con frecuencia, es el de argumentar a partir de premisas que sólo contienen palabras descriptivas y [alguna inflexión del verbo] ‘ser’ como cópula, para arribar a una conclusión que contiene como cópula [alguna inflexión del verbo] ‘deber’. Esta es una falacia en sentido estricto: los argumentos de este tipo no pueden ser válidos, pero a menudo se los hace aparecer como plausibles mediante el uso ambiguo de palabras tales como ‘razonable’, ‘adecuado’, ‘autoridad’, ‘beneficioso’, ‘valeroso’, ‘moderado’, ‘justo’ y ‘correcto’, y aún la misma palabra ‘bueno’. Cualquiera de estas palabras puede ser usada primero en un sentido puramente descriptivo e interpretada luego en un sentido parcialmente descriptivo y prescriptivo” CARRIÓ, Genaro. “Sobre los Límites del Lenguaje Normativo”; Editorial Astrea, 1° edición 1973, 1° reimpresión, 2001. Buenos Aires. Pág. 78-79.*

138 *DUSSEL, Enrique “Algunas Reflexiones sobre la Falacia Naturalista” Revista Realidad N° 65, Septiembre-October de 1998. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. El Salvador.*
<http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4de3b58a738e0algunasreflexiones.pdf>

139 *Dussel como fuentes de esta afirmación menciona a Frege, Carnap, Russell, el primer Wittgenstein, Stevenson, Hare y Ayer.*

El filósofo del derecho Haba Müller señala que se trata de un problema muy común en el razonamiento cotidiano, partiendo del hecho de que las persona usualmente no piensan en silogismos formales, por lo que estima que es difícil persuadir a un principiante del hecho de que algo “sea” o exista, no se sigue sin más que “deba” existir,¹⁴⁰ el principiante cree sentir convincentemente que el mero hecho de la existencia da por sí mismo a toda costa la justificación de su ser; “porque en otros caso Dios no la habría creado o no permitiría su existencia”, por tanto para verificar la conclusión habría que empezar por probar la realidad de Dios y la Creación pero claro está, esto no puede conseguirse ni por medio del método científico ni por medio intersubjetivo alguno. Lo anterior implica la existencia del **Principio de Cesura Lógica entre Ser y Deber Ser**¹⁴¹. (Porter, 2014: 172-173).

Ejemplo:

- ✓ El caso de la prohibición de la fertilización *in vitro* en Costa Rica es un buen ejemplo de esta falacia: “El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto son personas, al ser “persona” un término del lenguaje moral y la calificación de algo como “persona” un juicio moral, que por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho”. (Ferrajoli, 2004: 499-509).

17

Falacia de la confusión entre condición necesaria y suficiente

Esta falacia se puede ubicar (desde una perspectiva diferente a la tradicional y más cercana a autores como Hamblin) dentro de las falacias que contravienen el criterio de suficiencia; es decir, las razones que se brindan en un argumento no solo deben ser relevantes, sino también deben ser suficientes. Este criterio es muy relevante para el derecho cuando se busca determinar la existencia de causalidades que ameriten la imputación de un resultado, por ejemplo.

“Algunos vínculos lógicos entre conceptos son especialmente útiles para entender las proposiciones en las que aparecen. Dos de ellos son las nociones de condición necesaria y condición suficiente. Se dice que un suceso o propiedad es condición necesaria de otro u otra cuando en su ausencia no se daría o no podría existir. Por su parte, una condición suficiente es aquella cuya presencia garantiza que se dé. Así, el aumento de temperatura hasta 100°C es condición necesaria para que el agua hierva, pero no es condición suficiente, ya que es preciso, entre otras cosas, que el agua esté a nivel del mar. La presencia de un agente microbial en un organismo es condición necesaria para que haya infección, pero no es suficiente, ya que han de darse otras condiciones en el huésped relativas a su sistema inmunológico y a su entorno para que contraiga la enfermedad. Pues bien, se produce la falacia de la confusión entre condición necesaria y suficiente cuando de las premisas que afirman que se da cierta condición necesaria (o suficiente) se infiere por ello que esa condición es suficiente (o necesaria) se puede considerar el siguiente ejemplo: Ejemplo Fijate en tu hermano: ha sacado un 9,8 en la selectividad. Con eso tendrá la puntuación para cursar la especialidad que desea. Si no tienes una nota así, te quedarás sin entrar en la universidad que quieres. Los casos de condiciones suficientes son más difíciles de construir. La razón es fácil de entender. Son precisos muchos factores para que baste con ellos para darse un suceso, casi siempre hay que añadir una cláusula ceteris paribus. En cambio, resulta más sencillo señalar una condición sin la cual el suceso no tendría lugar. En el ejemplo, la nota media alta es suficiente para que el estudiante curse esa carrera (lo es junto con otros factores como que la haya elegido, que esté sano para iniciarla, que se pueda desplazar al lugar donde se ubica la universidad que la imparte [...] ceteris paribus). Sin embargo, no es necesario tener esa nota para cursarla, quizá con un notable sea suficiente para alcanzar la nota de corte de ese curso”. (Bordes, 2011: 285-287).

140 “[...] exactamente igual que el hecho de que hay mosquitos, o tiburones que devoran hombres, no es justificación de que sigan existiendo ni mosquitos ni tiburones.” HABA MÜLLER, Enrique Pedro “Axiología Jurídica Fundamental. Bases de Valoración en el Discurso Jurídico” Editorial Universidad de Costa Rica, 1° edición, San José, 2004. p. 170.

141 HABA MÜLLER, Enrique Pedro. Op. Cit. Pág. 170 - 174.

Ejemplos:

- ✓ “Para ser nadador profesional, al menos debes entrenar cuatro horas al día. Eso es lo que me dijo mi entrenador. Después de diez años no me han admitido: me engaño.
- ✓ He puesto todos los ingredientes y no me ha salido el pastel; la receta está mal”. (Bordes, 2011: 286).
- ✓ El profesor Pedro Haba refiriéndose a la prohibición de la Fertilización In Vitro en Costa Rica estima que se dio esta falacia por parte de la Sala Constitucional: “[...] **no saber (o no querer) distinguir entre una condición necesaria y una condición suficiente. Por supuesto que sin embrión resulta imposible -él es causa NECESARIA- que llegue a existir un respectivo individuo. Pero no menos cierto es que con únicamente tener un embrión no basta -él no es condición SUFICIENTE- para que acaso llegue a haber un respectivo individuo. Por lo demás, no sólo un embrión es condición necesaria para que llegue a darse determinado individuo [...]**”. (Porter, 2014: 176).

Tema 1.6.2. Falacias de ambigüedad (Falacia de Anfibología, Falacia del Énfasis, Falacia de la Composición y Falacia de la División).

“A veces, los argumentos fracasan porque su formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados cambian en el curso del argumento, produciendo así una falacia. Estas son las falacias de ambigüedad, y si bien algunas de ellas suelen ser crudas y fácilmente detectables, otras resultan sutiles y peligrosas.¹⁴² Las falacias de ambigüedad son argumentaciones que recurren a términos o enunciados cuyos significados cambian en el curso del argumento (en especial, por ser términos o vocablos polisémicos¹⁴³.”

En este tipo de falacias, el problema de la invalidez del argumento tiene que ver con propiedades del lenguaje, bien sea de un término, o de la estructura de la oración. Presentan mayor facilidad al momento de analizarse, porque el origen del problema de la invalidez se puede indicar claramente al comparar los diferentes significados de los términos que aparecen en el argumento o la estructura gramatical de éste. A diferencia de las falacias de inatención, donde se intenta establecer el esquema de argumentación típico de cada clase, aquí interesa más bien señalar el problema lingüístico correspondiente”¹⁴⁴. (Harbottle & Lemus, 2019: 198-199).

142 “Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007, p. 151.”

143 “Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 421.”

144 “Camacho Naranjo, Luis. Introducción a la lógica. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 130.”

“La mayoría de las palabras tienen más de un significado literal y en gran parte de los casos no tenemos dificultad en distinguir en cuál sentido se usan, al apelar al contexto y a la capacidad para interpretar lo que escuchamos o leemos. A veces, los distintos significados de una palabra o frase se confunden –accidental o deliberadamente– y en tal caso, decimos que una palabra se usa equivocadamente. Si lo hacemos en el contexto de un argumento, cometemos la falacia de equivocación.¹⁴⁵

De acuerdo con Arroyo y Rodríguez, la falacia de equívoco tiene lugar en casos en los que un término tiene diferentes acepciones, pero únicamente se cita una, y se ocultan las demás. Para solventar la confusión es imprescindible identificar el concepto alterado o utilizado fuera de contexto.

Ejemplo:

La muerte es un asunto de extrema “gravedad”. La gravedad es lo que evita que nos caigamos de la Tierra. Por lo tanto, la muerte es principalmente lo que evita que nos caigamos de la tierra.¹⁴⁶

Para que surja la falacia de equívoco, es necesario que una misma palabra (o forma de palabra) signifique varias cosas, ya sea que las signifique todas de igual manera (como la palabra banca puede significar lo mismo “mueble que sirve de asiento” que “institución financiera”), o bien, que tenga un significado principal y otro metafórico o traslaticio (como la palabra pie significa “extremidad inferior”, pero también puede usarse para referir la parte más baja de una estructura o la base en que se apoya, como cuando decimos “el pie de tu ventana” o “el pie de la montaña”).¹⁴⁷ El argumento “un elefante es un animal, por lo tanto, un elefante pequeño es un animal pequeño” es ridículo. El punto aquí es que “pequeño” es un término relativo, un elefante pequeño es un animal muy grande. Es una falacia de equívoco que radica en el término relativo “pequeño”. Sin embargo, no siempre son obvias las equivocaciones derivadas de los términos relativos.¹⁴⁸

El que exista esta diversidad de significados hace posible que se dé el equívoco, no por la diversidad en sí misma –pues, si los diferentes significados se distinguen claramente, no ocasionarán problema alguno– sino más bien, por no saber reconocer dicha diversidad y hacer uso de los distintos significados en el mismo razonamiento, sin advertir su multiplicidad.¹⁴⁹

La falacia de equívoco tiene lugar cuando el argumento se basa en la pluralidad de significados de un término, que se confunden para obtener una conclusión que no está respaldada por las premisas. Desde el punto de vista de la lógica, son varias las formas en que se puede dar la pluralidad de significados de los términos.¹⁵⁰

145 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, pp. 151-152.”

146 “Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 109.”

147 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 60.”

148 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, p. 153.”

149 “Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 61.”

150 “Camacho Naranjo, Luis. *Introducción a la lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 130.”

Ejemplos:

Obsérvese los diferentes sentidos del concepto de “igualdad”

- ✓ «El grave error del igualitarismo como teoría de la justicia radica en sostener que los seres humanos son iguales, cuando es obvio que unos poseen frente a otros más ventajas naturales, como su inteligencia, atractivo, capacidad de liderazgo... El igualitarismo como mucho es una utopía: esas diferencias no se pueden compensar jamás por muchas medidas sociales que se pongan en marcha».

Ningún igualitarista serio ha sostenido la trivialidad de la igualdad natural de capacidades entre seres humanos. Tanto la lotería natural como la social nos distinguen. De lo que se trata es de conseguir igualdad de oportunidades para reducir la influencia de las características de salida y que influencias no-pertinentes (como los recursos económicos) impidan que talento y esfuerzo consigan su objetivo.” (Bordes, 2011: 181-182).

- ✓ “Se dice que el señor XX es mediocre y que no debería ocupar un puesto tan importante como el de diputado en la Asamblea Legislativa. Pero los diputados nos representan a todos los ciudadanos, y hay muchos ciudadanos mediocres que también tienen derecho a tener alguien que los represente en la Asamblea.”

(Nota: lo relevante aquí es el sentido que se le atribuye al concepto representación popular).

- ✓ “En nuestro país hay muchos asesinatos y accidentes de tránsito. Por tanto, es un mito decir que aquí hay democracia”.
- ✓ “Nada es mejor que la felicidad eterna y un sándwich de queso es mejor que nada. Está claro, pues, que un sándwich de queso es mejor que la felicidad eterna.” (Camacho, 2002: 135-137).
- ✓ En Costa Rica, los grupos de interés económico-empresarial, a través de sus medios de comunicación, le dieron un sentido diverso a un término relativo, sea al concepto de “**privilegio**”, logrando que todo lo que esté por encima del umbral del salario mínimo del sector privado (que de por sí es muy bajo en términos de costo de la vida), se entienda como un privilegio que debe ser desmantelado.

“Anfibología es el mismo tipo de cosa que equívocidad, excepto que el doble significado ocurre en una construcción que envuelve varias palabras que no son ambiguas en sí mismas.”¹⁵¹

Así como la falacia del equívoco nace a partir de la ambigüedad, en una palabra, la falacia de anfibología surge a partir de la ambigüedad en la estructura gramatical de alguno de los enunciados que integran el razonamiento. Véase el siguiente enunciado: “el hermano del vecino que robó el carro trabaja en mi oficina”. En este caso, ¿quién robó el carro?: ¿el vecino o su hermano? La estructura gramatical del enunciado es ambigua porque permite igualmente ambas interpretaciones: que el vecino robó el carro o que fue su hermano quien lo robó. Si este enunciado se emplea en un argumento confundiendo sus dos sentidos, se estaría cometiendo la falacia de anfibología.”¹⁵²

La falacia de anfibología ocurre cuando se argumenta a partir de premisas cuyas formulaciones son ambiguas a causa de su construcción gramatical.

Un enunciado es anfibológico cuando su significado está indeterminado debido a la forma en que se combinan sus palabras. Un enunciado anfibológico puede ser verdadero bajo una interpretación y falso bajo otra.

Las llamadas “frases yuxtapuestas” muchas veces dan lugar a divertidos casos de anfibología, como: “El granjero se voló la tapa de los sesos, luego de despedirse afectuosamente de su familia, con un disparo de fusil.”¹⁵³

Aunque etimológicamente anfibología significa lo mismo que “ambigüedad”, este término se utiliza aquí en el sentido más restringido de ambigüedad en la construcción gramatical. No hay en estas falacias diversidad de significación en términos aislados, sino más bien en combinaciones de palabras que pueden entenderse en más de una forma. El ejemplo clásico de ambigüedad, repetido hasta aburrir en los libros, es la frase “se venden sombreros para niños de paja”. Sin embargo, este tipo de frases no son argumentos y, por tanto, tampoco son falacias. La anfibología se destruye con solo cambiar el orden de las palabras: “Se venden sombreros de paja para niños.”¹⁵⁴ Esta hipótesis es sencilla, pues aun cuando es incorrecto pensar en “niños de paja”, siendo acertado que los sombreros estén contruidos con ese material, a simple vista es claro que se transmite una idea equívoca.”¹⁵⁵ (Harbottle & Lemus, 2019: 202-204).

151 *“Atienza, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 158.”*

152 *“Fernández Ruiz, Graciela. Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 61.”*

153 *“Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007, pp. 153-154.”*

154 *“Camacho Naranjo, Luis. Introducción a la lógica. Libro Universitario Regional, Cartago, 2002, pp. 132-133.”*

155 *“Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 109.”*

Ejemplo:

- ✓ “[...] si en un noticiero se publica el siguiente titular: “Menor de trece años dio muerte a sus abuelos”. Podrían asumirse dos interpretaciones: 1) que la persona que cometió el delito tiene exactamente trece años o 2) que esa persona podría tener, ya sea, 12, 11, 10, 9 años o incluso menos. Si la noticia no especifica la situación puede generar confusión”. (Harbottle & Lemus, 2019: 204).
- ✓ “Piénsese en el dilema al que se enfrenta un abogado al descubrir el siguiente legado en un testamento: «Por la presente dejo \$5.000 a mis amigos John Smith y William Jones». Suponiendo que los bienes asciendan a más de \$10.000, el abogado debe decidir si el fallecido pretendía dejar una cantidad de \$5.000 por separado para cada uno de los dos amigos o si la suma total de \$5.000 debe dividirse entre ellos”. (Toulmin, 2018: 248).

3

Falacia de énfasis

“La falacia de énfasis o de acento, ocurre cuando a partir de darle más peso a algunas palabras del enunciado se sacan conclusiones que no se darían si se consideran las mismas palabras de otra manera. Son frecuentes en frases parcializadas de discusiones o exposiciones públicas, o en periódicos sensacionalistas, así como en la propaganda comercial que intenta crear la impresión de que un producto cuesta menos de lo que realmente cuesta.”¹⁵⁶

Copi, denomina esta falacia con el nombre de falacia de acento. Afirma que un argumento puede resultar engañoso y no válido cuando el cambio de significado dentro de él surge a partir de cambios de énfasis en las palabras o en sus partes. Cuando una premisa obtiene su significado de un posible énfasis, pero la conclusión que de ella se obtiene descansa en el significado de las mismas palabras enfatizadas en forma diferente.¹⁵⁷

Consiste en recalcar o acentuar una parte de una proposición o de un conjunto de proposiciones con el fin de inducir a una conclusión errónea, llamando la atención del lector. Tal es el caso de muchos anuncios que aparecen en los periódicos donde se destaca lo que puede atraer al comprador (especie de ganga o buena oportunidad) y colocan en letras casi ilegibles las condiciones que podrían alejarlo. Se anuncia con letras grandes el precio de promoción, pero en letra diminuta al pie de página o del anuncio se dice que las existencias son limitadas, que el precio está sujeto a cambio sin previo aviso y que solo se venderá dentro de un horario reducido.¹⁵⁸ Con frecuencia, las fotografías e ilustraciones, así como otros recursos gráficos, se usan para confundir al auditorio o a los lectores mediante el acento. Los encabezados sensacionalistas, calificados por palabras en letra más pequeña, suelen publicarse en varios periódicos a fin de sugerir deliberadamente argumentos falaces.¹⁵⁹

Esta falacia se da cuando estamos tratando de construir un pensamiento y hacemos un énfasis específico en un aspecto no medular, dándole mayor preeminencia a ese argumento y le quitamos una referencia a lo más importante¹⁶⁰. (Harbottle & Lemus, 2019: 204-206).

156 “Camejo, Marina, Hernández, Gonzalo y Pereira, Horacio. Manual de métodos lógico-cuantitativos. Montevideo: Universidad de la República, 2011, p. 46.”

157 “Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007, p. 154.”

158 “Camacho Naranjo, Luis. Introducción a la lógica. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, pp. 133-135.”

159 “Copi, Irving y Cohen, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007, p. 155.”

160 “Chirino Sánchez, Alfredo. Las Falacias. En: Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 304.”

Ejemplos:

- ✓ *“Dice la Biblia que debemos amar al prójimo. Por tanto, podemos odiar al resto de los seres humanos.”* (Camacho, 2002: 137).
- ✓ *“[...] «Él no debería haber tratado a su mujer de esa forma en público.» En función de si enfatizamos “él”, “a su mujer”, “de esa forma” o “en público”, sugerimos sentidos ligeramente diferentes”.* (Toulmin, 2018: 249).
- ✓ **Reclamo de la defensa penal basado en una apreciación sesgada de los análisis probatorios del tribunal sentenciador, para concluir que fue contradictoria.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 0348-2001, de las 10:05 horas, del 06 de abril de 2001. (Harbottle & Lemus, 2019: 207-209).

4

Falacia de composición

“La falacia de composición se presenta cuando una característica relativa a uno de los sujetos que integra un conjunto se le traslada a todo el grupo.¹⁶¹ Se produce cuando atribuimos a un conjunto cosas que solamente son ciertas en las partes. Cuando se afirma: como todos los componentes son buenos (o malos), el conjunto ha de ser bueno (o malo).¹⁶² En la falacia de composición se entiende en sentido de grupo lo que debería de entenderse en sentido individual. Esto da como resultado atribuir falsamente los predicados que se dicen de un grupo en su conjunto, a sus individuos falsamente los predicados que se dicen de un grupo en su conjunto, a sus individuos aislados.¹⁶³ En la falacia de composición la ambigüedad proviene de atribuir al todo o al grupo lo que conviene a la parte o al miembro el grupo, como si lo que conviene a la parte debiera convenir igualmente al todo. En otras palabras, es el razonamiento que falazmente atribuye las propiedades de las partes de un todo a éste. De modo general, se parte de los atributos de los elementos individuales de una colección a los atributos de la colección o totalidad que agrupa a esos elementos¹⁶⁴. En la falacia de composición una afirmación distributiva se toma como si fuera colectiva. O, dicho de otra manera, se predica del todo lo que es cierto para cada una de sus partes. Esta falacia no es trivial: quien piensa que un conjunto hereda las propiedades de sus miembros se puede llevar sorpresas desagradables. Los jugadores que forman la Selección Nacional pueden ser muy buenos, cada uno separadamente, pero concluir de ese hecho que la Selección es un equipo muy bueno es una falacia de composición. Algo parecido ocurre en el cine, considerando cada filme como un conjunto integrado por las acciones de los actores y actrices. Estos pueden ser muy famosos, y sin embargo la película puede resultar un desastre. Al revés, obras maestras del cine se han hecho con actores y actrices desconocidos.¹⁶⁵ (Harbottle & Lemus, 2019: 204-210).

237

161 *“Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. Lógica jurídica y motivación de la sentencia Penal. San José: Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 110.”*

162 *“García Damborenea, Ricardo. Uso de la Razón. Diccionario de Falacias. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000 p. 22. “*

163 *“Fernández Ruiz, Graciela. Argumentación y Lenguaje Jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 63.”*

164 *“Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 424”*

165 *“Camacho Naranjo, Luis. Introducción a la lógica. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 133.”*

Ejemplos:

- ✓ “A mí me gusta caminar solo y a Ud. le gusta caminar solo. Deberíamos caminar juntos.”
- ✓ “Esta compañía no se declarará en quiebra, pues sus dueños han pagado siempre puntualmente todas sus deudas. (Camacho, 2002: 135-136).
- ✓ **Proceso ordinario de reivindicación y usucapión.** Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución número 00225-2013, de las ocho horas cinco minutos del diecinueve de agosto del dos mil trece (p. 213).
- ✓ **Competencia territorial del notario público para el ejercicio de sus funciones.** Tribunal de Notariado, resolución número 00068-2014, de las 10:45 horas, del 28 de marzo de 2014 (p. 213-217).

5

Falacia de división

“La falacia de división se produce cuando atribuimos a las partes o componentes cosas que solamente son ciertas en el conjunto. El error consiste en entender en sentido individual (o distributivo) lo que debería entenderse en sentido de grupo. En otras palabras, se toma distributivamente lo que es verdadero colectivamente.¹⁶⁶ La falacia de división es la inversa de la falacia de composición. En ella está presente la misma confusión, pero la inferencia procede en dirección opuesta. Como en el caso de la composición, se pueden distinguir dos variantes de la falacia de división. El primer tipo consiste en argumentar falazmente que lo que es verdad de una totalidad también debe ser cierto de cada una de sus partes. Argumentar que, puesto que una determinada corporación es muy importante y el señor Díaz es funcionario de esa corporación, implica que el señor Díaz es muy importante, es incurrir en la falacia de división. La primera variedad de la falacia de división se comete en tal argumento, lo mismo que cuando se afirma que puesto que una máquina es pesada, complicada o valiosa, alguna o algunas de sus partes también han de serlo¹⁶⁷

El segundo tipo de falacia de división se comete cuando uno argumenta a partir de los atributos de una colección de elementos para concluir algo acerca de los atributos de los elementos mismos. Argumentar que, puesto que los estudiantes de la universidad estudian medicina, derecho, ingeniería, odontología y arquitectura, entonces cada uno de ellos, o todos ellos, estudian todas esas carreras, sería incurrir en el segundo tipo de falacia de división. Es verdad que los estudiantes universitarios, colectivamente, estudian todas esas carreras, pero es falso que, distributivamente, los estudiantes universitarios lo hagan. Con frecuencia, los casos de esta clase de falacia de división se confunden con los argumentos válidos, pues lo que es verdad de una clase considerada distributivamente también lo es de cada uno de sus elementos¹⁶⁸. (Harbottle & Lemus, 2019: 217-224).

166 “Camacho Naranjo, Luis. *Introducción a la lógica*. Cartago: Libro Universitario Regional, 2002, p. 134.”

167 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, p. 157.”

168 “Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. México: Limusa, 2007, p. 158.”

Ejemplos:

- ✓ “Esta compañía nunca se ha declarado insolvente sus dueños deben ser personas de mucha liquidez financiera”. (Camacho, 2002: 135).
- ✓ **Falacia de división.** Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, resolución número 2016-0294, de las diez horas del once de agosto de dos mil dieciséis.
- ✓ **Errónea aplicación de falacia de división, en razón de incurrir el tribunal de apelación de sentencia penal en un examen sesgado de los elementos probatorios analizados por el tribunal sentenciador.** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2015-1580, de las nueve horas y quince minutos, del diez de diciembre de dos mil quince. (Harbottle & Lemus, 2019: 219-224).

Tema 1.7. Falacias. Dimensiones: formal, material y pragmática

Como corolario de esta temática, el profesor Manuel Atienza plantea una serie de consideraciones importantes sobre las falacias, desde su perspectiva del derecho como argumentación, en particular los tres enfoques que posee en su planteamiento: formal, material y pragmático:

Los argumentos pueden ser evaluados desde las tres concepciones o perspectivas señaladas: como válidos o inválidos (desde el punto de vista formal), o como más o menos sólidos (desde el punto de vista material), o persuasivos (desde el punto de vista pragmático). Pero esas calificaciones dejan fuera una categoría intermedia entre los buenos y los malos argumentos. Pues, en efecto, hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias». El estudio de las falacias resulta especialmente importante por la capacidad de engaño que envuelven, al tener esa apariencia de buenos argumentos; Aristóteles, en Refutaciones sofísticas [...] decía que eran como los metales que parecían preciosos sin serlo [...] Lo que genera las falacias es tanto lo que Bentham (1990) llamaba «intereses siniestros» (los intereses de la gente que no pueden ser declarados abiertamente) como las dificultades cognitivas de los seres humanos. Hay muchos catálogos de falacias [...] A veces se clasifican en falacias formales e informales, pero, siguiendo las tres perspectivas que hemos distinguido, podríamos agruparlas en falacias formales (lógicas), materiales y pragmáticas. Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción). En las falacias materiales, la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto; ejemplos típicos podrían ser la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía. Y en las falacias pragmáticas, el engaño se produce por haber infringido, en forma más o

menos oculta, alguna de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico; pero no tiene que ser una regla técnica en sentido estricto (un argumento pragmáticamente falaz no es un argumento no persuasivo: eso sería un mal argumento, sin más), sino una regla moral en sentido amplio. Para quien entiende la retórica en términos estrictamente técnicos (un «buen» argumento retórico significaría exclusivamente un argumento persuasivo), no tendría sentido hablar de falacias. (Atienza, 2013: 116).

Más allá de si las falacias pueden clasificarse desde la perspectiva de los tres enfoques del derecho como argumentación, lo más relevante es entender que el tema de las falacias en un asunto contextual:

Por supuesto, todo lo anterior no quiere decir que pueda trazarse una distinción nítida entre las falacias formales, las materiales y las pragmáticas; sin ir más lejos, las falacias inductivas, como más adelante se verá, tienen siempre una dimensión material que suele resultar preponderante. Por lo demás, como la clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, la de apariencia, es inevitable que haya una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos: la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa —que estaría implícita— para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual. En abstracto no puede decirse que un determinado tipo de argumento sea falaz. De manera que lo importante no es tanto una clasificación o una tipología de las falacias, sino un método para poder detectarlas; dicho de otra manera, se trataría de revisar la bondad (o apariencia de bondad) de los argumentos desde una perspectiva formal, material y pragmática. Todo lo cual, por cierto, no significa poner en cuestión la racionalidad de las argumentaciones, sino subrayar que el concepto de argumento falaz presupone el de buen argumento (al igual que la noción de ideología presupone la de verdad). (Lo subrayado no es del original) (Atienza, 2013: 116-117).

A continuación, se analizará otro posible enfoque o perspectiva que señala, ahora por razones de orden psicológico, la posibilidad de incurrir en errores (en sentido amplio) de percepción y de juicio que conducirán a argumentaciones equivocadas.

Ejercicios	
✓ Analice los siguientes textos e indique cuál tipo de falacia de las desarrolladas en la presente unidad podría estar presente ¹⁶⁹ .	
1. Eliminar la pena de muerte fue un error, pues a eso se debe que haya tanta inseguridad ciudadana.	
2. Profesor, ¿me podría ayudar con la nota del último examen? Ese día tenía muchos problemas en la casa.	
3. Los países desarrollados están en las zonas templadas y cerca de las vías de comunicación (mares, lagos, grandes ríos). Por consiguiente, es condición necesaria para el desarrollo el clima y la cercanía a vías de comunicación. (Argumento del economista Jeffrey Sachs en un artículo en Scientific American, marzo de 2001).	
4. Nadie puede entender la pobreza a no ser que la haya experimentado en su propia carne. (Nota: ¿Podríamos entonces entender la locura sin ser locos? ¿Podríamos entender el comportamiento de las bacterias sin ser bacterias? ¿Podríamos hablar de las órbitas de los planetas sin ser planetas?).	
5. No hay ningún problema con la falta de autoridad en nuestra sociedad, el problema es que la sociedad está en crisis.	
6. La violencia en Costa Rica ha aumentado y también ha aumentado el número de iglesias. Por tanto, hay más violencia porque hay más iglesias.	
7. No nos debemos preocupar por el aumento de la población en el mundo, pues nadie sabe cuál sería la densidad de población adecuada.	
8. Deberíamos ser tolerantes con la corrupción de algunos políticos, pues hay otras cosas peores.	
9. Según Kant, el principio básico de la moral consiste en guiarse por una norma por la que se puedan guiar todos los demás. Pero Kant nunca se casó ni tuvo hijos, y si todos hicieran lo mismo, se acabarían los seres humanos. Por tanto, Kant está equivocado.	

169 Ejercicios tomados de la obra del profesor Luis Camacho Naranjo: *Lectura Inteligente. Lógica en la literatura y en la enseñanza del español* del 2009.

<p>10. “El señor XX es un obcecado creyente en la inexistencia de Dios, ya que no la puede probar y, así se vuelve tanto o más dogmático que un católico de verdad”. (La Nación 20-3-08, p. 21A).</p>	
<p>11. En enero 2008, varios estudiantes y profesores de la Universidad La Sapienza en Roma protestaron porque Benedicto XVI iba a dar la conferencia inaugural del curso, y lo acusaron por oponerse a la investigación sobre células madre. Pero la ciencia ha cometido graves abusos, como los experimentos de Mengele en los campos de concentración nazis. Por consiguiente, esos estudiantes y profesores son pseudocientíficos modernos. (Resumen de un artículo aparecido en La Nación, 28-2-08, p. 31 A).</p>	
<p>12. Los ticos envejecen cada vez más rápido porque ha disminuido la tasa de natalidad.</p>	
<p>13. La paz es condición para que nos realicemos como personas. Pero quienes lucharon contra la dictadura y murieron no pudieron disfrutar de la paz. Por consiguiente, no se realizaron como personas.</p>	
<p>14. “El viernes a las 7 p. m., el grupo del Oratorio representará Hamlet. Se invita a toda la comunidad a tomar parte de esta tragedia”.</p>	

Tema II. Sesgos cognitivos. Perspectiva psicológica relacionada con las falacias

En este apartado, se analizará una perspectiva o enfoque que viene determinado por comprobaciones empíricas provenientes de otras disciplinas del conocimiento, como la psicología cognitiva:

Gerald Massey (“*The Fallacy behind Fallacies*”, 1981), argumenta que no deberíamos estudiar las falacias porque es imposible construir una teoría de las falacias. Él propone que para constituir una genuina teoría de las falacias, hace falta que ésta supere el siguiente reto: “No hay teoría que subyazca o que dé estructura al tratamiento de las falacias. En consecuencia, dichos tratamientos parecen inconsistentes o simples misceláneas de “falacias” clasificadas más por accidentes históricos que por poseer una estructura común”. En lugar de estudiar las falacias, Massey propone estudiar los sesgos cognitivos. (Moldovan, 2018: 1).

Si bien lo que Massey arguye se refiere a la posibilidad de construir una teoría general de las falacias (no a su uso explicativo o didáctico como se ha planteado en este trabajo) a partir de la clasificación tradicional. Lo que interesa destacar en este punto es que la vía de analizar los patrones de equivocación en el razonamiento de las personas podría ser más prometedora si se hace desde la perspectiva del estudio de los sesgos

cognitivos. Se trata de una perspectiva que no se ocupa de evaluar argumentos dados (como en el caso de la clasificación tradicional de las falacias), sino de detectar patrones de razonamiento que pueden conducir a errores de percepción y de juicio.

Tema 2.1. Heurísticos y sesgos cognitivos

La pertinencia de desarrollar este tema viene determinada por los hallazgos de la psicología cognitiva¹⁷⁰ que, en los últimos años, ha venido evidenciando que, tanto en la percepción de la realidad como en la toma de decisiones, pueden presentarse errores atribuibles a la forma en que la mente humana funciona por razones evolutivas. De acuerdo con la psicóloga experimental Helena Matute:

La mente humana es una auténtica maravilla, en eso creo que estarán de acuerdo conmigo. Solo que no es perfecta en la forma en que pensamos normalmente que debería serlo: en plan robótico, sin errores, racional, lógica al cien por cien, solo cerebro y todo eso [...] No es así. Es, sin embargo, la máquina perfecta para adaptarnos lo mejor posible al mundo en que nos ha tocado vivir, lo cual no significa que sea ideal para el análisis racional de los datos, ni para la percepción precisa de la realidad, ni siquiera para el recuerdo fiable de los acontecimientos [...] Por lo demás, la combinación entre la rapidez de la mente humana y su flexibilidad de respuesta, su intuición y su capacidad de adaptación a situaciones nuevas está resultando, hasta el momento, absolutamente imbatible. Perfectamente adaptada al mundo incierto en el que le ha tocado vivir. Ahora bien, toda esa intuición y flexibilidad de la que hacemos gala tiene un alto precio que a menudo pagamos en términos de errores, invenciones y engaños de nuestra propia mente. En efecto, no me refiero a los errores que cometemos cada uno de nosotros de forma más o menos aleatoria, sino a aquellos en los que caemos todos de manera sistemática, como si estuviéramos programados (de hecho, lo estamos) para cometer ese mismo error. Por ese motivo, solemos llamarlos a veces «sesgos cognitivos» (porque la cognición está sesgada en una dirección determinada), aunque hay autores que prefieren reservar el término sesgos para los casos en que esos engaños ocurren en el proceso de toma de decisiones. (Matute, 2019: 9-11).

En este primer acercamiento conceptual, puede apreciarse que no se trata de padecimientos o condiciones de salud que hacen que la mente no funcione de modo adecuado, sino como se verá, se trata de esquemas de pensamiento que todas las personas tienen y que, si bien son muy útiles para la solución de asuntos cotidianos, son fuentes de problemas en contextos altamente formalizados como lo es el derecho en general y la función jurisdiccional en particular.

170 “Los estudios sobre el razonamiento humano se transformaron en los años 70 cuando Tversky y Kahneman (1974) introdujeron su aproximación de los heurísticos y sesgos y desafiaron los modelos cognitivos de racionalidad estricta, predominantes en aquella época. Su propósito era estudiar los sesgos en los juicios de las personas, sobre todo en situaciones de incertidumbre o con información incompleta, para determinar los procesos mentales que se usan, y evidenciar los casos en los que estos procesos llevan a errores sistemáticos”. (De Marchis, 2012: 79). Daniel Kahneman recibió el Premio Nobel en Economía en el año 2002 a raíz de sus descubrimientos relacionados con esta temática que, pese a que se origina en estudios psicológicos, sus conclusiones son extrapolables a otras disciplinas, como el derecho y la función jurisdiccional.

Por razones evolutivas, nuestra mente ha desarrollado destrezas que han permitido la supervivencia a los primeros seres humanos y que se han heredado genéticamente. Un ejemplo clásico para comprender estos mecanismos mentales es ubicarse en el escenario de los primeros seres humanos y representarse como un cazador-recolector en las sabanas africanas como lo propone la profesora Matute:

Pongamos por caso que, un día, nuestra mente percibe un movimiento entre la maleza y, en vez de esperar a ver claramente qué lo ha producido, lo que hace es inventarse rápidamente la realidad más probable, predecir que podría tratarse de un león, y antes incluso de empezar a visualizar físicamente al león tener ya el cuerpo entero corriendo por la sabana. Esa mente humana habrá conseguido salvar el pellejo (sí, la mente y el cuerpo son todo uno, somos nosotros, enteritos, los que nos salvamos). Y salvar el pellejo es la primera condición que hay que superar para poder generar descendencia y llegar hasta el siglo XXI. Esto, lógicamente, no es un sesgo, ni es un error, es una característica muy ventajosa de la mente humana que se ha ido configurando de esta forma a lo largo de millones de años, precisamente porque le ha permitido sobrevivir y transmitir sus genes a la siguiente generación. Inventar realidades que no percibimos, lo mismo que tomar decisiones antes de contar con todos los datos, nos proporciona una enorme ventaja evolutiva. Pero también es verdad que todo esto en ocasiones dará lugar a errores. Inventaremos cosas que no existen, inventaremos recuerdos, tomaremos decisiones basadas en razonamientos absurdos. Es el precio. Ahora bien, todos estos errores siguen unas pautas muy concretas y podemos investigarlos y aprender a predecirlos. A veces incluso podemos aprender a reducirlos un poco. Aunque es difícil, aviso. (Matute, 2018: 11-12).

Si bien el anterior ejemplo nos habla de un incipiente ser humano que toma una decisión basada en muy poca evidencia y, en particular, sobre una mera conjetura, no es catalogado por la autora de cita como un error, al menos no en ese contexto, pues la prioridad, en función de preservar la vida, justifica ese proceder de ese ancestro cazador-recolector.

Desde una perspectiva epistémica, en la actualidad, se diría que, con tan poca información, sería equivocado concluir que cualquier movimiento en la maleza se trata de un depredador. Parece entonces que el contexto es fundamental para tratar esta temática, por lo que, desde una perspectiva estrictamente racional, sí podríamos hablar de dos posibilidades de error:

Hay básicamente dos tipos de errores en los que podemos incurrir. En primer lugar, podemos ver una sombra y creer que hay un león donde no lo hay (es lo que se conoce como «falso positivo»). En ese caso saldríamos corriendo sin necesidad, con el consiguiente gasto de energía inútil y las burlas de nuestros amigos. El otro error posible sería ver algo y creer que es una simple sombra cuando en realidad es un león (es lo que se conoce como «falso negativo»). En este caso estaríamos muertos...El error menos letal es, sin ninguna duda, imaginar el peligro y correr, pues es el que nos permite sobrevivir. Hemos heredado esa forma tan selectiva de errar (nosotros y los demás animales, claro, no somos los únicos que erramos de la manera menos letal). (Matute, 2018: 26-27).

Como concluye la profesora Matute, el costo evolutivo de incurrir en un “falso negativo” es la muerte, razón por la cual existen mecanismos mentales para la toma de decisiones rápidas y con el menor costo o perjuicio

posible, sin duda, es un poderoso insumo para la preservación de la especie e implica una adaptación evolutiva exitosa:

Estamos usando a diario respuestas y formas de razonar y de entender el mundo que fueron adaptativas para nuestros antepasados (y para nosotros también en numerosas ocasiones, como la familiaridad), pero que al mismo tiempo se convierten en trampas mortales cuando no nos percatamos de que son modos de reacción ancestrales que no podemos aplicar sin filtros en el siglo XXI [...] El objetivo de la adaptación al medio, decía, no es percibir correctamente la realidad, ni recordarla correctamente, es actuar muy rápido, incluso con muy pocos datos. Es sobrevivir. Eso es la eficiencia a la que aspiramos y la que nos ha salvado la vida hasta ahora. Después de ponernos a resguardo conviene detenerse y reflexionar, con el fin de aprender mejor para la próxima vez. Pero eso es a posteriori. La prioridad seguirá siendo sobrevivir más que estar seguros de qué fue lo que se movió tras los arbustos. (Matute, 2018: 30-31).

A estas alturas, subyace la pregunta de si estos mecanismos son necesariamente errores, o bien, solo en ciertas ocasiones, según el contexto, como se adelantó. En este punto, adquiere relevancia un concepto correlativo al de sesgo cognitivo y responde a la pregunta que se ha planteado: el concepto de *heurísticos*:

*Errores, sesgos, heurísticos [...] ¿Son lo mismo? No, no son lo mismo. **Los errores son aleatorios y dependen de mil factores. Los errores que puedo cometer yo, por ser como soy y por las experiencias que he tenido en la vida, pueden ser muy diferentes de los errores que puede cometer usted.** Si hiciéramos un experimento con un grupo de personas, obtendríamos errores aparentemente aleatorios y en diversas direcciones para cada uno de los voluntarios que participen en él [...] **Los sesgos cognitivos, en cambio, son como las ilusiones visuales. Son errores que cometemos inevitablemente todas las personas, de manera sistemática y en la misma dirección, pues dependen de cómo se ha configurado nuestra mente durante los millones de años de evolución de las especies. Son la otra cara de los heurísticos, «atajos» del pensamiento. Los heurísticos han surgido en el contexto evolutivo, y tienen su razón de ser, pero cuando nos encontramos fuera del contexto en el que evolucionaron se pueden convertir en trampas mentales que nos afectan, a veces de manera muy dañina, y tanto a nivel individual como colectivo. Estas trampas mentales son lo que los psicólogos solemos llamar «sesgos cognitivos» y tenemos que darnos cuenta de que nos están afectando en todas las esferas de nuestra vida. En la educación, la economía, la salud, las relaciones, el deporte, en todo [...] En principio, los heurísticos son positivos, pues nos ayudan a adaptarnos, pero también pueden resultar perjudiciales cuando actúan fuera de control o en condiciones que no son las adecuadas. En general, los psicólogos solemos llamarlos «heurísticos» cuando son adaptativos, y «sesgos» cuando son perniciosos, aunque a veces mezclamos los nombres (y no todos estamos de acuerdo en cómo es mejor denominarlos). Con todo, lo importante es que realmente se trata de lo mismo: es el mismo proceso mental el que a veces nos ayuda, pues ha evolucionado para algo y tiene su razón de ser, pero si cambian las condiciones entonces se puede convertir en un sesgo peligroso. Por este motivo hay algunos autores que incluso prefieren llamarlo siempre «sesgo» (o siempre «heurístico»). En definitiva, son***

las dos caras de una misma moneda y lo importante es entender cuándo nos ayudan y cuándo son un problema¹⁷¹. (Lo resaltado no es del original). (Matute, 2018: 54-55).

El abogado español Arturo Muñoz Aranguren, quien ha trabajado esta temática llevándola al ámbito de las decisiones de la función jurisdiccional y el diseño de legislación, sintetiza conceptualmente:

Los heurísticos son unos atajos cognitivos que nos permiten llegar a soluciones eficientes de una manera rápida, ahorrando recursos. Kahneman y Tversky los han relacionado con el juicio intuitivo, como proceso inconsciente de creación de actitudes y toma de decisiones. El pensamiento heurístico trata de la funcionabilidad y la razonabilidad, que hace que los humanos seleccionen las respuestas aceptables como válidas. Puesto que los procesos mentales utilizan una gran cantidad de energía, al cerebro le resulta eficiente seleccionar las respuestas a través de métodos que han obtenido éxito en situaciones parecidas del pasado. Por ello, el sistema cognitivo simplifica la búsqueda de soluciones para situaciones de menor importancia o en las que se dispone de pocos recursos (p.ej. tiempo o conocimientos). (Lo resaltado no es del original). (Muñoz, 2011: 3).

Antes de desarrollar algunos de los sesgos cognitivos que se han logrado describir, en particular los que tienen presencia en el ámbito jurisdiccional, conviene conocer los hallazgos de Daniel Kahneman y Amos Tversky sobre los procesos mentales o heurísticos y otra forma de pensar más profunda y analítica que se necesita para la solución de problemas más complejos, como se verá en el siguiente tema. Pero antes, se presenta un ejemplo:

- ✓ Suponga que viaja en un autobús a altas horas de la noche, antes de llegar a la parada que le corresponde, usted observa que, al final del autobús, viaja un sujeto de aspecto desaliñado, con un abrigo con gorro que lleva puesto cubriendo parte de su cara. Usted nota que el sujeto le está observando. Cuando usted se levanta de su asiento para bajar del autobús, el sujeto le observa y cuando usted desciende, nota que el sujeto se levantó rápidamente del asiento y se bajó del autobús. Usted camina por la acera y nota que el sujeto le sigue, acelera el paso y el sujeto le sigue aumentando su marcha. En ese momento, usted piensa que esa persona probablemente es un asaltante que le atacará apenas le dé alcance, razón por la cual usted empieza a correr e ingresa en un negocio de comidas rápidas que está abierto a esas horas de la noche, con el fin de buscar protección de quienes se encuentren dentro del local. El sujeto que le venía siguiendo también ingresa al local y le dice al encargado que está detrás del mostrador:

171 **Ejemplo esclarecedor para ilustrar la relación entre Heurísticos y Sesgos Cognitivos:** *“Para profundizar un poco más en la diferencia entre los sesgos y los heurísticos, podemos intentar ilustrarla. Imaginemos, por ejemplo, que llevamos muchas horas caminando por senderos montañosos, perdidos, sin agua. En un recodo del camino vemos a lo lejos un pequeño arroyo que nos hace a todos desviar la mirada hacia allí, sedientos y agotados como estamos. Para acceder a él, hay que subir una larga pendiente, pero no vemos bien si merecerá la pena intentar subir; lo mismo hay un barranco en medio. No obstante, de pronto vemos que hay un atajo para llegar al riachuelo, nos lanzamos hacia él como locos y sin pensar, sin siquiera darnos cuenta de que no vemos bien por dónde va el atajo, que podría ser peligroso, y que además el precipicio está cerca, y ¡ay!, tropezamos justo con una maldita piedra que hay en la mitad del atajo. Todos, uno tras otro, en la misma piedra, y nos caemos al precipicio, ¡zas! Lo sé, parece de dibujos animados, pero espero que nos sirva para recordar la idea de lo que es un heurístico (el atajo), lo que es un sesgo (el tropezón cuando hay piedra), y también cómo un heurístico muy valioso se puede convertir en un peligroso sesgo.* (Matute, 2018: 56).

“Hola Rubén, venía distraído en el bus, y casi se me pasa la parada, pero apreté el paso y aquí estoy”. El encargado le devuelve el saludo y lo recibe entregándole un delantal que de inmediato se pone. El sujeto da la vuelta y se dirige a usted diciéndole: “¿En qué puedo servirle?”. Usted cae en cuenta que la persona que usted pensó que le venía acechando desde el autobús para asaltarle, en realidad se trata de un trabajador que venía apurado a su trabajo nocturno.

Este es un ejemplo de un “falso positivo” que le hizo actuar de la manera que estaba a su alcance para protegerse de un posible asalto que no existía en realidad. El precio que se ha de pagar por este tipo de error sería avergonzarse un poco por su prejuicio y por haberse conducido por estereotipos respecto a esa persona.

Tema 2.2. Pensar rápido y pensar despacio. Propuesta de Daniel Kahneman y Amos Tversky (sistemas de pensamiento 1 y 2)

Para entender a profundidad la temática relacionada con los sesgos cognitivos, resulta oportuno consultar los hallazgos de Daniel Kahneman en su obra: *Pensar rápido, pensar despacio* del año 2012, para conocer cómo funciona la mente humana y poder ubicar las situaciones en las que los sesgos cognitivos se presentan y poder evitar sus efectos en la medida de lo posible.

Aquí adopto términos originalmente propuestos por los psicólogos Keith Stanovich y Richard West, y haré referencia a dos sistemas de la mente, el Sistema 1 y el Sistema 2.

- ✓ *El Sistema 1 opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario.*
- ✓ *El Sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del Sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse.2*

Las etiquetas Sistema 1 y Sistema 2 son de amplio uso en psicología, pero en este libro, que puede leerse como un psicodrama con dos personajes, hago algo más con ellas.

Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el Sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide que pensar y que hacer. Aunque el Sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista del libro es el automático Sistema 1. Describo el Sistema 1 como el que sin esfuerzo genera impresiones y sentimientos que son las fuentes principales de las creencias explícitas y las elecciones deliberadas del Sistema 2. Las operaciones automáticas del Sistema 1 generan patrones de ideas sorprendentemente complejos, pero solo el lento Sistema 2 puede construir pensamientos en una serie ordenada de pasos. Describo también las circunstancias en las que el Sistema 2 toma las riendas, anulando los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1. Invito al lector a pensar en los dos sistemas como dos agentes con sus particulares aptitudes, limitaciones y funciones.

He aquí algunos ejemplos de las actividades automáticas que atribuimos al Sistema 1 ordenadas según su complejidad:

✓ Percibe que un objeto está más lejos que otro.
✓ Nos orienta hacia la fuente de un sonido repentino.
✓ Completa la expresión pan y....
✓ Nos hace poner cara de desagrado cuando vemos un cuadro horroroso.
✓ Detecta hostilidad en una voz.
✓ Responde a $2 + 2 = ?$
✓ Lee las palabras de las vallas publicitarias.
✓ Conduce un coche por una carretera vacía.
✓ Encuentra una buena jugada de ajedrez (en quien es ajedrecista).
✓ Entiende frases sencillas.
✓ Reconoce que un carácter disciplinado y metódico obsesionado con el detalle responde a un estereotipo profesional.

Todos estos procesos mentales [...] se producen automáticamente y requieren poco o ningún esfuerzo. Las capacidades del Sistema 1 incluyen destrezas innatas que compartimos con otros animales. Nacemos preparados para percibir el mundo que nos rodea, reconocer objetos, orientar la atención, evitar pérdidas y temer a las arañas. Otras actividades mentales se vuelven rápidas y automáticas con la práctica prolongada. El Sistema 1 ha aprendido a hacer asociaciones entre ideas (¿La capital de Francia?); también ha adquirido habilidades como la de interpretar y entender matices en situaciones sociales. Algunas habilidades, por ejemplo, descubrir buenas jugadas de ajedrez, solo las adquieren expertos especializados. Otras son ampliamente compartidas. Detectar la semejanza de un esquema de personalidad con un estereotipo profesional requiere un amplio conocimiento del lenguaje y de la cultura, que la mayoría de las personas poseen. El conocimiento es almacenado en la memoria y se accede a él sin intención ni esfuerzo.

Varias de las acciones mentales de la lista son totalmente involuntarias. No podemos no entender frases sencillas en nuestro idioma, ni orientarnos hacia el lugar de donde procede un ruido fuerte e inesperado, ni evitar saber que $2 + 2 = 4$, ni pensar en París cuando se habla de la capital de Francia. Otras actividades, como la de masticar, son susceptibles de control voluntario, pero normalmente se desarrollan de manera automática. El control de la atención es compartido por los dos sistemas. Orientarse hacia el lugar de procedencia de un ruido fuerte es normalmente una operación involuntaria del Sistema 1, que de inmediato moviliza la atención voluntaria del Sistema 2. Podemos resistirnos a volver la mirada hacia el lugar donde se hace un comentario ofensivo en voz alta en una fiesta multitudinaria, pero, aunque no giremos la cabeza, nuestra atención se dirige inicialmente hacia allí, al menos momentáneamente. Sin embargo, la atención puede apartarse de un foco inesperado, en especial cuando intencionadamente se concentra en otro objeto.

Las muy variadas operaciones del Sistema 2 tienen un rasgo común: requieren atención y resultan perturbadas cuando la atención se aparta de ellas. He aquí algunos ejemplos:

✓ Estar atento al disparo de salida en una carrera.
✓ Concentrar la atención en los payasos del circo.
✓ Escuchar la voz de una persona concreta en un recinto atestado y ruidoso.
✓ Buscar a una mujer con el pelo blanco.
✓ Buscar en la memoria para identificar un ruido sorprendente.
✓ Caminar a un paso más rápido de lo que es natural.
✓ Observar un comportamiento adecuado en una situación social.
✓ Contar las veces que aparece la letra a en una página de texto.
✓ Dar a alguien el número de teléfono.
✓ Aparcar en un espacio estrecho (para todo el mundo menos para los empleados del garaje).
✓ Comparar dos lavadoras para saber cuál es mejor.
✓ Rellenar el impreso de la declaración de la renta.
✓ Comprobar la validez de un argumento lógico complejo.

En todas estas situaciones es necesario poner atención, y si no se está preparado o la atención no es la adecuada, las actividades correspondientes se realizarán peor o no se realizarán en absoluto [...] La frase tan común de -Preste atención- es muy acertada: Disponemos de un presupuesto de atención limitado que podemos asignar a ciertas actividades, y si intentamos rebasar nuestro presupuesto, fracasamos. Una característica de las actividades que requieren esfuerzo es que interfieren unas con otras, lo cual explica que sea tan difícil, cuando no imposible, llevar a cabo varias a la vez. Nadie podría calcular el producto de 17×24 mientras gira a la izquierda en medio de un denso tráfico, y desde luego no lo intentaría. Podemos hacer varias cosas a la vez, pero solo si son fáciles y cómodas [...] los Sistemas 1 y 2 están siempre activos mientras permanecemos despiertos. El Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2 se halla normalmente en un confortable modo de mínimo esfuerzo en el que solo una fracción de su capacidad está ocupada. El Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: Impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias. Si todo se desarrolla sin complicaciones, como ocurre la mayor parte del tiempo, el Sistema 2 acepta las sugerencias del Sistema 1 con escasa o ninguna modificación. Generalmente damos crédito a nuestras impresiones y cumplimos nuestros deseos, y eso está bien [...] por lo común. Cuando el Sistema 1 encuentra una dificultad, llama al Sistema 2 para que le sugiera un procedimiento más detallado y preciso que pueda resolver el problema. El Sistema 2 es movilizado cuando surge un problema para el que el Sistema 1 no tiene solución alguna, como probablemente le haya sucedido al lector cuando se ha encontrado con el problema de multiplicar 17×24 . Cuando estamos sorprendidos, podemos experimentar un repentino aumento de la atención consciente. El Sistema 2 es activado cuando asistimos a un acontecimiento que altera el modelo del mundo que el Sistema 1 mantiene [...] La sorpresa activa y orienta entonces nuestra atención: Miramos fijamente y

buscamos en nuestra memoria una historia que de sentido al acontecimiento que nos causa sorpresa. El Sistema 2 es también capaz de controlar continuamente su propio comportamiento: El control que hace que nos comportemos educadamente aunque estemos enojados, y nos alerta cuando conducimos de noche. El Sistema 2 es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error. Recuerde el lector aquella vez en que estuvo a punto de soltar una frase ofensiva y lo difícil que le resultó recuperar el control. En suma, la mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (nuestro Sistema 2) se originan en el Sistema 1, pero el Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es el normalmente el que tiene la última palabra. La división del trabajo entre el Sistema 1 y el Sistema 2 es muy eficiente: Minimiza el esfuerzo y optimiza la ejecución. Esta disposición funciona bien la mayor parte del tiempo, porque el Sistema 1 es en general muy bueno en lo que hace: Sus modelos de situaciones familiares son adecuados, sus predicciones a corto plazo suelen ser también adecuadas, y sus respuestas iniciales a los retos son rápidas y generalmente apropiadas. Sin embargo, en el Sistema 1 hay sesgos, errores sistemáticos que es propenso a cometer en circunstancias específicas. Como veremos, en ocasiones responde a cuestiones más fáciles que las que se le están planteando, y entiende poco de lógica y estadística. Otra limitación del Sistema 1 es que no puede ser desconectado. Si nos muestran en la pantalla una palabra en un idioma que conocemos, la leeremos, a menos que nuestra atención esté totalmente concentrada en otra cosa. (Kahneman, 2012: 35-41).

Del texto transcrito, se puede colegir que, dada la forma en que funciona la mente humana, la posibilidad de incurrir en sesgos cognitivos es enorme y requiere un gran esfuerzo identificarlos o tratar de evitarlos.

Como lo ha sostenido la profesora Matute, el que un heurístico (atajo cognitivo para solucionar problemas prácticos) devenga en un sesgo cognitivo es un tema contextual en buena medida, de manera que, en un contexto tan complejo como lo es el enjuiciamiento de las personas, la actitud de los jueces y las juezas debe ser sumamente crítica y de autoevaluación para asegurarse que lo que se decida respecto al caso sometido a su conocimiento sea la solución más adecuada posible.

Ejercicio

- ✓ Copie la siguiente dirección electrónica, abra el video y siga las instrucciones:
- ✓ <https://www.youtube.com/watch?v=SdjpJnhTyI0>
- ✓ ¿Cómo se relaciona el resultado de la observación del video con lo expuesto por Daniel Kahneman en cuanto a los sistemas de pensamiento 1 y 2?

Tema 2.3. Algunos sesgos cognitivos relacionados con la función jurisdiccional (sesgo de confirmación, retrospectivo anclaje; disponibilidad de representatividad; de grupo)

El jurista español Arturo Muñoz Aranguren, quien ha trabajado en el tema de la influencia de los sesgos cognitivos en la actividad jurisdiccional, indica lo siguiente:

En la medida en que la decisión judicial consiste en un pronunciamiento sobre los hechos enjuiciados efectuado por un ser humano -ya sea juez o jurado-, es importante conocer el alcance e influencia que estos sesgos cognitivos que, inevitablemente, afectarán a la correcta asimilación de la quaestio facti por parte del tribunal.¹⁷² Es más, a nuestro juicio los sesgos no sólo afectan a la parte no normativa del denominado silogismo judicial -relativa a la determinación del hecho-, aun siendo al ámbito natural de actuación de los defectos cognitivos, sino también a la premisa jurídica o quaestio iuris, en la medida que suponen una distorsión del razonamiento lógico-abstracto.

A este respecto, nos remitimos al trabajo de ARRUÑADA y ANDONOVA (2008), que han detectado la influencia de los sesgos cognitivos en la aplicación del Derecho, y no sólo en la apreciación y valoración de los hechos, por parte de los jueces, como por ejemplo en relación a la regulación normativa de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual o relación a las condiciones generales de contratación. Naturalmente que, en principio, es en el terreno fáctico donde los sesgos influirán en mayor medida en el dictado de las resoluciones judiciales, apartando al juez del discurso racional. Ahora bien, no es descartable que determinados sesgos, en atención a su naturaleza, puedan también afectar, aunque sea en menor medida, a la elección del órgano judicial sobre las normas a aplicar, en los supuestos en los que exista un eventual conflicto de normas o varias soluciones jurídicas posibles.¹⁷³ (Muñoz, 2011: 10-11).

Si bien existen múltiples formas en las que se puede incurrir en sesgos cognitivos, este autor destaca algunos de interés en la función jurisdiccional, los cuales a continuación se exponen:

172 “Refiriéndose a los hechos, ANDRÉS IBAÑEZ (1992, pp. 115-159) dice que «Se ha escrito por un magistrado italiano que, del mismo modo que el burgués gentilhomme se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso»”.

173 “Más adelante comprobaremos como, por ejemplo, el sesgo de anclaje puede afectar no solo al relato fáctico, sino también a la calificación jurídica del hecho. De igual forma, el sesgo de grupo puede llevar a que el juez opte, en caso de varias soluciones jurídicas alternativas posibles, por la postulada por el miembro del grupo en cuyo favor se halle sesgado. ¿Por qué esta predisposición psicológica que, de forma epistemológica, se ha acreditado existente en la apreciación de los hechos enjuiciados, no habría de afectar a la elección, por parte del juez, de la solución jurídica menos racionalmente satisfactoria, entre las posibles? ¿Podemos afirmar con certeza que los Tribunales son completamente inmunes a caer en el influjo, por ejemplo, del sesgo de grupo o de anclaje en relación a la argumentación jurídica del Ministerio Fiscal? No lo creo”.

Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma.

El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo. Estos sesgos en el procesamiento de la información son diferentes a los efectos de confirmación de comportamiento (lo que se conoce como profecía autocumplida), en los que las expectativas de una persona influyen en su propia conducta (MERTON, 1968).¹⁷⁴

*Los sesgos pueden ocurrir en la reunión, interpretación o recuperación de información. Algunos psicólogos utilizan la denominación sesgo de confirmación para las desviaciones sistemáticas en cualquiera de estos tres procesos, mientras que otros la restringen a los pasos para la recolección selectiva de la evidencia, utilizando el término **sesgo de asimilación** para las interpretaciones sesgadas [...] Los sesgos aparecen, en especial, en los aspectos que son emocionalmente importantes (tales como la salud personal o las relaciones sociales) y para establecer las creencias que dan forma a las expectativas de la persona (NICKERSON, 1998). Los sesgos en la búsqueda, interpretación y / o de almacenamiento de información han sido utilizados para explicar la perseverancia de creencias (las creencias en determinadas personas permanecen intactas aun cuando la evidencia de estas creencias haya sido probada como falsa) y la polarización de la actitud (un desacuerdo es más polarizado, aun cuando las diferentes partes estén expuestas a las mismas pruebas). (Muñoz, 2011: 8-9).*

Resulta claro que este sesgo puede incidir en el deber de objetividad o imparcialidad de las personas juzgadoras, toda vez que si se parte de estereotipos o prejuicios es muy probable que tanto la determinación de los hechos a partir de la valoración de la prueba se distorsione en la psique de la persona juzgadora y afecte a su vez la decisión de fondo del caso.

Al ser un error inductivo, tiene los mismos cuestionamientos que, desde una perspectiva evaluativa, tendría un argumento viciado por la *falacia de conclusión apresurada*.

La separación entre los actos de investigación y los de enjuiciamiento que consagra el actual proceso penal costarricense (tendencialmente acusatorio) es una muestra de diseño procesal que tiende a reducir la presencia de este sesgo cognitivo.

174 “[...] la conocida como **profecía autocumplida (self-fulfilling prophecy)**, que es una predicción que, una vez hecha, es en sí misma la causa de que se haga realidad. La expresión fue acuñada por el sociólogo MERTON (1968), quien ofrece la siguiente descripción: “**la profecía que se autorrealiza es, al principio, una definición falsa de la situación que despierta un nuevo comportamiento que hace que la falsa concepción original de la situación se vuelva verdadera**”. (Lo resaltado no es del original). (Muñoz, 2011: 7).

Ejemplo:

- ✓ Una persona juzgadora que antes del inicio de un juicio penal, ya tiene una idea prejuiciada respecto al acusado, pues ha observado su certificado de antecedentes penales en el que presenta tres condenas anteriores. Durante el juicio, no es consciente de que su idea preconcebida (posible culpabilidad del acusado) tiene un peso decisivo en la forma en que capta la información (prueba) que se ajusta a la posible condena del acusado (le da más relevancia y peso), mientras que la que la prueba o evidencia que va en dirección a su absolutoria, es ignorada o neutralizada en su mente.

2

Sesgo retrospectivo (*hindsight bias*)

Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio.

Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido¹⁷⁵ (Muñoz, 2011: 6-7).

Este tema resulta importantísimo para el derecho, piénsese en la determinación de la responsabilidad penal por delitos culposos o el establecimiento de la responsabilidad civil extracontractual. En el primer caso, este sesgo podría provocar que se establezca, de forma desmesurada o excesiva, que el acusado estaba en condiciones de prever el resultado dañoso a la hora de decidir un curso de acción determinado, incurriendo en responsabilidad por delito imprudente. Cuando analizando el momento previo al curso de acción no resulta nada claro que un resultado dañoso fuera previsible.

175 Los riesgos de este sesgo han tenido incluso algún reflejo jurisprudencial, y así la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su Sentencia *Graham v. John Deere Co.*, de 1966, aplicando el derecho sobre patentes, proclamó que “los Tribunales deben estar en guardia para no caer en el uso de la visión retrospectiva”: *El derecho de patentes constituye un terreno especialmente propicio para que este sesgo cognitivo actúe con fuerza. Para que un invento o técnica merezca la protección otorgada por el derecho de propiedad industrial no solo es preciso que se trate de un avance novedoso y útil, sino que debe tratarse realmente de un invento, de avance no obvio en el campo de que se trate. El Tribunal Supremo norteamericano, en la citada sentencia, reconoció el problema de la visión retrospectiva, que tiende a hacernos percibir como obvio algo que parece simple a la luz de este sesgo, pero que quizá no lo fue realmente en el momento de su invención. Para combatir el influjo de este defecto cognitivo, la Corte Suprema, en Graham v. John Deere Co., añadió las denominadas consideraciones secundarias al test de no-obviedad. Además del indagar sobre los aspectos técnicos del invento, el Tribunal exigió a los órganos jurisdiccionales inferiores que analizaran “consideraciones secundarias como el éxito comercial, la existencia de un sentimiento de una larga necesidad no atendida, fracaso de otros, etc., que quizá puedan ser utilizadas para arrojar luz sobre las circunstancias que rodearon el origen del objeto que quería ser patentado”.*

Ejemplo:

- ✓ Se ha popularizado el que árbitros de fútbol retirados se dediquen a hacer juicios de valor respecto al arbitraje de colegas activos, durante la transmisión de partidos y a su finalización. Con mucha ligereza se hacen fortísimos reproches acerca de las consecuencias de señalar o no infracciones durante el juego, lo que se hace viendo repeticiones instantáneas y conociendo el resultado del juego, es decir desde una posición en la que pesa el sesgo retrospectivo, pues si se analizara desde la posición y momento en que el árbitro se encuentra, la crítica no es tan clara o incluso desaparece.

3

Sesgo de anclaje (*anchoring*)

Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional. Los múltiples estudios realizados acreditan cómo este procedimiento mental da lugar a resultados diferentes, simplemente por el hecho de que se haya empezado por un valor distinto. De lo anterior se deriva que, con frecuencia, la valoración inicial ejerce una influencia indebida y desproporcionada sobre el análisis del sujeto, y provoca errores que pasan inadvertidos para el propio interesado. (Muñoz, 2011: 5).

En un estudio efectuado por las Universidades de Vigo y Santiago de Compostela en 2002 (8) mediante el análisis de más de 500 resoluciones judiciales reales dictadas por jueces y tribunales gallegos, el anclaje —en relación a las peticiones del Ministerio Fiscal en cada uno de esos procesos examinados— se tornó, a juicio de sus autores, en el sesgo cognitivo de mayor impacto, afectando a, aproximadamente, el 60% de las resoluciones judiciales analizadas (9). (Muñoz, 2013: 2).

Ejemplo:

- ✓ *La sombra de este sesgo también puede apreciarse en el «protocolo de actuación para juicios de conformidad» suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía el 1 de abril de 2009, en cuyo art. 5, acuerdo 3.2, se dispone que el pacto de conformidad se desarrollará, si éste tiene lugar inmediatamente antes de comenzar las sesiones del juicio oral, «con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación»; debiendo apuntarse que, para que la neutralización del sesgo de anclaje fuera total, el Tribunal no debería tener siquiera conocimiento de que tales negociaciones para alcanzar un eventual «pacto de conformidad » han tenido lugar (10). (Muñoz, 2013: 2).*
- ✓ *[...] en una negociación de compra, si el vendedor comienza la conversación diciendo que el valor es de 10 y nosotros lo compramos al valor de 6 nos vamos a sentir contentos dado que anclamos nuestra mente en un valor superior.*
- ✓ *El sesgo de anclaje puede agravarse cuando la decisión se toma en grupo y así, por ejemplo, los jurados que acuerdan, tras haber deliberado, dictar un veredicto condenatorio a pagar daños punitivos, resuelven conceder mayores sumas que las que individualmente cada uno de sus miembros estaba dispuesto a hacer pagar al demandado antes de reunirse para deliberar con el resto del jurado. Al parecer, quien mayor condena propugna, acaba arrastrando a los demás. (Divulgación Dinámica; 2017:7).*
- ✓ *[...] el precio inicial ofrecido por un coche usado establece el estándar para el resto de las negociaciones, por lo que los precios más bajos que el precio inicial parecen más razonables aunque sigan siendo superiores a lo que el coche realmente vale. De igual forma si se pregunta sobre la población de Ucrania: «¿Es mayor o menor que cien millones de personas?», las respuestas variarán, pero en general serán algo menores que dicha cifra. Sin embargo, si la pregunta fuera: «¿Es la población de Ucrania mayor o menor que veinte millones de personas?», las respuestas variarán, pero el promedio de respuestas no se modificará mucho respecto al ancla inicial. Es decir, se parte del “valor de anclaje” y se hace un ajuste [...] que normalmente suele ser en la dirección correcta pero de magnitud insuficiente. (González, 2013: 5-6).*

Se refiere a cómo de disponible o activa está una determinada idea, imagen o concepto en nuestra mente en un determinado momento, y a que, cuanto más activada esté, más influirá en nuestra percepción, nuestras decisiones, nuestro razonamiento, etcétera. Por ejemplo, en los días posteriores a un terrible accidente de aviación, la gente tendrá muy presentes las imágenes de la catástrofe, lo que generará un mayor miedo a volar en esos días. El miedo no es en sí mismo un sesgo, es una reacción emocional. Lo que sí es un sesgo es el origen de ese incremento del miedo, el accidente reciente, cuyas imágenes están disponibles fácilmente en nuestra consciencia [...] Lo curioso es que la respuesta que nos darán será de una probabilidad mucho más alta de la habitual si formulamos la pregunta justo después de un accidente [...] ¿en qué nos basamos? En la disponibilidad de la información en nuestra memoria. Es absurdo, pero es un buen truco. A menudo funciona. Como me preguntan por la probabilidad de un accidente aéreo y no tengo ni idea, pero resulta que las imágenes vienen rápidamente a mi mente, doy por hecho que, si puedo imaginarlo tan fácilmente, es porque la probabilidad es elevada. ¿Por qué, si no, iban a acudir las imágenes a mi mente con tanta facilidad? Es verdad que a menudo cuando algo nos viene fácilmente a la mente es porque es frecuente, luego se trata de un buen heurístico, un buen atajo, que nos ayuda a responder de forma correcta a preguntas que no sabemos responder en numerosas ocasiones. Todo esto es inconsciente, por supuesto, pero la cuestión es que, en este ejemplo concreto, sería un gran error dejarse llevar por ese heurístico de disponibilidad. En este caso está activo el accidente porque es reciente, no porque sea frecuente. El heurístico de disponibilidad, tan útil habitualmente, da lugar en este caso al sesgo de disponibilidad, en el cual solemos caer todos como moscas [...] ¿Les suena la frase «una mentira repetida mil veces se convierte en verdad»? **Pues vendría a ser lo mismo. De tanto repetirla, la mentira acaba ocupando una posición fácilmente accesible en nuestra memoria, de tal manera que está tan presente que cuesta saber que es mentira. Tengan cuidado, porque esta es una de las técnicas que usan ahora las agencias de desinformación, internacionales y locales, y los hacedores de bulos, tan extendidos, con esto de la posverdad y las falsas noticias, que de tanto escucharlas las acabamos creyendo.** (Lo resaltado no es del original). (Matute, 2018: 70-72).

Ejemplo:

- ✓ “[...] a la pregunta “¿Qué causa más muertes en EE.UU., los homicidios o los suicidios?”, la mayoría de las personas contestan erróneamente que los homicidios, puesto que es más fácil recordar ejemplos de homicidios que de suicidios. (De Marchis, 2014: 84-85).

Solemos juzgar que dos elementos tienen más probabilidad de estar relacionados o implicar el uno al otro si son similares. Las personas evalúan a otras personas, a eventos u objetos según la opinión que tengan de grupos similares. Los estereotipos sociales son un ejemplo. Se parte de una muestra pequeña o de una creencia basada en pocos datos, y se generaliza. De esta manera, tenemos la tendencia de llegar a conclusiones basándonos en pocos eventos, encontrar patrones y correlaciones donde en realidad no se pueden deducir, y considerar que pequeñas muestras son representativas de los procesos subyacentes, sin tener en cuenta toda la información (Kahneman y Tversky, 1972). Por eso, al heurístico de la representatividad, se le conoce también como ley de los números pequeños. A la hora de realizar juicios sobre probabilidad (p.ej. probabilidad de que alguien sea un ingeniero o abogado), si no tenemos evidencias concretas, tendremos la tendencia de valorar más la similitud (p.ej. grado en el que una descripción de la persona se acerca al estereotipo), que la probabilidad, en función de los eventos pasados (p.ej. número de ingenieros y abogados que hay en la población). La seguridad con la que hacemos estas predicciones depende, sobre todo, del grado de ajuste de la información entrante con respecto al estereotipo que se tiene. Esta confianza sin fundamento producida por un buen ajuste entre la información entrante y los resultados se llama ilusión de validez. (De Marchis, 2014: 86-87).

Ejemplo:

- ✓ “En este tipo de errores de representatividad se incurre, a veces, en la valoración, por parte del Tribunal o los miembros del Jurado, de la veracidad del testimonio de los litigantes y testigos. Pondremos un ejemplo muy elemental: los estudios empíricos efectuados sugieren que, cuando los sujetos hacen juicios categóricos, - por ejemplo, ponderar la probabilidad de que un acusado sea culpable -, concluyen que la evidencia concreta analizada (por ejemplo, el comportamiento durante el juicio del acusado) es representativa de la categoría (culpabilidad o inocencia del acusado). Cuando la muestra o evidencia le parece al Tribunal representativa o similar a la categoría (por ejemplo, el acusado se muestra nervioso durante la vista), tiende a juzgar la probabilidad de la categoría en la misma medida – prueba de culpabilidad -. Cuando la evidencia que está siendo analizada no se parece a la categoría (volviendo al mismo ejemplo, cuando el acusado aparenta, por ejemplo, estar tranquilo ante el Tribunal), el fenómeno se produce en sentido inverso. (Muñoz, 2011: 3-4).

Esta técnica cognitiva provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos. El modelo económico tradicional asume que la gente únicamente se preocupa de su propio interés. Sin embargo, las personas pueden mostrar también una actitud favorable a los grupos a los que pertenecen. En la ciencia psicológica este fenómeno se conoce como identificación social. Una de las manifestaciones más estudiadas de esta identificación social es el sesgo de grupo: el tratamiento preferente a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece. (Muñoz, 2011:9-10).

Ejemplo:

- ✓ *“Una manifestación de esta clase de sesgo podemos encontrarla en la frecuente atribución – por parte de jueces y tribunales– de mayor valor per se a los dictámenes periciales elaborados por funcionarios públicos (los llamados “peritos oficiales”, pertenecientes a la administración de justicia penal, como los magistrados), que a los confeccionados por otros especialistas en la materia pero que no ostentan la calidad de funcionario público (los denominados “peritos de control” o “de parte”). Y esto, incluso, aun cuando los últimos se encuentren mejor fundamentados y resulten técnicamente superiores que los primeros en rigor y exhaustividad”. (Arocena, 2019: 114-115).*
- ✓ *“En Estados Unidos, recientemente, en una decisión judicial histórica (State North of Carolina vs. Robinson) del Tribunal Superior del Condado de Cumberland (Carolina del Norte), dictada en abril de 2012, se conmutó la pena capital impuesta a un reo afroamericano condenado por asesinato —transformándola en una condena a cadena perpetua—, sobre la base de constar acreditado (a través de datos estadísticos y del testimonio de expertos en psicología cognitiva) que, en la fecha en que se celebró el juicio (1994), la fiscalía descartaba sistemáticamente a los potenciales jurados de raza negra, concluyendo que ese sesgo discriminatorio tuvo, a su vez, una influencia decisiva en que el jurado (dada su conformación étnica mayoritariamente blanca) condenara al acusado a la pena de muerte (y no a otra más leve). El Tribunal, explicando su decisión, afirma que aunque «existe un consenso generalizado en la comunidad científica en que los sesgos raciales explícitos y patentes son generalmente reprobados y, consecuentemente, son inferiores y menos visibles que en el pasado, la raza continúa teniendo un impacto en nuestros procesos mentales y de toma de decisiones, a menudo a través de un mecanismo inconsciente». (Muñoz, 2013: 2-3).*

La iniciativa del autor Arturo Muñoz Aranguren de traer a la discusión existente sobre la influencia de la sesgos cognitivos en la función jurisdiccional, desde la tradición del *common law* al *derecho continental*, tiene entre otros el siguiente cometido:

De lo que se trata, en definitiva, es de combatir las resoluciones judiciales basadas exclusivamente en intuiciones subjetivas o en ideas preconcebidas -normalmente sesgadas-, en las que primero se llega a la conclusión y, después, se escogen los razonamientos ad hoc para justificarlas¹⁷⁶, cuando el

176 Se trata, en suma, de defender que los casos sean resueltos por los Tribunales, en la medida de lo posible, conforme a criterios de racionalidad y no meramente intuitivos. Hacemos nuestra la posición de Robert ALEXANDER -frente a quienes apuntan

método de trabajo debería ser el inverso. El fin último sería evitar lo que el profesor ZAGREBELSKY, otrora Presidente de la Corte Constitucional italiana, denominó “la temida explosión subjetivista de la interpretación”, un mal que conduce a la falta de previsibilidad y certeza en los procesos de aplicación del Derecho.¹⁷⁷ Ahora bien, el primer paso debe ser, necesariamente, el reconocimiento de su existencia y de los problemas asociados a su influencia por los propios jueces y jurados.

Tema 2.4. Vista panorámica de sesgos cognitivos – veintitrés sesgos en qué pensar

Una vez que se ha desarrollado conceptualmente en qué consisten los sesgos cognitivos y se ha puntualizado sobre algunos de ellos que se han estudiado en torno a su impacto en la función jurisdiccional, conviene describir algunos otros que afectan los procesos de percepción y decisión cotidianas, los cuales también podrían incidir en la función jurisdiccional.

A continuación, se ofrece una lista de sesgos cognitivos descritos y explicados por el profesor Óscar Navarro Rojas en su conferencia con ocasión del cine foro sobre la película «**12 angry men**» (“Doce hombres en pugna” en su título en castellano)¹⁷⁸.

Profesor Óscar Navarro Rojas “Sesgos cognoscitivos y decisión jurídica” Conferencia del 22 de julio de 2020. Escuela Judicial	
Efecto halo	<p>Capacidad de un individuo para modificar la percepción o evaluación que los demás tienen de las demás cualidades personales a través de una cualidad específica.</p> <p>Por ejemplo la creencia de que una persona, por ser atractiva, tiene también características positivas como inteligencia, sensibilidad, etc.</p>
Sesgo de autojustificación	<p>Tendencia a racionalizar decisiones después de tomarlas para convencernos de que lo que hicimos fue lo mejor que pudimos haber hecho.</p> <p>Una vez que hemos tomado una decisión evaluamos cuidadosamente la información subsecuente y filtramos toda información contradictoria relacionada con dicha decisión, dejando solo aquella evidencia que apoya nuestra decisión.</p>

-como Habermas- que las ponderaciones jurídicas se realizan «bien arbitrariamente o de forma irreflexiva según standards y escalas al uso [...], pues faltan criterios racionales para ello», que subraya la posibilidad de realizar juicios racionales en el ámbito del Derecho. El razonamiento jurídico, aunque goza de una cierta autonomía, no está desgajado del razonamiento práctico. A un Tribunal no le pedimos sólo soluciones formalmente conformes a la Ley; también le pedimos soluciones materialmente razonables. “La necesidad del Derecho - como dice Robert Alexy en su “Teoría de la argumentación jurídica” - no significa decir adiós a la razón”.

177 “El derecho dúctil. Ley, derechos y Justicia”, 5ª edición, traducción de María Gascón, Madrid, Trotta, 2003”.

178 La conferencia del profesor Óscar Navarro Rojas se tituló «**Sesgos cognoscitivos y decisión jurídica**». Su última edición se llevó a cabo el 22 de julio de 2020 para las personas participantes del FIAJ. No obstante, se ha realizado para las tres generaciones FIAJ anteriores. Los sesgos cognitivos desarrollados por Arturo Muñoz Aranguren estaban contenidos en el listado expuesto por el profesor Navarro. Para evitar redundar en ellos, no se han incluido en el cuadro explicativo.

Efecto Dunning-Kruger	<p>Los individuos con escasa habilidad o conocimientos sufren de un sentimiento de superioridad ilusorio, considerándose más inteligentes que otras personas más preparadas, midiendo incorrectamente su habilidad por encima de lo real.</p> <p>Ejemplo: El rapero Kanye West se postuló a la presidencia de los Estados Unidos de América en las elecciones del 2020.</p> <p>(Trump lo hizo en el 2016...)</p>
Sesgo de percepción selectiva	<p>Permitir que nuestras expectativas influyan en cómo percibimos el mundo.</p> <p>Por ejemplo: los del otro equipo de fútbol comenten más faltas que el nuestro.</p>
Sesgo de disconformidad	<p>Es la tendencia a realizar un escrutinio crítico de la información cuando contradice sus principales creencias y aceptar sin criterio aquella información que es congruente con sus principales creencias.</p>
Sesgo del rebaño (efecto arrastre o del carro ganador)	<p>Es la tendencia a hacer (o creer) cosas porque muchas otras personas hacen (o creen) esas cosas.</p> <p>También se puede dar el efecto contrario, rechazar algo por el mero hecho de que es lo que hace la mayoría.</p> <p>Este es el mismo instinto de manada o falso consenso.</p>
Efecto del falso consenso	<p>Se refiere al hecho experimentalmente comprobado de que la mayoría de personas juzgan que sus propios hábitos, valores y creencias están más extendidas entre otras personas de lo que realmente están ya sean por motivación, sesgo de confirmación o percepción selectiva.</p>
Sesgo de la elección comprensiva	<p>Es la tendencia a recordar nuestras propias decisiones como mejores de lo que realmente fueron.</p>
Sesgo de la ilusión de control	<p>Es la tendencia del ser humano a creer que puede controlar o al menos influir, en las consecuencias o resultados que claramente no puede controlar ni influir.</p> <p>Ejemplo de este sesgo son los “rituales” que hacen los deportistas para tener buen desempeño en la práctica de su disciplina. (En Costa Rica a estas prácticas, popularmente se le llama <i>agüizotes</i>).</p>
Sesgo de información	<p>Es la tendencia a buscar información, incluso cuando ésta no puede afectar a la decisión a tomar.</p> <p>Puede crear la falsa impresión de que por tener más información el razonamiento y/o la conclusión son más veraces.</p>
Sesgo de compatibilidad	<p>Es la tendencia a probar hipótesis exclusivamente a través de la prueba directa.</p>

Sesgo de deformación profesional	Es la tendencia a mirar las cosas de acuerdo con las convenciones o prisma de nuestra propia profesión, olvidando cualquier otro punto de vista más amplio.
Sesgo de la defensa del estatus	Es la tendencia de los individuos, cuando estos se sienten amenazados o en evidencia a no pararse a razonar, atender y reconocer los razonamientos de la contra. Es decir, cuando el individuo se considera con cierto status éste tenderá a negar y a defenderse de cualquier comentario que le contradiga incluso recurriendo al autoengaño. Algunos autores indican que este comportamiento también puede ser aprendido o potenciado llegando a la negación. Este comportamiento está relacionado con la aversión a la pérdida.
Sesgo del punto ciego	Es la tendencia a no darse cuenta de los propios prejuicios cognitivos. “Se llama «sesgo del punto ciego» (Pronin, 2006; Pronin, Lin y Ross, 2002) por su similitud metafórica con el punto ciego del espejo retrovisor de los coches, y deberíamos recordar siempre que, como los coches, todos nosotros tenemos este punto ciego: la dificultad de detectar nuestros propios sesgos”. (Matute, 2018: 51)
Sesgo o prejuicio de retrospectiva o recapitulación	Conocida también como el efecto «Siempre supe que iba a pasar, ¡lo sabía!» o «ya lo había supuesto», muestra la inclinación a ver los hechos pasados como fenómenos predichos o predecibles. Los individuos están, en realidad, sesgados por el conocimiento de lo que realmente ha pasado cuando evalúan su probabilidad de predicción. Sin conocimiento del futuro no hubieran tomado decisiones diferentes o correctas. Este prejuicio es en realidad producido por un error en la memoria, es un efecto menor del déjà vu.
Sesgo de justificación del esfuerzo (efecto ikea)	Sobrevalorar el resultado de una tarea en la que se puso mucho esfuerzo. Ejemplo. Una entidad bancaria lanzó una campaña publicitaria dirigida a las mujeres llamada “ <i>Banca Kristal</i> ”, la cual desde su inicio levantó muchas críticas por basarse en estereotipos, sin embargo la inversión fue muy cuantiosa y se decidió seguir adelante con el proyecto ¹⁷⁹ .
Sesgo de ilusión de introspección	Creencia que la reflexión lleva a la verdad y la precisión. Se basa en nuestra excesiva confianza en nuestras creencias.
Ilusión de agrupamiento	Esta es la tendencia a ver patrones en eventos aleatorios Es fundamental para varias falacias del juego, como la idea de que el rojo es más o menos probable que aparezca en una mesa de ruleta después de una serie de rojos.

179 <https://www.elmundo.cr/costa-rica/pese-a-criticas-banco-kristal-seguira-adelante-sin-hacer-cambios/>

Sesgo de retrospección de Rosy	<p>Es la tendencia a valorar los eventos pasados más positivamente a cómo los han valorado ellos mismos en el momento en el que los eventos ocurrieron.</p> <p>Un proverbio en latín resume este efecto: <i>memoria praeteritorum bonorum</i>, es decir, ‘el pasado siempre se recuerda como mejor’.</p>
Sesgo de disonancia cognoscitiva¹⁸⁰	<p>Reinterpretar el pasado para justificar errores de juicio.</p> <p><i>“buscamos la armonía entre nuestras creencias, actitudes y comportamiento, y experimentamos un malestar psíquico cuando estos se desequilibran. Al buscar una solución, nuestro primer objetivo es preservar nuestro sentido de autoestima [...]”</i>. (Mc Intyre, 2018: 64).</p>
Sesgo de información	<p>Ilusión (creencia) de que más información garantiza mejores decisiones. (Paradoja de la escogencia).</p>
Sesgo de estereotipo	<p>Esperar que un grupo de personas tengan ciertas cualidades sin tener información acerca de la persona o el grupo.</p>
Efecto galatea	<p>Donde las personas tienen éxito, o tienen un rendimiento inferior, porque creen que deberían</p> <p>Por ejemplo, en las escuelas se describe cómo los estudiantes que se espera que tengan éxito tienden a sobresalir y los estudiantes que se espera que fracasen tienden a tener un desempeño deficiente.</p>

180 **Ejemplo paradigmático:** En 1957, León Festinger publicó «*A Theory of Cognitive Dissonance*» (*Teoría de la disonancia cognoscitiva*) desarrollando este hallazgo de la psicología cognitiva. Lee Mc Intyre se refiere a este autor en la siguiente cita y con un ejemplo muy elocuente: “¿Qué pasaría si adoptáramos una postura pública sobre algún asunto, o incluso le dedicásemos nuestra vida, solo para más tarde descubrir que habíamos sido embaucados? Festinger analizó este fenómeno en un libro llamado *The Doomsday Cult [El culto del Día del Juicio]*, en el que da cuenta de las actividades de un grupo llamado «*The Seekers*» (Los Buscadores), que creían que su líder, Dorothy Martin, podía transcribir mensajes de alienígenas espaciales que estaban viniendo a rescatarlos antes de que se acabara el mundo el 21 de diciembre de 1954. Después de vender todas sus posesiones, esperaron en la cima de una montaña, solo para descubrir que los alienígenas nunca llegarían a aparecer (y por supuesto que no se acabó el mundo). La disonancia cognoscitiva debió de ser tremenda. ¿Cómo la resolvieron? Dorothy Martin enseguida les saludó con un nuevo mensaje: su fe y sus oraciones habían sido tan poderosas que los alienígenas decidieron cancelar sus planes. ¡Los Buscadores habían salvado el mundo!. Desde fuera es fácil desechar estas creencias como propias de crédulos idiotas; sin embargo, en trabajos experimentales posteriores Festinger y otros demostraron que, en un grado u otro, todos sufrimos disonancia cognoscitiva”. (Mc Intyre, 2018: 65).

Ejercicio

- ✓ Vea la película «**12 Angry Men**» («*Doce hombres en pugna*» en castellano)¹⁸¹.
- ✓ Analice la presencia de posibles sesgos cognitivos en las percepciones de los miembros del jurado, así como en la formación de su proceso de decisión.
- ✓ Consulte el siguiente texto de la autora **María G. Navarro** «*Dudas razonables, sesgos*» https://www.researchgate.net/publication/51013599_Dudas_razonables_sesgos_cognitivos_y_emociones_en_la_argumentacion_juridica_El_caso_de_Doce_hombres_sin_piedad

Tema 3. Paralogismos en la “lógica viva” de Carlos Vaz Ferreira¹⁸²

Como se indicó al inicio de la presente unidad, aquí se tratarán algunas de las dificultades relacionadas con la forma en que se asume la discusión de problemas que conduce a la comisión de errores en el razonamiento y la argumentación. En este caso, se analizará la valiosa propuesta denominada “lógica viva” del filósofo Carlos Vaz Ferreira.

Tema 3.1. Propuesta de Vaz Ferreira sobre “lógica viva” y los paralogismos como formas de asumir discusiones que conducen a errores¹⁸³

En 1910, el filósofo y jurista uruguayo Carlos Vaz Ferreira publicó una propuesta muy adelantada a su tiempo, bajo el nombre “*lógica viva*”, en la cual desarrolló una concepción muy particular de **paralogismo** que, si bien difería de la tradición Aristotélica, también implicaba un idea común, es decir, entender desde el punto de vista del conocimiento y la voluntad –intencionalidad– el estar en un error por ignorancia, descuido, desatención, etc., en contrapartida con la definición de **sofisma**, cuya caracterización corresponde a quien, con el propósito o la intención de engañar, sostiene un razonamiento falaz y eventualmente persuade al receptor del argumento (Vega, 2007: 182).

181 «**12 Angry Men**» (en España, **12 hombres sin piedad**; en Hispanoamérica, **12 hombres en pugna**) es una película dramática estadounidense de 1957 dirigida por Sidney Lumet y basada en el guion para TV de título homónimo escrito por Reginald Rose. Está protagonizada por Henry Fonda, Martin Balsam, John Fiedler, Lee J. Cobb, E. G. Marshall, Jack Klugman, Edward Binns, Jack Warden, Joseph Sweeney, Ed Begley, George Voskovec y Robert Webber. [https://es.wikipedia.org/wiki/12_Angry_Men_\(pel%C3%ADcula_de_1957\)](https://es.wikipedia.org/wiki/12_Angry_Men_(pel%C3%ADcula_de_1957)).

182 El desarrollo más amplio y completo sobre la propuesta de Carlos Vaz Ferreira y su impacto en los temas lingüísticos puede ubicarse en el capítulo II (*Celadas lingüísticas*) de la obra de Enrique Pedro Haba del 2012, “*Metodología (realista) de derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*”. Tomo I. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, pp. 120-166.

183 La base del presente tema se relaciona con el ensayo “*Análisis de los «paralogismos» de Carlos Vaz Ferreira y Las propuestas teóricas actuales sobre las falacias*” de Raymond Porter Aguilar, elaborado en 2018 aún inédito.

En los últimos años, una publicación del profesor Luis Vega Reñón¹⁸⁴ visibilizó para la discusión en Europa, sobre los aportes de Vaz Ferreira, aunque en el contexto uruguayo era bien conocida desde principios del siglo XX. Resulta llamativo que, en el año de su muerte, 1958, precisamente se publicaron: *La nueva retórica* de Chäim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, así como *Los usos de la argumentación* de Stephen Toulmin, coincidiendo todos ellos con el rescate de la argumentación y la retórica como reacción frente al paradigma *lógico-formal* en boga en esos años.

En buena medida, lo que proponía Toulmin en su obra, publicada justamente en el año de la muerte de Vaz Ferreira, este último lo había propuesto cincuenta años antes.

Es interesante analizar y exponer la propuesta del autor, partiendo de las observaciones del profesor Vega Reñón:

La contribución más relevante de la Lógica Viva es el estudio del paralogismo y el aporte más original es su concepción como un proceso o estado de confusión y una fuente de errores mentales y cognitivos antes que discursivos. Los paralogismos se han considerado tradicionalmente una especie del género de las falacias. (Vega, 2008: 630).

Luis Vega describe el aporte de Carlos Vaz sintetizándolos en tres aspectos medulares:

- a) **Un giro táctico:** [...] tiene que ver con su tratamiento de los casos considerados: consiste en abandonar la vía tradicional de los tipos y las clases de falacias para fijarse en los usos y las disposiciones falaces que presentan multitud de ejemplos tomados de la práctica común y cotidiana en diversos géneros de discurso público (e. g. periodístico, parlamentario, académico). Así pues, frente a la consideración lógica abstracta de cómo uno podría o debería equivocarse, la Lógica viva pasa a considerar cómo, efectivamente, la gente se equivoca y cómo se muestra de ordinario predispuesta a hacerlo [...] cambia el foco de atención, desde los clásicos catálogos de falacias hacia lo que son las prácticas falaces en la vida cotidiana, particularmente en contextos argumentativos.
- b) **El primer giro estratégico se relaciona con la idea misma de paralogismo:** [...] las falacias de confusión o errores discursivos cometidos por un pensamiento confuso e indistinto como el que incurre inadvertidamente en ambigüedad, petición de principio o ignorancia de la cuestión; fallos casi insensibles que, una vez advertidos, pueden parecer sorprendentes en una mente despierta. Pero VAZ hace notar —y este un punto de perspicacia y originalidad—

184 Vega Reñón, L. (2008). «Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31.

que no constituyen en realidad una clase determinada de falacias, sino un modo de caer en ellas, sea cual sea su clase [...] «habrá diversos modos psicológicos de caer en las falacias: sin razonar o casi sin razonar [...]; razonando muy confusamente, menos confusamente, y así por grados hasta el caso en verdad menos común del mal raciocinio distintamente concebido» [...] Por lo demás, su comisión no sólo revelaría incompetencia, poca inteligencia o falta de instrucción, pues tales paralogismos también pueden darse de forma incipiente, indecisa o aun pre discursiva en mentes preparadas. Estas observaciones llevan a reconocer diversos modos de incurrir en usos —o de hallarse en estados— paralogísticos, en particular:

- a. un modo explícitamente discursivo;
- b. un modo confuso pero explicitable;
- c. un modo confuso e irreducible al discurso expreso o, al decir de VAZ, «sub-discursivo», que según él sería por cierto el más común y característico”.

c) **El segundo supuesto estratégico:** “[...] de carácter más general, responde a una profunda convicción formulable en estos términos: «lo que expresamos es una mínima parte de lo que pensamos y lo que pensamos es una mínima parte de lo que psiqueamos “es decir, de lo que vivimos intelectual, sensitiva y afectivamente”». De este supuesto se desprende un par de ideas básicas de la «Psico-Lógica» de VAZ: por un lado, i) ni los esquemas verbales, ni menos aún los patrones lógicos, pueden imponerse y ahorrar los procesos psicológicos; por otro lado, ii) hay una lógica pre- o sub-discursiva ignorada o desatendida por la lógica tradicional. Ambas ideas se oponen a la pretensión clásica del análisis lógico de atenerse estrictamente al razonamiento expreso [...] y a la concepción tradicional de los sofismas como falacias clara y distintamente concebidas). Frente a esta idea canónica y precisa del sofisma, los paralogismos que a VAZ FERREIRA le importa detectar y examinar vienen a ser unos procesos «psíquico-lógicos» por los que caemos o nos encontramos en estados de neblina que tiñen, velan o enturbian nuestra mente, «nos impiden ver y pensar con justeza» [...]”. (Vega, 2008: 630-631).

Esta visión práctica de las formas en que los seres humanos nos equivocamos puede ser captada de una forma más nítida a partir del análisis de algunas categorías desarrolladas por el autor y que serán expuestas a partir de un extracto de su obra, una breve explicación de su contenido y algún ejemplo:

Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres comprendieran —no sólo comprendieran, sino sintieran— que una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc., que se tratan como opuestas, no lo son. Es una de las falacias más comunes, y por lo cual se gasta en pura pérdida la mayor parte del trabajo pensante de la humanidad, la que consiste en tomar por contradictorio lo que no es contradictorio; en crear falsos dilemas, falsas oposiciones. Dentro de esa falacia, la muy común que consiste en tomar lo complementario por contradictorio, no es más que un caso particular de ella, pero un caso prácticamente muy importante. [...] Les voy a citar un caso tomado de la realidad.

Una vez, en el Consejo Universitario, había yo presentado un proyecto para hacer obligatorias en el Bachillerato las lecturas en libros propiamente dichos: esas lecturas que establecen los contactos con los grandes espíritus y que tienen tanta influencia educativa. Proponía en mi proyecto que la Universidad adquiriera una cantidad bastante de ejemplares de determinadas obras [...] esas obras serían prestadas por la Universidad a los estudiantes. De manera que esta institución de enseñanza podía conseguir el fin de que los estudiantes que pasaban por ella y que en ella obtenían un título, no sólo hubieran cursado ciertas asignaturas regladas, y rendido examen de ellas, sino que hubieran también leído ciertos libros (no es lo mismo que leer textos), con la cual se fomentaba una cultura más amplia.

Cuando expuse mi proyecto, todos los colegas encontraron excelente el fin que yo me proponía, pero se produjo inmediatamente una discusión en esta forma: «El fin que se propone el doctor Vaz Ferreira —dijo uno— es muy bueno; pero el medio que aconseja para obtenerlo no es el que debe adoptarse. El verdadero procedimiento para elevar los espíritus, para levantar la enseñanza, no sería el que aconseja, el de la lectura en libros prestados por la Universidad, sino el de organizar conferencias dadas en la Universidad por sus mismos profesores». Otro compañero pide la palabra y entra en discusión con el anterior y conmigo: «Admito también —dice— que el resultado perseguido es excelente; pero el procedimiento para obtenerlo» —fíjense bien en esto, que es donde está el paralogismo— «el procedimiento para obtenerlo, no es ni el que indica el doctor Vaz Ferreira ni el que indica el otro colega, sino que consistiría en que los profesores en sus mismas clases hicieran esas lecturas. Cada profesor, fuera de sus textos, debería hacer lecturas en clase [...]». Y así continuaron varios miembros del Consejo proponiendo procedimientos, cada uno de los cuales, para el que lo proponía, era el procedimiento, el único que debía adoptarse. ¡Pues no se pudo hacer absolutamente nada! Yo me esforcé en ponerles de manifiesto que no había contradicción entre los procedimientos aconsejados; que todos eran buenos, unos en mayor grado, otros en menor grado; que todos tendían al mismo fin, y que, en vez de ser contradictorios, eran complementarios. [...]»¹⁸⁵. (Atienza, 2013: 164-165).

185 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original *Lógica Viva. Moral para intelectuales*, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 60-69.

Se trata de un paralogismo que implica tomar por contrario lo que en realidad es en complementario o convergente, creándose falsos dilemas.

Un ejemplo de este paralogismo sería:

- ✓ Frente a la necesidad de resolver un problema de déficit fiscal, el público quedaría atrapado entre los que dicen que debe recortarse el gasto público, reduciendo el tamaño del Estado, otros argumentarían que lo que se requiere es que se modifique la estructura impositiva y que los que más ingresos perciben, tributen más. Si procuramos salir de este paralogismo, podría entenderse que las opciones propuestas no son contradictorias, probablemente son complementarias y una combinación de ambas sea la solución.

3.3

Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos

Entre las cuestiones que los hombres discuten, las hay de palabras y las hay de hecho. Hay también, muy a menudo, cuestiones que, tales como son discutidas, son en parte de palabra y en parte de hecho en proporciones diferentes según los casos. Ahora bien: los hombres tienen tendencia —y éste es un paralogismo que prácticamente importa mucho analizar— a tomar las cuestiones de palabras por cuestiones de hecho, total o parcialmente. Es de la mayor importancia, no sólo desde el punto de vista especulativo, sino desde el punto de vista práctico, para razonar bien, y hasta para obrar eficazmente en su caso, saber distinguir lo mejor posible las dos clases de cuestiones. Ilustremos esto con algunos ejemplos. Hace algún tiempo, dos personas que habían sostenido una discusión, me pidieron opinión sobre ella. La cuestión era la siguiente: si un grabador es o no un artista. Uno de los que discutían, sostenía que el grabador no es artista, y decía: «Los verdaderos artistas son los literatos, los músicos, los pintores, los escultores; la función del grabador es demasiado subalterna, demasiado inferior; el grabador no es realmente un artista». Y respondía el otro: «Reconozco, sin duda, que el arte del grabador no es tan difícil ni tan elevado como la pintura o la música; pero es siempre un arte: participa de los mismos caracteres de los otros, aunque, si se quiere, en menor grado», etc. Y por aquí seguía la discusión. [...] Ahora bien, para analizar estas cuestiones y saber si son de hecho o de palabra, nosotros debemos hacer lo siguiente: preguntarnos si los que discuten admiten o no los mismos hechos. Por ejemplo: el que sostiene que el grabador es artista, y el que sostiene que el grabador no es artista, ¿difieren sobre lo que hace el grabador? Indudablemente, no. Los dos admiten lo mismo sobre cómo trabaja el grabador, sobre qué hace y cómo lo hace: totalmente lo mismo. Y ni siquiera discrepan (supongámoslo) sobre el mérito que hay en hacerlo. ¿En qué difieren? En saber si al que hace eso, se le debe o no llamar «artista». Esto dependerá de la significación que se dé a la palabra artista; es una cuestión de palabras: puramente de palabras. [...] ¹⁸⁶ Atienza; 2013: 165).

186 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original *Lógica viva. Moral para intelectuales*, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 35-43.

En estos casos se presentan discusiones por no establecerse, con claridad, que lo que se está planteando es una discrepancia meramente lingüística para referirse a un mismo fenómeno de la facticidad.

- ✓ Ejemplo: *en un proceso judicial se discutía si una persona obligada a pagar pensión alimentaria debía pagar una cuota extraordinaria que se destina a la compra de implementos escolares al inicio de cada curso lectivo. El actor reclamaba que él no era empleado público y en razón de ello no recibía “Salario Escolar”¹⁸⁷ no obstante su pretensión no era procedente, porque tanto los empleados público como los privados –obligados alimentarios– tienen el deber de cumplir con la cuota extraordinaria para sufragar los gastos escolares. Se trataba de un mismo supuesto de hecho pero se discutía con nombre diferentes.*

- ✓ *“Un paralogsimo usual es el de tomar las cuestiones de palabras por cuestiones de hechos, como bien se ilustra en el siguiente fallo del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, resolución número 2017-0195, de las 10:40 horas, del 23 de mayo de 2017: «II. [...] Por otra parte la resolución también incurre en un razonamiento falaz como resultado de no establecer la necesaria distinción entre las “cuestiones de hecho” y las “cuestiones de palabra”, confundiendo una con la otra. Una cosa es el hecho, indistintamente del nombre que le pongamos; y otra muy distinta son las palabras que utilicemos para denominarle. Es perfectamente posible que a un mismo hecho lo denominemos con distintas palabras, lo que no quiere decir que hablemos de diferentes “hechos”; y otra muy distinta es que discutamos simplemente sobre “palabras”, sin que aquellas se refieran a algún hecho concreto. Sobre el tema Vaz Ferreira comentó: “[...] A partir de esta distinción deviene irrelevante –como tesis de principio– cuál es el nombre que posea una determinada persona, si lo que al final de cuentas resulta relevante es que se trate del mismo sujeto. En el caso bajo estudio la sentencia sostiene que fue gracias a un amigo del ofendido que se pudo identificar al sujeto que se consideraba como responsable de los hechos acusados (f. 119). Pero lo que se dejó de analizar aquí es que lo que ese amigo ayudó a establecer fue el nombre (“cuestión de palabras”), mientras que el ofendido fue quien señaló a una determinada persona (“cuestión de hecho”) como el autor de los hechos. Por tanto, no se puede válidamente sostener que fue gracias a la información brindada por un tercero que se identificó a una determinada persona, a menos que se hubiera hecho la necesaria distinción que lo que una persona ayudó a establecer fue el nombre, en tanto que la otra lo que hizo fue señalar a una persona concreta.» (Harbottle & Lemus: 93-94).*

187 **Salario escolar:** es un ahorro que los trabajadores del sector público van amasando producto de una retención que hace el patrono (el Estado) y se le entrega a cada trabajador en el mes de ingreso a clases. En el sector privado no se practica.

Los problemas que los hombres discuten, podrían, más o menos esquemáticamente, dividirse en dos clases: a veces se discute sobre cómo son las cosas o sobre cómo pasan los fenómenos; otras veces se discute cómo se debe o conviene obrar. [...] Si se discute si la luna tiene atmósfera [...] si el radio cura o no el cáncer [...] se discute sobre cómo son las cosas o sobre cómo pasan los fenómenos; se procura constatar o explicar. Si se discutiera sobre cómo debe obrarse para obtener tal o cual fin; o, en general, cómo debe obrarse [...] o sobre la conveniencia del divorcio [...] no se discute sobre cómo pasan los hechos, sino cómo debería obrarse, o qué debería hacerse; y estos problemas son, según el más simple examen lo muestra, de una naturaleza diferente. Bien: la causa del error que voy a explicar viene de cierta costumbre de tratar los problemas de la segunda clase como se tratan los de la primera. [...] Discuten los hombres sobre el divorcio: Es un problema de hacer, un problema de la segunda clase: si debe o no permitirse el divorcio; es de la misma clase que el problema de si se debe, o de si conviene, o de si me conviene a mí en un caso particular, ir a Chile por mar, o ir por tierra. La única solución que admite ese problema es la siguiente: procurar estudiar, por una parte, las ventajas del divorcio; por otra parte, los inconvenientes del divorcio; del otro lado, estudiar, por una parte, las ventajas de la insolubilidad del matrimonio, y por otra, sus inconvenientes. Hecho esto, pesar, apreciar, valorar estas ventajas e inconvenientes, y, si es el caso, decidimos por una de las dos soluciones. Pero la tendencia que tienen los hombres a confundir esta clase de problemas con los otros problemas de existencia, que admiten soluciones perfectas, los lleva, a veces, a creer, por lo menos subconscientemente, que estos problemas, los normativos, han de tener una solución perfecta. Por «resolver» el problema del divorcio (o de la organización de la familia más en general), entienden casi todos encontrar un tipo de organización de la familia que no tenga más que ventajas y que no tenga inconveniente ninguno.

Como consecuencia de esto, se ponen en un estado de espíritu especial: en una actitud mental que produce, en nuestro caso, por ejemplo, en un «divorcista», la tendencia a no ver los inconvenientes del divorcio (o, si los ve, a verlos menores de lo que son), y a ver las ventajas del divorcio mayores de lo que son. También lleva esta actitud mental a tendencias exclusivistas; notablemente, a esa tendencia (tan común) a rechazar las soluciones que tienen inconvenientes, por la sola razón de tenerlos, y sin detenerse a pensar que las otras soluciones posibles pueden tenerlos también, y, en su caso, tenerlos mayores. (Esto crea una causa de insinceridad de los espíritus para consigo mismos). Más: las dificultades de los hombres para entenderse sobre estos problemas; el hecho de que en algunos de ellos cueste tanto llegar a soluciones prácticas, dependen precisamente de esta falacia: de la tendencia a buscar las soluciones sin inconvenientes. [...]”¹⁸⁸. (Atienza, 2013: 165-166).

188 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original *Lógica Viva. Moral para intelectuales*, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 60-69.

Este paralogismo implica discutir las cosas del plano de la normatividad (plano del deber ser) como si se tratara de cosas de la facticidad (plano del ser). Esto es relevante por cuanto el plano de la facticidad es corroborable empíricamente, es decir, admite criterios de verdad o falsedad de los enunciados.

Por otro, en el plano de la normatividad, no se puede atribuir criterios de verdad o falsedad. La normatividad puede ser calificada, por ejemplo, como conveniente o inconveniente, pero no verdadera o falsa. El establecimiento e interpretación de la normatividad exigen la gradualidad, la ponderación, sopesar pros y contras.

Ejemplo adicional:

- ✓ Piénsese en la discusión de la conveniencia de un proyecto de ley, si se asume como una cuestión explicativa, la discusión no avanzará, porque lo que se busca es, con criterios bivalentes, el todo o nada. Una discusión así se delibera, y se toman en consideración los aspectos positivos, así como los negativos para ir generando una respuesta que reduzca los perjuicios y maximice los beneficios.

3.5

Falsa precisión

El espíritu humano desea la precisión en el conocimiento y se satisface con ella. La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero, en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente en estos dos adjetivos: falseantes e inhibitorios. Hay sistemas científicos, teorías enteras (y hasta ramas del conocimiento), que pueden considerarse como ilustraciones de esa falacia. Por ejemplo, la psicología de Herbart. Procura este autor explicar la psicología por las matemáticas; todos los fenómenos mentales se explican por acciones y reacciones de las representaciones, las cuales se refuerzan o se excluyen del espíritu de acuerdo con leyes matemáticas; cada representación tiene un coeficiente de fuerza que se representa numéricamente; hay fórmulas matemáticas para los fenómenos mentales... Y semejante explicación produce un efecto engañoso: hace creer que la Psicología ha adquirido precisión; que es una especie de ciencia exacta. Esta precisión es falsa, es ilegítima. [...]

DOS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LA FALSA PRECISIÓN

Primera: que hay conveniencia en saber distinguir la falsa precisión real de la que es sólo aparente o literal. Es obvio que a veces empleamos términos, expresiones, que sólo literalmente implicarían falsa precisión, pero que no la implican en el pensamiento, como cuando decimos: «Tal escritor tiene cien veces más talento que tal otro», lo cual quiere decir, simplemente, «mucho más». [...] La segunda observación se refiere a una falsa precisión que, ésta sí, es real; pero es necesaria, y, por ser inevitable o conveniente, en estos casos, no puede decirse que constituya un paralogismo: sólo lo sería en el caso de que la creyéramos real. [...] Un Código Penal (de los actuales) manifiesta falsa precisión, al aplicar el mismo número, por ejemplo, de años de prisión, con ligeras variaciones, a actos que llevan el mismo nombre (el nombre de un «delito»), pero que, en la subjetividad individual, no son iguales. Más los legisladores que eso han establecido no lo han hecho porque cayeran propiamente en el paralogismo de falsa precisión, porque hayan creído que los casos hayan de ser realmente iguales, y que merecieran, precisamente, esa pena por alguna razón cuantificable, sino porque han creído, con razón o sin ella, que no podían ir demasiado lejos al dejar libertad a los jueces. [...] ¹⁸⁹. (Atienza, 2013: 166-167).

189 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original **Lógica Viva. Moral para intelectuales**, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 60-69.

Consiste en un error de percepción y juicio que se alimenta del valor civilizatorio del progreso tecnológico que lleva consigo la aspiración humana a la exactitud o la *precisión*. En el caso lo que sucede es que se le otorga un nivel de fiabilidad, precisión o validez a procesos o resultados que no poseen estas características.

Ejemplo:

- ✓ Piénsese en una encuesta de opinión política a la que se le atribuyen propiedades predictivas y la exactitud de las matemáticas en sus conclusiones, cuando en realidad los sondeos de opinión no tienen esas características, pues son modelos probabilísticos de cómo se podría extrapolar la opinión de una población muestra, al resto de la población votante.

3.6

Pensar por sistemas y pensar por ideas a tener en cuenta

Vamos a encontrar ahora otra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades, al estudiar, como vamos a hacerlo, la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta. Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse a todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que tener en cuenta cuando se reflexiona en cada caso sobre los problemas reales y concretos. [...] Noten quizá lo más importante que hay que observar a este respecto. Cuando se piensa, como yo les he recomendado, por ideas para tener en cuenta, no por sistemas, aparecen, en la inmensa mayoría de los casos, las cuestiones de grado. Mientras se piensa por sistemas, no: se tiene un sistema hecho, y se lo aplica en todos los casos, porque sólo se tiene en cuenta una idea y se piensa con esa idea sola; pero cuando se piensa con muchas ideas, cuando se piensa con todas las ideas posibles, entonces surgen inmediatamente las cuestiones de grados. ¿Es bueno (un ejemplo sencillo de la vida corriente), es bueno elogiar a los escritores incipientes, aun cuando lo que hacen valga poco? ¿Es bueno, al contrario, criticarlos severamente? Fíjense con qué facilidad podría yo hacer un pequeño sistema para probar cualquiera de esas dos tesis. Razonaría así: «Es bueno elogiar a los escritores que recién empiezan; cierto es que lo que producen a veces vale poco, pero lo que importa en estos casos, es, sobre todo, el estímulo; la mayor parte de los grandes escritores han empezado por producir obras débiles; quizás si se los hubiera inhibido, y se los hubiera interrumpido en su carrera, tal vez [...]».

Por aquí puedo seguir indefinidamente. Ahora, puedo hacer el razonamiento opuesto, también con igual facilidad: esta manera impedimos que, en esa época de la juventud irreflexiva, se extravíen muchos por sendas erradas, o se figure cualquiera tener una vocación que realmente no tiene, o se adquiera una facilidad excesiva y viciosa, o tendencia a no observarse, a no concentrarse; es conveniente que sean corregidos en la edad en que la corrección puede todavía producir efectos [...]». Puedo seguir razonando todo el tiempo que quiera. En realidad, ¿cómo hay que pensar? Hay que tener en cuenta todos esos efectos posibles, buenos y malos, de la crítica benevolente y de la severa, para apreciar, en los casos y los momentos, según el juego libre de estas dos ideas, los efectos del elogio [...] En seguida, pues, surge la cuestión de grados; y la cuestión de grados no se puede resolver de un modo geométrico. Lo único formulable es esto: «En pro, hay tales razones; en contra, hay tales otras; hay que tenerlas en cuenta, a unas y a otras; pensar y proceder sensatamente según los casos». [...] Habría que resumir todo esto, y el resumen es muy simple. Lo que yo procuro enseñarles, esto es, pensar con todas las ideas que se pueda, teniéndolas en cuenta a todas, tomándolas como tendencias, en cada caso, equilibrándolas, adaptándolas, es muy fácil de comprender. Si es difícil de aplicar, es, sobre todo, porque cuesta al espíritu humano libertarse de la impresión de abandono en que le parece encontrarse una vez que lo dejan libre. [...]

AMPLIACIÓN Y CORRECCIÓN AL CAPÍTULO «PENSAR POR SISTEMAS Y PENSAR POR IDEAS PARA TENER EN CUENTA»

[...] Hay casos en los que pensar por sistemas es legítimo y conveniente. Y, sin refinar demasiado, los casos más comunes, por ejemplo, de la matemática o de la mecánica: para multiplicar enteros, para extraer raíces [...] se aplica una regla encontrada y establecida de antemano, y ésta es precisamente la característica de pensar por sistemas, o sea, aplicar a los casos particulares que se van presentando una regla de conducta general, ya de antemano establecida [...] Pero esta manera de pensar por sistemas, o sea, por razonamientos hechos de antemano, se va haciendo cada vez más difícil y peligrosa a medida que se trata de cosas más complejas; y, en los órdenes de la moral, y de la psicología, y en la literatura, en la filosofía de lo social, y en muy amplio grado en lo práctico, entonces... lo del texto; esto es: los peligros de pensar por sistemas y la conveniencia de pensar por ideas para tener en cuenta, y con ellas examinar cada cuestión y del modo más amplio. [...] ¹⁹⁰. (Atienza, 2013: 166-167).

Este paralogismo se origina en la búsqueda constante de la humanidad de la certeza y la simplificación de la vida a través de seguir y aplicar patrones, modelos y fórmulas que guíen nuestras acciones. En este sentido, Vaz Ferreira ofrece un elocuente ejemplo que vale la pena citar: dados los resultados provechosos para la salud pública, la pasteurización de los alimentos se convirtió en un arquetipo de la industrialización de productos alimenticios y mejoró sustancialmente los estándares sanitarios a nivel mundial, de ahí que asumir la pasteurización como un sistema aplicable a todos los productos alimenticios resulta la aplicación de un sistema, rígido, sin excepciones. No obstante, si se aplica irreflexivamente el sistema por estimarlo intrínsecamente bueno, estaremos inhabilitados de adecuar nuestras decisiones en entornos cambiantes o situaciones que exigen cursos de acción diferentes, por ejemplo, si se desea hacer yogur, fermentar vino o cerveza, evidentemente el “sistema” en esos casos no generará beneficio alguno. Llevando estas ideas a escenarios más complicados, pensemos en el estancamiento e inmovilidad que se producen en nuestras sociedades, cuando quienes discuten se atrincheran en posiciones ideológicas y económicas absolutas, e impiden la toma de decisiones,¹⁹¹ cuando lo que se impone es tomar consciencia del contexto específico en el que se discute, para aplicar, desde una perspectiva pragmática y no dogmática, las medidas que resulten más provechosas y útiles para resolver los problemas. Se trata de una actitud pragmática que toma en cuenta el contexto y las posibilidades, y se pueden aplicar diferentes soluciones o una mezcla de medidas que se estime que son las mejores o las más idóneas, mientras que pensar por sistemas sería el pensamiento dogmático, la renuncia a razonar de manera crítica en servicio de dogmas y recetas.

190 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original *Lógica Viva. Moral para intelectuales*, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 78-94.

191 Es la coyuntura económica costarricense de estos tiempos, donde importantes reformas tributarias y decisiones fuertes en cuanto al gasto público no se toman, por cuanto los grupos con poder de decisión se aferran a sus diversos sistemas de concebir la realidad y cómo debe ser la sociedad.

Ejemplo: “En el caso de una sentencia en la que la persona juzgadora tome únicamente como parámetro la ley, donde indica que quien realice tal acto tendrá tal pena. Resolviendo todos los casos que tengan una misma calificación jurídica por igual.

En el caso de pensar por ideas a tener en cuenta no se puede ver todos los casos por igual, se debe analizar cada prueba y a cada parte procesal según su contexto. Por lo que la persona juzgadora debe fundamentar su decisión no solo en la norma aplicada sino teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, pues en algunos se debe aplicar normativa proveniente de tratados internacionales en materia de derechos humanos, como cuando se está ante personas en condición de vulnerabilidad. (ejemplo brindado por las licenciadas Rachel Masís Elizondo e Irma Solano Vega. FIAJ 2024).

Otro ejemplo: “En el derecho anglosajón donde existe mayor tendencia a seguir precedentes judiciales determinados (pensar por sistemas) podría llevar a una estricta valoración de las decisiones anteriores sin hacer consideración quizá del caso específico actual y sus implicaciones sociales o económicas; así mismo, si los jueces realizaran interpretaciones literales únicamente (pensar por sistemas) podría derivar en interpretaciones alejadas de la intención del legislador; por otro lado, si se analiza el caso concreto y sus elementos podría resultar más reflexivo y adecuado al ámbito contemporáneo. Ni una ni otra está mal per se, si no que depende del contexto y lo que se busca. (ejemplo brindado por los licenciados Josué Alfaro Mora y Wagner Ugarte Reyes. FIAJ 2024).

3.7

Sobre “el justo medio” – “eclecticismo”

De la reacción contra la unilateralidad, contra el simplismo en el pensamiento, etc., debe salir un modo mejor de pensar, más comprensivo, completo y amplio, que he procurado caracterice la tendencia de este libro. Ahora, cuestión: Qué relación tendrá esa manera de pensar que juzgamos mejor, más amplia, completa y comprensiva, con dos cosas: con la tendencia a buscar, como suele decirse, el «justo medio» entre las opiniones; segundo, con la tendencia o escuela denominada «eclecticismo», que consiste, como es sabido, en tomar de las escuelas hechas o de las opiniones sostenidas, por distintos autores, «lo mejor», y procurar combinarlo. [...] Entre tanto, esas dos tendencias, tanto la que consiste en buscar el justo medio entre opiniones, como el eclecticismo, son malas; son, en general, pésimas. Conviene, entonces, entendernos, y hacer la distinción. La primera, decíamos, es una tendencia o actitud mental que lleva a buscar intermedios entre teorías, opiniones, etc., dadas; la otra, afín, es la tendencia de tomar de cada escuela o autor, lo que parezca bueno. Una y otra, pues, tienen un mal común, esencial; y es el determinarse por posiciones hechas, o sea, buscar la verdad indirectamente. La verdad debe buscarse directamente. Sin perjuicio de auxiliarse, o en la busca o en la exposición, por opiniones, teorías y escuelas. Y sin perjuicio, todavía, de que éstas hayan facilitado nuestra investigación. Pero, lo repito: la verdad debe buscarse directamente, y no es lo mismo auxiliarse, en su caso, de opiniones para buscar la verdad, que fijarse de antemano, como regla, como actitud mental, hasta como finalidad a conseguir, el determinar nuestra posición por otras posiciones. [...] Pero, además, todavía tienen otro mal: y es que esas actitudes, si realmente se las mantiene, nos condenan a quedar dentro de lo ya pensado; a no encontrar nada nuevo; y, aun en el grado, a no superar a los que han pensado antes que nosotros¹⁹². (Atienza, 2013: 168-169).

192 Los anteriores extractos de la obra de Carlos Vaz Ferreira, corresponden a la obra original *Lógica Viva. Moral para intelectuales*, de 1979, Biblioteca Ayacucho, Caracas, páginas: 169-170.

El error señalado por Vaz Ferreira consiste en que, al acudir de manera acrítica a posicionarse en el “justo medio” o posición ecléctica, pocas veces se hace luego de asumir la valoración pertinente de las diferentes posiciones, para establecer cuál es la posición que debe asumirse. El que cae en este paralogismo sencillamente toma de forma acrítica el producto de terceras personas y lo asume cómo válido o el más correcto.

Ejemplo:

- ✓ En materia legislativa, es frecuente “importar” normativa extranjera y convertirla en ley nacional sin las valoraciones que es menester esperar de los legisladores.

Como se ha podido apreciar, las propuestas de Carlos Vaz Ferreira siguen siendo muy pertinentes para el desarrollo del pensamiento crítico que las personas juzgadoras deben tener.

En la praxis judicial, no pocas veces, los procesos de toma de decisión en tribunales colegiados se ven expuestos a estas formas equivocadas de asumir las discusiones, razón por la cual vale la pena tener presente esta categorización recién expuesta.

Bibliografía

- **Arocena, G.** (2019). *A decir verdad. Ensayos sobre la verdad y la prueba en el procedimiento penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- **Bermejo-Luque, Lilian.** (2014). *Falacias y argumentación*. Madrid: Plaza y Valdés S.L.
- **Bordes, Monserrat.** (2011). *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- **Camacho Naranjo, L.** (2009). *Lectura inteligente. Lógica en la literatura y en la enseñanza del español*. Proyecto MEP-Unesco. Código: 633COS9001, Costa Rica.
- _____ . (2002). *Introducción a la lógica. Libro universitario regional*. (LUR). Cartago.
- **Copi, Irvig.** (1999). *Introducción a la lógica*. 4.^a edición. Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- **De Marchis, G.** (2014). Procesamiento heurístico y comunicación. Una revisión y su clasificación. *Revista de Estudios en Comunicación ZER*. Vol. 19. N.º 36. Universidad del País Vasco, España.
- **Ferrajoli, L.** (2004). La cuestión del embrión entre derecho y moral. En: *Democracia, justicia y dignidad humana*. Homenaje a Wálter Antillón Montealegre. San José: Editorial Jurídica Continental.
- **González, J.** (2013). *Heurísticos y sesgos cognitivos: los atajos de la mente*.
- <http://jesusgonzalezfonseca.blogspot.com/2013/01/heuristicos-y-sesgos-cognitivos-los.html#:~:text=Cuando%20nuestros%20heur%C3%ADsticos%20no%20dan,en%20base%20a%20factores%20cognitivos>.
- **Haba, E.P.** (2012). *Metodología (realista) de derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*. Tomo I. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- **Harbotte, F. & Lemus, F.** (2019). *Falacias. Una aproximación teórico-práctica en el derecho*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas. S. A.
- **Kahneman, D.** (2012). *Pensar rápido. Pensar despacio*. México: Random House Mondadori. S. A.

- **Matute, Helena.** (2018). *Nuestra mente nos engaña. Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos.* España: Editorial Bonallete Alcompas S. L.
- **Mc Intyre, L.** (2018). *Posverdad.* Madrid: Ediciones Cátedra.
- **Moldovan, A.** (Febrero de 2018). *The psychological perspective. Texto de la segunda clase del curso Falacias.* Valladolid. Máster en Lógica y Filosofía de la Ciencia.
- **Muñoz Aranguren, A.** (8 de abril de 2013). El desayuno de nuestros jueces. Diario *La Ley*. Año XXXIV, n.º 8057.
- _____ . (Marzo-abril de 2012). Los sesgos cognitivos y el derecho: el influjo de lo irracional. *El Notario del Siglo XXI*. N.º 42 <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-42?id=487:los-sesgos-cognitivos-y-el-derecho-el-influjo-de-lo-irracional-0-53842293707507>
- _____ . (Octubre de 2011). La Influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: factor humano. Una aproximación. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*. N.º 2. www.indret.com
- **Porter, R.** (2018). *Análisis de los «Paralogismos» de Carlos Vaz Ferreira y Las propuestas teóricas actuales sobre las falacia.* Obra inédita.
- _____ . (Agosto de 2014). Falacia naturalista y otros paralogismos, como motivos de la condena a Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la fertilización *in vitro*. Aportes desde la filosofía del derecho del Dr. Pedro Haba. *Revista IUDEX*. N.º 2.
- **Schopenhauer, A.** (2002). *El arte de tener la razón. Expuesto en 38 estratagemas.*, Madrid: Alianza Editorial.
- **Toulmin, S., Rieke, R. y Janik, A.** (2018). *Una introducción al razonamiento.* Lima: Editorial Palestra.
- **Vaz Ferreira, C.** (1979). *Lógica viva. Moral para intelectuales.* Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- **Vega Reñón, L.** (2015). *Introducción a la argumentación. Problemas y perspectivas.* Lima: Editorial Palestra.

- _____. (2008). Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 31.
- _____. (2007). 2.^a edición *Si de argumentar se trata*. España: Ediciones Montesinos.

1	ANFIBOLOGÍA 1. f. Sentido equívoco que presenta una palabra o una expresión en un determinado contexto. Sin.: equívoco, ambigüedad. Ant.: claridad, precisión. 2. f. Ret. Empleo voluntario de voces o cláusulas con doble sentido. https://dle.rae.es/anfibolog%C3%ADa?m=form
2	ATINENCIA – ATINGENCIA 1. f. atingencia (ll relación). Sin.: relación, conexión, correspondencia, atingencia. https://dle.rae.es/atinencia?m=form
3	CETERIS PARIBUS Se trata de una locución latina. Ceteris significa “otras cosas” y paribus significa “igual”, por lo que la traducción literal que se le da a Ceteris Paribus es “siendo el resto de las cosas iguales”, Debemos tener en cuenta que este comportamiento y efecto que tiene una cosa sobre otra, se entiende mientras el resto de los factores que podrían entrar en juego quedan completamente detenidos. https://www.ineaf.es/glosario-juridico/ceteris-paribus

<p>4</p>	<p>ERÍSTICA</p> <p>Del gr. ἐριστικός eristikós; literalmente ‘discutidor’, der. de ἐρίζειν erízein ‘reñir’, ‘discutir’.</p> <p>1. adj. Fil. Dicho de una escuela filosófica: Socrática, establecida en Mégara, ciudad griega situada al oeste de Atenas, y caracterizada por su inclinación al procedimiento dialéctico y a la controversia.</p> <p>2. adj. Fil. Perteneiente o relativo a la escuela erística.</p> <p>3. adj. Que abusa del procedimiento dialéctico hasta el punto de convertirlo en vana disputa.</p> <p>https://dle.rae.es/er%C3%ADstico?m=form</p>
<p>5</p>	<p>ÉTIMO</p> <p>1. m. Raíz o vocablo de que procede otro.</p> <p>Sin.: etimología.</p> <p>https://dle.rae.es/%C3%A9timo?m=form</p>
<p>6</p>	<p>HEURÍSTICO</p> <p>1. adj. Perteneiente o relativo a la heurística.</p> <p>2. f. Técnica de la indagación y del descubrimiento.</p> <p>3. f. Búsqueda o investigación de documentos o fuentes históricas.</p> <p>4. f. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.</p> <p>https://dle.rae.es/heur%C3%ADstico?m=form</p> <p>Se conoce como heurística al conjunto de técnicas o métodos para resolver un problema. La palabra heurística es de origen griego εὐρίσκειν que significa “hallar, inventar”.</p> <p>La heurística es vista como el arte de inventar por parte de los seres humanos, con la intención de procurar estrategias, métodos, criterios, que permitan resolver problemas a través de la creatividad, pensamiento divergente o lateral.</p> <p>También, se afirma que la heurística se basa en la experiencia propia del individuo, y en la de otros para encontrar la solución más viable al problema.</p> <p>https://www.significados.com/heuristica/</p>

7	<p>PARALOGISMO</p> <p>1. m. Razonamiento falso.</p> <p>https://dle.rae.es/paralogismo?m=form</p> <p>Se conoce como paralogismo al raciocinio falso o incorrecto realizado de buena fe por falta de consciencia de su engaño o falsedad.</p> <p>https://www.significados.com/paralogismo/</p>
8	<p>SESGO</p> <p>7. m. Estad. Error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras.</p> <p>https://dle.rae.es/sesgo?m=form</p>
9	<p>SOFISMA</p> <p>1. m. Razón o argumento falso con apariencia de verdad.</p> <p>Sin.: falacia, engaño, falsedad, argucia, trampa.</p> <p>https://dle.rae.es/sofisma?m=form</p> <p>Se conoce como sofisma al argumento o raciocinio falso, formulado con la finalidad de inducir al adversario en error.</p> <p>En cuanto a su etimología, sofisma proviene de la palabra sofista, de origen griego sophía que significa “sabiduría” y sophos que expresa “sabios”.</p> <p>Sofisma puede designar a todo razonamiento erróneo pero en lógica, un sofisma se refiere específicamente a los razonamientos que aparentan ser correctos pero no lo son. Un ejemplo bastante común de sofisma es el argumento: “Todas las mujeres conducen mal”.</p> <p>https://www.significados.com/sofisma/</p>

Unidad VI

La sentencia. Estructura, razonamiento sobre los hechos y razonamiento sobre las normas. Argumentos jurídicos para su fundamentación

Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonaría el cognoscitivismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del puro decisionismo judicial.

M. Gascón y A. García¹⁹³

En el razonamiento probatorio [Quaestio Facti] se parte de los elementos probatorios (elementos presuntivos, indicios, etc.) para llegar a una conclusión sobre el caso a través de una regla-puente (una máxima de la experiencia, una ley científica o una norma jurídica en el ámbito probatorio). En el razonamiento interpretativo [Quaestio Iuris], se parte de una disposición o de un conjunto de disposiciones normativas para llegar a una norma aplicable al caso a través de argumento interpretativo.

D. Canale y G. Tuzet¹⁹⁴

193 Gascón & García, 2003: 388.

194 Canale & Tuzet, 2021: 94.

Introducción

En esta unidad, se apreciará la convergencia de las temáticas estudiadas en las unidades precedentes en la sentencia judicial. De esta forma, derechos fundamentales y humanos, elementos lingüísticos, esquemas de razonamiento, la existencia de fuentes de error y equívocos que deben evitarse, entre otros elementos, se convierten en insumos para la toma de decisiones jurisdiccionales y su expresión en la sentencia judicial.

Como se ha indicado desde la primera unidad, la legitimidad del ejercicio del poder en la Administración de Justicia se apoya en la fundamentación de las decisiones adoptadas.

Este esfuerzo argumentativo no se limita al análisis de normas, sino que se proyecta hacia la fundamentación de los hechos que se tienen por probados y la forma en que se ha llegado a esa conclusión a través de la valoración de la prueba. Esto coincide con la tradicional distinción entre *quaestio facti*, referida a los hechos del caso, y la *quaestio iuris*, referida a las consideraciones normativas donde se subsumen los hechos y se asignan consecuencias jurídicas.

En esta labor intelectual, se toman como insumos múltiples argumentos jurídicos que, según la concepción del derecho que se tenga, permiten interpretaciones normativas más cercanas a la solución de los conflictos sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia.

Objetivos específicos

1. Diferenciar los elementos que constituyen la sentencia judicial, los relacionados con los hechos del caso o facticidad, así como el marco jurídico aplicable o la normatividad para su utilización.
2. Analizar los requerimientos epistémicos para la fijación judicial de los hechos del caso, sus características y tipologías.
3. Reconocer los alcances, la teoría de la verdad por correspondencia y su relación con los esquemas de razonamiento inductivos, y la abducción como herramientas epistémicas para la determinación de los hechos del caso bajo enjuiciamiento.
4. Identificar los elementos del esquema argumentativo de Stephen Toulmin y su utilidad en la motivación de los hechos del caso judicial para su aplicación.
5. Identificar las reglas de la sana crítica como criterios epistémicos para la valoración de los elementos de prueba del caso bajo enjuiciamiento.
6. Identificar la presencia y finalidad de los razonamientos: subsuntivo y por adecuación en la fundamentación jurídica de las sentencias judiciales para su análisis.
7. Analizar la ponderación como metodología jurídica para la resolución de conflictos entre principios y la solución de las lagunas normativas y axiológicas en las decisiones jurisdiccionales.
8. Reconocer las partes que integran la sentencia y el contenido argumentativo que se le asigna a cada una de ellas para su empleo.
9. Distinguir las diferentes categorías de argumentos interpretativos del derecho para su aplicación en las sentencias judiciales.

Tema 1. El razonamiento probatorio sobre los hechos – *quaestio facti*

De previo a desarrollar los contenidos del presente tema, corresponde traer a colación las consideraciones que fueron desarrolladas en el tema 2.4. de la Unidad III respecto a los argumentos teóricos y prácticos, la dirección de ajuste del lenguaje y la división conceptual de facticidad y normatividad, pues, en este apartado del texto, resulta necesario conectar esas temáticas con la emisión de la sentencia judicial.

Los hechos sometidos a conocimiento de las personas juzgadoras son establecidos por las partes procesales; es decir, en la demanda, acusación o querrela, o bien, en otro tipo de acciones judiciales.

La finalidad del proceso, en sentido amplio, es la determinación de la existencia o no de tales hechos a través de la valoración de los medios de prueba y la eventual asignación de las consecuencias normativas establecidas por el ordenamiento jurídico.

Trayendo a este tema la primera columna del cuadro relacionado con *facticidad* — *normatividad*, se podrá relacionar su contenido con la llamada *quaestio facti* o cuestión sobre los hechos:

FACTICIDAD
- Los hechos, el plano del “ <i>ser</i> ”.
- Uso descriptivo del lenguaje.
- Asertos son calificables como verdaderos o falsos.
- Dirección de ajuste del lenguaje: <u><i>palabras — a — mundo</i></u> Las palabras describen los hechos acreditados.
- La determinación de verdad o falsedad se realiza a través de la <i>teoría de la verdad por correspondencia</i> .
- Ejemplo: - Hecho: “ <i>Se tiene por probado que Fulano ha dado muerte a Mengano</i> ”.
- Esa determinación se ha dado a través de las pruebas x, y, z.

El establecimiento de los hechos del caso implica un uso descriptivo del lenguaje; en otras palabras, lo que se dice o escribe puede ser calificado de verdadero o falso: la dirección de ajuste de las palabras se dirige a describir el mundo, en concreto, los hechos que han acaecido y que se tienen por demostrados. Como puede advertirse, la determinación de los hechos presupone el descubrimiento o acreditación de la verdad de estos. Como se verá de seguido, se requiere un criterio de verdad para poder calificar los hechos como verdaderos o bien descartarlos calificándolos de falsos o indemostrados. Para ello, también se debe contar con un instrumental para dilucidar los hechos del caso: los esquemas de razonamiento y las reglas de la sana crítica racional.

Tema 1.1 Teoría de la verdad como correspondencia y el modelo cognoscitivista de valoración de la prueba

La determinación judicial de los hechos del caso —premisa fáctica del silogismo judicial— se realiza a través de la valoración de los elementos de prueba, lo que presupone la asignación de valor de verdad a los hechos a través de la actividad probatoria. En este orden de ideas, cobra relevancia el concepto de verdad que se debe utilizar para alcanzar el mencionado propósito. Al respecto, existen diferentes teorías sobre la verdad de los enunciados fácticos:

Para explicar la verdad como propiedad de ciertos enunciados existen diversas teorías:

a) **Teorías semánticas de la verdad como correspondencia:** la verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos.

b) **Teorías sintácticas de la verdad como coherencia:** la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados.

c) **Teorías pragmatistas de la verdad:** la verdad de un enunciado se concibe en términos de «aceptabilidad justificada». Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión «instrumentalista») o porque es aceptado (versión «consensualista»). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero porque está justificado, o más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado. (Lo resaltado no es del original). (Gascón, 2010: 51).

La autora española Marina Gascón Abellán, siguiendo a Ferrajoli, sostiene que la teoría de la verdad por correspondencia es la que se ajusta a los requerimientos epistémicos del proceso jurisdiccional y, en particular, a la determinación judicial de los hechos.

Cuando hablamos de criterios epistémicos, se hace referencia a herramientas de conocimiento e instrumentos para las personas juzgadoras que les permitan conocer la verdad de los hechos en el proceso (Lluch, 2015^a: 73).

En este punto, adquiere relevancia la dicotomía representada por la **concepción persuasiva de la prueba** en contraste con el **modelo cognoscitivista de la prueba**. La primera pone su énfasis en la persuasión o convencimiento de quien decide acerca de los hechos, siendo posible que ese proceso mental de *convencerse* se alcance por medios diferentes a la prueba del caso, lo que impide el control de cómo se forma ese convencimiento en la psique de la persona juzgadora: aquello que se tiene por probado, a su vez, es lo que se entenderá por verdadero.

Por el contrario, el **modelo cognoscitivista** concibe la valoración de la prueba como una actividad racional dirigida a comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, lo que permite su exteriorización (fundamentación) que resulta controlable por las partes procesales e instancias jurisdiccionales de alzada.

Por otro lado, en este modelo, el hecho probado se entiende conceptualmente separado de la verdad del enunciado fáctico; es decir, admite la posibilidad de que pueda llegar a tenerse un hecho probado sin que tal hecho sea verdadero. En otras palabras, permite una actitud crítica frente a las posibilidades de error judicial (Gascón, 2014: 375-376).

La concepción persuasiva de la prueba puede relacionarse con las teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad, mientras que el modelo cognoscitivista se ajusta a la teoría de la verdad por correspondencia. Marina Gascón lo ilustra de la siguiente forma:

Resulta conceptualmente adecuado porque el concepto de verdad como correspondencia, a diferencia de lo que ocurre con otros conceptos de verdad, es el que más se adecua a las intuiciones de los hablantes y, por supuesto, también a las de quienes participan de un modo u otro en el procedimiento judicial: cuando en el proceso se pide a un testigo que diga la verdad no se le está pidiendo que diga lo que estima útil o que sea coherente, sino que describa los hechos, tal y como sucedieron. (Gascón, 2010: 62).

En palabras de Daniel González Lagier, la vinculación epistémica entre verdad y prueba, favorable a la teoría de la verdad por correspondencia¹⁹⁵, puede entenderse así:

[...] decir que un enunciado o una afirmación es verdadera quiere decir que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en realidad. Éste es el sentido en el que hemos usado la palabra “verdad” hasta ahora. La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro. Si afirmo que “Cayo mató a Sempronio”, este enunciado será verdad si ese hecho (la muerte de Sempronio a manos de Cayo) ocurrió realmente, y falso en caso contrario. (González Lagier, 2013: 66).

Desde el punto de vista epistémico, la teoría de la verdad por correspondencia no solo es la más conveniente, sino también es la que se aplica en nuestras prácticas probatorias.

No obstante, las otras teorías tienen utilidad en la práctica jurisdiccional como criterios auxiliares de la verdad por correspondencia, tal y como se verá en la propuesta postpositivista con relación al concepto de coherencia en la Unidad VII.

En resumen, en un modelo cognoscitivista, la idea de verdad de la declaración de hechos de la sentencia es la de correspondencia con la realidad, y no la de aceptación justificada ni la de coherencia del conjunto de los enunciados. Esto último puede servir como criterio subsidiario que ayude a determinar la verdad de los enunciados sobre hechos —por ejemplo, si el relato no es coherente, seguramente no sean ciertos—, pero no es la verdad. Verdadero es sólo el enunciado sobre hechos que se corresponde con la realidad. (Gascón, 2010: 67).

En el desarrollo de los siguientes temas de la presente unidad, se hará referencia a cómo se articula la teoría de la verdad por correspondencia en la evaluación de las inferencias probatorias dirigidas a la acreditación o descarte de los enunciados fácticos de la sentencia judicial.

Tema 1.2 Hechos y argumentos: la inferencia probatoria y representación mediante el esquema de Toulmin-

Este tema lleva, en parte, el nombre de uno de los ensayos del profesor Daniel González Lagier¹⁹⁶, dado que se acudirá a su contenido para desarrollar el tema de la inferencia probatoria. El profesor González utiliza el esquema argumentativo de Stephen Toulmin, presentando una propuesta muy útil para esquematizar los elementos que sirven para el establecimiento de la premisa fáctica del caso e, incluso, para desarrollar

195 *“El concepto de verdad como correspondencia goza de una larguísima tradición. Está presente ya en ARISTÓTELES cuando establece que «falso es, en efecto, decir que lo que es, no es, y que lo que no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es»; y después recibirá el nombre de «verdad como adecuación» o «como correspondencia», con la formulación clásica veritas est adaequatio rei et intellectus”. (Gascón, 2010: 63).*

196 *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción.* Publicado por Fontamara en el 2013.

la premisa normativa de este. Sin embargo, nos centraremos en la formulación de la *quaestio facti*.

Como se analizó a lo largo de la Unidad IV, donde se desarrollaron diversos esquemas de razonamiento que resultaron relevantes para la actividad jurisdiccional, en el caso del establecimiento de los hechos probados, tienen preponderancia la inducción en sus diversas manifestaciones, así como el razonamiento abductivo, los cuales a estas alturas sabemos que son probabilísticos y no categóricos.

En la Unidad IV, tema 1.3, se mencionó el silogismo judicial que tiene una estructura *modus ponens*. Sin embargo, también se indicó que esta estructura silogística era la forma de dar cuenta de la justificación interna de la decisión jurisdiccional, para lo cual ya se han establecido las premisas: normativa o premisa mayor (preexistente, brindada por la ley) y la premisa fáctica o premisa menor, la cual se construye durante el proceso y solo será parte del silogismo judicial, una vez que se establezca a través de la verificación de los hechos, obtenida por la valoración de la prueba.

El establecimiento de la premisa fáctica aludida es una labor intelectual en la que operan esquemas de razonamiento, meramente probabilísticos (como se explicó, inductivos y abductivos), aplicables incluso a la materia penal, la cual tiene el estándar probatorio más riguroso, en razón de los intereses en disputa.

En este sentido, el profesor Jordi Ferrer Beltrán indica: **“El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado, es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles”**. (Ferrer, 2018: 402).

Sobre los hechos del caso

Como se ha podido advertir, las consideraciones anteriores tienen como punto de partida los *hechos del caso*. Por ello, debe hacerse referencia a su concepto y las tipologías que resultan relevantes en las sentencias judiciales, para lo cual se recurre a una breve taxonomía aportada por el profesor González Lagier sobre los *hechos en el derecho*¹⁹⁷

A) Hechos externos:

1. Independientes de la voluntad:

1.1. Estados de cosas (“La puerta estaba abierta”).

1.2. Sucesos (“La puerta se cerró”).

1.3. Acciones involuntarias: actos reflejos (“Dio un manotazo dormido”) y omisiones involuntarias (“Se quedó dormido y no me despertó”).

2. Dependientes de la voluntad:

2.1. Acciones positivas:

2.1.1. Acciones intencionales (“Se compró un coche deportivo”)

2.1.2. Acciones no intencionales (“Atropelló a un peatón por conducir excesivamente rápido”)

2.2. Omisiones

2.2.1. Omisiones intencionales (“Cosimo decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo”).

¹⁹⁷ Existen también los *hechos institucionales*, cuya descripción pasa por la referencia a normas o convenciones, tales como la mayoría de edad o el estado civil; por otra parte, de la necesidad de acreditar o tener probados hechos y circunstancias, se excluyen los *hechos no controvertidos* (los que son admitidos por las partes), los *hechos notorios* (porque son conocidos por las partes y personas juzgadoras en tanto son miembros de una comunidad donde tales hechos son públicos; los *hechos que se presumen* en virtud de una regla (presunciones legales). (González Lagier, 2013: 19).

2.2.2. Omisiones no intencionales (“Olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba”).

B) Hechos internos o psicológicos:

1. Estados mentales

1.1. Voliciones: Deseos (“deseaba ser rico”) e intenciones (“tengo la intención de matarlo para heredar su fortuna”).

1.2. Creencias (“Creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro”).

1.3. Emociones (“Sentía una gran animadversión hacia su vecino”).

2. Acciones mentales (“calculó mentalmente las consecuencias”, “decidió hacerlo”).

C) Relaciones de causalidad (“La ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico”). (González Lagier, 2013: 18 – 19).

Según lo visto, se trata de una tipología de situaciones (hechos) que pueden ser objeto de discusión en los procesos judiciales sobre los que las personas juzgadoras deben pronunciarse.

Por otra parte, los hechos del caso deben analizarse a partir de tres perspectivas, tomando en cuenta las características del hecho en sí y las acciones que sobre ellos realiza la persona juzgadora, a saber: **hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado**.

Existen diferentes posiciones respecto a las posibilidades epistémicas de quienes intervienen en procesos judiciales respecto a los hechos que se enjuician¹⁹⁸.

Sin embargo, siguiendo a González Lagier, se puede defender una perspectiva denominada **objetivismo crítico**, donde el observador debe someter los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida son construcciones del propio observador, así como en cuáles casos podemos conocerlos con objetividad. Para ello, propone contemplar, de forma instrumental, los siguientes aspectos relacionados con la percepción e interpretación de los hechos externos:

1) **Los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico**, esto es, su existencia no depende del observador. Quizá no hay un argumento definitivo a favor de esta tesis, pero es un presupuesto de nuestra vida tal como la desarrollamos. Como señala Searle, es una creencia arraigada en el trasfondo de la que depende nuestra comprensión del mundo. Pero esta objetividad es insuficiente desde el punto de vista del conocimiento, pues no asegura que nuestro conocimiento de los hechos externos sea objetivo.

2) **Los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos**, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial. Pero como nuestras capacidades y limitaciones de percepción son compartidas, son características de nuestra especie, podemos convertir este defecto en virtud y hablar, no de subjetividad, sino de intersubjetividad. No es demasiado grave que nuestras percepciones sean de esta manera relativas, porque todos compartimos las mismas limitaciones...

3) **Los hechos interpretados son epistemológicamente subjetivos**, en el sentido de que son relativos al trasfondo, y éste puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo. La subjetividad que afecta a la interpretación de los hechos es relativa a un grupo social e incluso a un individuo. Sin embargo, si no abandonamos el sentido común, esto no tiene por qué conducirnos necesariamente a la desesperación. Si dentro de una misma cultura, o incluso entre culturas distintas, podemos comunicarnos en nuestra

198 Se pueden mencionar el **Objetivismo Ingenuo**, que parten de la objetividad ontológica de los hechos o bien de la objetividad epistémica de los mismos, donde se piensa que los hechos se presentan con claridad y que de esa forma los percibimos por medio de los sentidos, las dudas respecto a la ocurrencia de un hecho serán por falta de información; por otra parte, el **Escepticismo Radical** plantea que es imposible el conocimiento objetivo de los hechos sea porque los hechos no son objetivos o que si lo son, no pueden ser captados por el observador. (González Lagier, 2013: 19 – 27).

vida cotidiana, es porque nuestras interpretaciones de los hechos externos son suficientemente análogas o compartidas y, por tanto, existe suficiente base intersubjetiva como para poder juzgar cuándo una interpretación es correcta y cuándo no [...] Por esto precisamente es tan importante que un juez motive sus decisiones acerca de los hechos: esto no sólo permite un mayor control intersubjetivo, sino que contribuye a explicitar y a construir la “gramática” de la interpretación de hechos. (Lo resaltado no es del original). (González Lagier, 2013: 28 – 29).

Lo mencionado por el autor permite avizorar la relevancia de poner especial atención a los problemas de percepción e interpretación que pueden surgir a consecuencia de errores, tales como los sesgos cognitivos u otros esquemas falaces que pueden incidir o estar presentes en el contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales, según lo visto en la Unidad V y II respectivamente.

Inferencia probatoria

En los procesos judiciales, la actividad probatoria se puede observar, a efectos explicativos, integrada por dos fases: en primer lugar, **la práctica de las pruebas** y, por tanto, en la obtención de información a partir de ellas, esto es, derivado de lo que dicen los y las testigos, los documentos, las personas peritas, etc.

Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase: **inferir conclusiones mediante la valoración del material probatorio**:

La primera fase puede verse también como el establecimiento de las premisas del argumento que trata de probar una determinada hipótesis (qué es lo que en realidad sucedió). La segunda fase puede verse como la realización de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión.

El razonamiento en el que consiste esta segunda fase puede ser muy complejo y constar, en realidad, de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales. En el extremo inicial de la cadena encontramos la información obtenida directamente a partir de las pruebas practicadas. Por ejemplo: Un policía declara que se encontró en la vivienda de Ticio un arma del mismo calibre que la que causó la muerte de Cayo, y un testigo declara haberles visto discutir poco antes del fallecimiento de este último (obsérvese que la información que obtenemos directamente es que el policía declara que el arma fue encontrada en la vivienda de Ticio, no que realmente el arma fuera encontrada en la vivienda de Ticio. Esto último ya es el resultado de la valoración de la fiabilidad de tal declaración, es decir, ya es el resultado de un razonamiento, de una inferencia). En el extremo final encontramos una hipótesis. Por ejemplo: Ticio mató a Cayo. Entre un extremo y otro de la cadena encontramos premisas y conclusiones intermedias. Por ejemplo, de la declaración del testigo, si le concedemos credibilidad, inferimos que Ticio y Cayo realmente discutieron, y de esta conclusión inferimos a su vez que la discusión puede haber sido un móvil para el homicidio, lo que -junto con el resto de indicios y pruebas- puede llevarnos a la conclusión final o hipótesis: Ticio mató a Cayo. (González Lagier, 2013: 39 – 40).

De la anterior cita, se puede colegir que, en la primera fase, tienen presencia los criterios de legalidad y licitud de la prueba, pertinencia y utilidad, y que esta ingresa al proceso, en particular, a la fase de plenario, de manera que sea inmediada por las partes y la persona juzgadora.

En la segunda fase aludida, es donde se realizan inferencias, generalmente de naturaleza inductiva y abductiva que permiten la determinación de verdad de los enunciados fácticos (hechos del caso).

En la Unidad V, temas 4 y 5, se expusieron ampliamente los diversos tipos de razonamientos inductivos y el razonamiento o metodología abductiva. Corresponde, en este momento, retomar ese tipo de inferencias probabilísticas que son la base del razonamiento probatorio.

De previo a ello, no debe perderse de vista que, en materia de razonamiento probatorio, el tipo de probabilidad que se utiliza es la llamada **probabilidad lógica o inductiva**¹⁹⁹:

El concepto lógico de probabilidad [...] es el que corresponde al uso común de «probablemente», «posiblemente», «presumiblemente» (algo es verdad) y se predica por tanto de proposiciones, y no de sucesos. Muy simplemente, dicho concepto entiende la probabilidad como una generalización de la verdad... en el intento de racionalizar los conocimientos de tipo inductivo, la construcción que más predicamento ha alcanzado es la de la probabilidad lógica o inductiva a través de las teorías del grado de confirmación, que entienden que la probabilidad de una proposición determinada depende del apoyo obtenido a través de proposiciones que son consecuencias lógicas de la misma. La probabilidad se mide entonces no en términos de frecuencia relativa, sino de «grado de creencia» (J. M. KEYNES), «aceptabilidad» (W. KNEALE), «grado de confirmación» (R. CARNAP, C. HEMPEL, K. POPPER), «apoyo inductivo» (L. J. COHEN) de una hipótesis respecto a una información. La probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el conocimiento empírico que no puede aspirar a la certeza absoluta: no sabremos con total seguridad si el enunciado es verdadero, pero su grado de confirmación suministra una medida de la probabilidad de su verdad. (Gascón, 2010: 24-25).

Lo anterior señala que, mediante inferencias de naturaleza inductiva, es decir, probabilísticas, se puede construir conocimiento y arribar a conclusiones judiciales como la demostración de los hechos del caso. Este concepto de probabilidad exigiría el cumplimiento de criterios o requisitos, como los que provienen del modelo de L. J. Cohen, a saber:

- ✓ **Requisito de la no refutación:** [...] significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas.
- ✓ **Requisito de la confirmación:** [...] supone demostrar que puede explicarlas pruebas disponibles (o sea, los indicios) porque existe un nexo causal (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) entre aquella y éstas que hace que, a la vista de las pruebas, la hipótesis pueda estimarse probable en un grado suficiente [...] se trata no sólo de la consideración de cada concreto indicio, sino también de la consideración de todos los indicios en su conjunto [...] el grado de confirmación o de probabilidad de una hipótesis depende no sólo de la cantidad de datos favorables que la apoyen sino también de su variedad.

199 Por oposición a los **modelos matemático-estadísticos de probabilidad** que presentan muchas dificultades y poca utilidad ante estrados judiciales. Dentro de los modelos de **probabilidad lógica o inferencial**, el más útil es el de L.J. Cohen: “Decir que una hipótesis es probable significa, pues, que es demostrable, que puede probarse, es decir, que es posible fundar la hipótesis mediante inferencias a partir de las pruebas disponibles”. (Gascón, 2010: 24-25). Su modelo se denomina **esquema valorativo del grado de confirmación**.

- ✓ **Requisito de la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis:** [otras hipótesis rivales] es necesario, además, justificar por qué una de las hipótesis explicativas en liza resulta más aceptable que la otra. Y esta justificación tiene que afectar incluso a la forma de estructurar el razonamiento en la sentencia, que no sólo debe dar cuenta de la racionalidad de la elección, es decir, explicar a la colectividad las razones por las que se ha elegido una hipótesis y se ha abandonado la rival, sino que también «debe reflejar la confrontación de las hipótesis». (Gascón, 2010: 196-197).

Retomando la propuesta de Daniel González Lagier, mediante la utilización del esquema argumentativo de Stephen Toulmin, se pretende conducir el proceso inferencial de una forma ordenada y sólida.

Tema 1.2.1. Estructura de la inferencia probatoria y modelo de Stephen Toulmin. Criterios de solidez de la inferencia probatoria

El autor inglés Stephen Toulmin en su obra, *Los usos de la argumentación*, propuso un modelo argumentativo, para cualquier campo de argumentación, aplicable también al derecho. Este autor es uno de los precursores del llamado pensamiento crítico, como punto de partida, su planteamiento es que la lógica formal solo sirve para las ciencias exactas, más concretamente para las matemáticas, mas no para el derecho u otras disciplinas. Para Toulmin, la lógica tiene que ver con lo que las personas piensan, argumentan e infieren. Claramente, no corresponde con el concepto de lógica formal que se conoce desde Aristóteles. Toulmin propone que en materia de argumentación se abandone la lógica formal y se de paso a lo que podría llamarse *lógica práctica, no formal o lógica operativa o lógica aplicada* (esto ya había sido planteado por Carlos Vaz Ferreira en 1909, cuando hablaba de “*lógica viva*”). Aunque su modelo no fue pensado para aplicarse al derecho, para ejemplificar su planteamiento, utiliza la jurisprudencia judicial, pues le parece que es un excelente ejemplo de los que él entiende que debe ser la lógica, que sería jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden compararse con litigios, como se verá. Para Toulmin, un buen argumento: ***es aquel que resiste la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para un veredicto favorable*** (Marafioti, 2003: 124), en este caso ante el “*Tribunal de la Razón*” (de allí la analogía de Toulmin con la jurisprudencia). El modelo de Toulmin es, en principio, justificador, esto es, que analiza la técnica por la cual un locutor brinda justificaciones a la afirmación que ha hecho (aserciones) ante el cuestionamiento de un interlocutor. Entonces una aserción razonable será aquella que puede afrontar la crítica, donde el que argumenta es capaz de desarrollar su defensa mediante un procedimiento. Para Toulmin, la actividad central de los seres humanos es razonar, brindar fundamentos para certificar que las acciones, pensamientos y lo dicho es pertinente. Diferencia el empleo del lenguaje en ***uso instrumental*** (dar una orden, hacer una pregunta, etc.) y ***uso argumentativo*** (este requiere que las emisiones lingüísticas deban apoyarse en evidencias o prueba para tener éxito)²⁰⁰.

El modelo argumentativo de Toulmin se centra en el proceso argumentativo mismo, es decir, en la actividad de argumentar. El modelo silogístico tradicional: premisa mayor + premisa menor = conclusión resulta muy simple para dar cuenta de la actividad jurisdiccional y, como se ha visto, no aporta nada respecto al valor de verdad de las premisas.

200 Desde la posición de S. Toulmin, ARGUMENTACIÓN es una actividad de: “[...] plantear pretensiones, someterlas a debate, producir razones para respaldarlas, criticar esas razones y refutar esas críticas [...]” El término RAZONAMIENTO: sería una “[...] actividad de presentar razones para sostener una opinión, y para mostrar cómo esas razones son exitosas para dar fuerza a la opinión”. Un ARGUMENTO: “se entiende en el sentido de “un tramo de razonamiento”; es la secuencia de opiniones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la posición para la cual argumenta un hablante”. (Marafioti, 2003: 125 – 126).

González Lagier explica que el esquema argumentativo de Stephen Toulmin se puede reconducir con facilidad al razonamiento en materia de hechos. De esta manera, primero se observarán sus componentes y luego se apreciará su adaptación a los temas judiciales:

- 1).- **PRETENSIÓN o RAZÓN (Claim):** es la conclusión, es lo que se afirma y, mediante los otros elementos, se logra acreditar.
- 2).- **DATOS / HECHOS (Grounds):** este vendría siendo la premisa menor, los hechos del caso en el silogismo judicial tradicional.
- 3).- **GARANTÍAS (Warrant):** vendría siendo una regla, norma o enunciado general (ejemplo: máxima de la experiencia).
- 4).- **RESPALDOS (Backing):** Justificación externa de la decisión, aceptabilidad, intersubjetividad, contenido de verdad de las premisas.
- 5).- **CONDICIONES DE REFUTACIÓN (Rebuttals):** previsión del modelo respecto a condiciones de refutación potencial. Es decir, opera como la cláusula “a menos que” (locución adverbial modal); ejemplo: una causa de justificación en materia penal (legítima defensa, estado de necesidad, etc.); no aparecen siempre, en algunos casos tan solo. (Marafioti, 2003: 126- 128)

**Adaptación del esquema argumentativo de Toulmin
al ámbito judicial de Daniel González Lagier²⁰¹**

1	Hechos probatorios	Coincidirían con las razones del argumento.	Dada la conexión que existe entre prueba y normas jurídicas para algunos tipos de hechos, nos podemos encontrar no solo enunciados acerca de la realidad natural o acerca de la existencia de convenciones sociales, sino también enunciados acerca de la existencia de determinadas normas o deberes jurídicos.
---	---------------------------	--	--

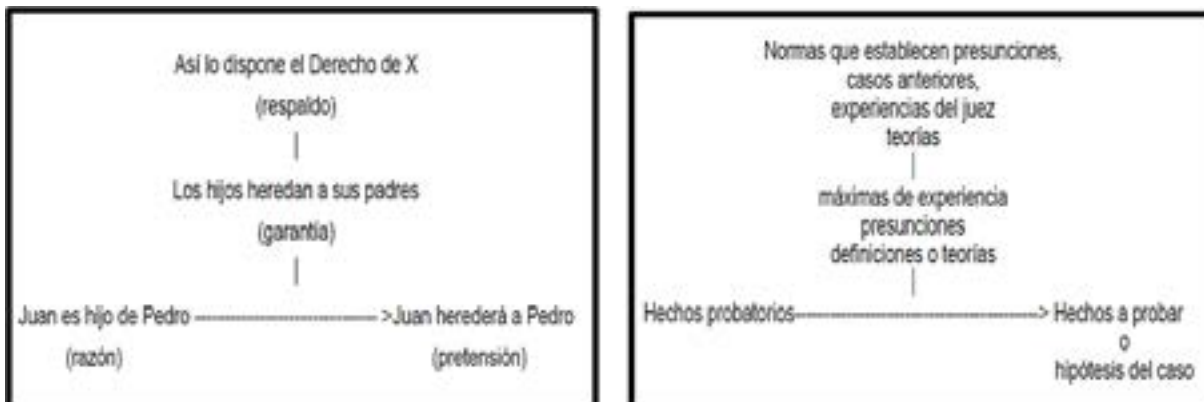
2	Hechos a probar	Correspondería a la pretensión o hipótesis del caso.	Si vamos más allá de lo que, en sentido estricto, sería la inferencia final en el proceso de prueba, los hechos a probar pueden ser a su vez, el resultado de otra inferencia del mismo tipo, de manera que, en realidad, la prueba puede consistir en el encadenamiento de varias inferencias sustancialmente análogas.
---	------------------------	--	--

201 En el siguiente tema, se detallará el significado o contenido de los elementos mencionados en este cuadro, tales como las máximas de la experiencia, dado su desarrollo jurisprudencial y doctrinario en la cultura jurídica costarricense como parte de las Reglas de la Sana Crítica Racional, bajo la denominación de Reglas de la Experiencia.

3	Garantía	Estaría constituida por las máximas de experiencia , las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión.	Máximas de experiencia: pueden ser: 1. de carácter científico o especializado , como las que aportan los peritos; 2. de carácter jurídico , como las derivadas del ejercicio profesional del juez; 3. de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión (sentido común de las personas).
			Las presunciones son máximas de la experiencia revestidas de autoridad al ser establecidas legal o jurisprudencialmente.
			Los enunciados generales pueden ser por definiciones o teorías que suelen ser proporcionadas por la doctrina; pero pueden proceder también de la jurisprudencia o, incluso, tener carácter legal. (Ejemplo: el dolo o dolo eventual).

4	Respaldo	Estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía. Está constituido por todo aquello que permite apoyar las máximas de experiencia, las presunciones o las definiciones: casos anteriores, las experiencias propiamente dichas de las que se infiere la máxima de experiencia, las normas que establecen las presunciones (o las experiencias que permiten fundamentarlas), teorías, otros argumentos, etc.
---	----------	---

Ejemplos del esquema en asuntos judiciales²⁰²:



Aplicando el esquema argumentativo de S. Toulmin a una parte de los elementos de prueba del caso hipotético “Juancho”, se puede esquematizar de la siguiente forma:

Esquema de Toulmin aplicado a elementos del caso Juancho

	Respaldos	
	Razón de verosimilitud de la pericia de ADN (M.E. #2)	
	Principio de Locard. Respecto al intercambio de partículas entre dos cuerpos que entran en contacto (M.E. #1)	

202 Propuestos por González Lagier en las páginas 41 y 42 (2013).

Máximas de la experiencia	
M.E. #2 La comparación del perfil genético de Fulana y las muestras de sangre en el cuerpo y ropas de Juancho tuvo resultados positivos (razón de verosimilitud).	
M.E. #1 La dinámica de un ataque con objeto punzocortante hace que exista expulsión de sangre del cuerpo agredido, y su proyección es usual que salpique a la persona atacante. (Principio de Locard).	
Hechos probatorios (razón)	Hecho a probar – hipótesis del caso
Fulana fue muerta por múltiples heridas con objeto punzocortante.	Juancho dio muerte a Fulana con un objeto punzocortante.
Juancho fue detenido a poca distancia del lugar del hecho y a poco tiempo de acaecido este.	
Juancho tenía salpicaduras de sangre de Fulana en sus ropas, cuello y cara.	

El objetivo académico de la exposición del esquema de Toulmin aplicado a un caso judicial hipotético pretende ofrecer una guía de cómo se pueden presentar los argumentos de manera ordenada (no necesariamente en forma de gráfico). Del ejemplo se pueden agregar otras razones o hechos probatorios que convergen en la culpabilidad de “Juancho”.

Nótese que cada una de las inferencias que se obtienen del análisis de cada elemento probatorio señalan una probabilidad (en mayor o menor grado) de la participación de “Juancho” en la muerte de Fulana. No obstante, la valoración del material probatorio exige su apreciación conjunta que, a su vez, brinda otra idea de probabilidad aún más fuerte y permite tener por demostrada una hipótesis acusatoria en materia penal.

El énfasis en las consideraciones epistémicas que corroboran una hipótesis no está dado en términos de si se produce un estado de “certeza” (lógica-deductiva o como estado mental de la persona juzgadora), sino de su solidez como propiedad gradual:

[...] lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la validez de la inferencia probatoria, si se entiende como una propiedad todo o nada, sino su solidez, entendida como una propiedad graduable, como su mayor o menor capacidad de generar la convicción del juez. ¿Cómo podemos valorar dicha solidez? (González Lagier, 2013: 51).

El autor en comentario ofrece criterios de solidez de la inferencia probatoria, los cuales son exigibles a cada componente del esquema de Toulmin que ha desarrollado y se pueden reunir en el siguiente cuadro²⁰³.

203 González Lagier, 2013: 55-64.

Sus observaciones coinciden con el concepto de probabilidad inductiva y la propuesta de comprobación de hipótesis de Karl Hempel («*grado de confirmación*», aplicado en la filosofía de la ciencia):

Criterios de solidez de la inferencia probatoria			
1	Hechos probatorios	¿Son fiables?	<p>La fiabilidad depende de cómo hayamos llegado a conocer los hechos probatorios. El conocimiento de estos puede depender:</p> <p>a) De la observación directa de quien juzga.</p> <p>b) De conclusiones científicas (por ejemplo, una prueba de ADN).</p> <p>c) Pueden ser, a su vez, el resultado de otra inferencia.</p> <p>Es evidente que, en los dos primeros casos, la fiabilidad de los hechos probatorios es mayor. Sin embargo, en la mayor parte de supuestos, los hechos probatorios serán conclusiones de otras inferencias; por ejemplo: cuando un testigo se refiere a un elemento indiciario que implica valorar la credibilidad del testigo para considerar el indicio como parte de otra inferencia</p>
		¿Son suficientes?	<p>Se debe contar con un número suficiente de hechos probatorios. Cuantos más hechos “apunten” en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección. No obstante, este criterio debe ser matizado, porque un solo hecho probatorio, pero con un alto grado de fiabilidad, puede tener un peso mayor que varios hechos probatorios de escasa fiabilidad; por ejemplo: pericia de ADN.</p>
		¿Son variados?	<p>La variedad de los hechos probatorios aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos. Como señala J. L. Cohen, la importancia de la diversidad de los datos radica en que permite algo que es esencial para dar por confirmada una hipótesis: la eliminación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia.</p>
		¿Son pertinentes?	<p>los hechos [...] relevantes para confirmar una hipótesis [...] deben tener una relación con el hecho descrito en ella. En ocasiones, la pertinencia de la prueba viene determinada por el derecho (legal o jurisprudencialmente), prohibiéndola o fijando su valor. Por ejemplo, cuando se minusvalora al escrito anónimo o el testimonio de referencia [...] Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas, por lo que este requisito remite a la corrección de la garantía.</p>

2	Garantía	¿Está suficientemente fundada?	Lo que Toulmin llama garantía de un argumento consiste en una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis). En la “inferencia probatoria”, la garantía está constituida por máximas de experiencia y por presunciones [...] las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en sentido inferencial). Su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha [...] de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios [...] Las presunciones pueden verse como máximas de experiencia institucionalizadas y autoritativas.
		¿Establece un grado de probabilidad causal suficiente?	Mientras el requisito anterior era relativo al sentido inferencial de probabilidad, este se refiere al sentido <i>causa</i> ²⁰⁴ . Es posible encontrar máximas de experiencia que establecen que, si ocurre un fenómeno, lo seguirán con un alto grado de probabilidad, otro fenómeno y máximas que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad.

204 “González Lagier, siguiendo a Hempel (pero variando la terminología) distingue dos sentidos de probabilidad» que cabría encontrar en una inducción: la «**probabilidad inferencial**», que hace referencia al grado de apoyo que las premisas prestan a la conclusión (la conclusión de una inducción no se infiere con total certeza); y la «**probabilidad causal**», que hace referencia a la conclusión de la inducción, cuando la misma no expresa una ley o una regularidad estrictamente universal, sino una correlación causal (que admite excepciones) entre dos acontecimientos (por ejemplo, «aquellos que convivan con un enfermo de sarampión probablemente enfermarán»”. (Atienza, 2013: 490).

3	Hipótesis	¿Ha sido refutada?	Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos, cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable).
		¿Se han podido confirmar las hipótesis derivadas?	Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su credibilidad si se confirman como verdaderas [...] si se pueden confirmar con un grado de probabilidad suficiente las hipótesis derivadas de una hipótesis judicial, el grado de credibilidad de esta aumenta.
		¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?	Para valorar la credibilidad de una hipótesis, la credibilidad de otras hipótesis es con la que la primera entra en competencia. En el caso en que se puedan eliminar todas las hipótesis que compiten por explicar un hecho, salvo una, esa debe ser tomada como verdadera [...] Lo usual es que se disponga de varias hipótesis y que haya que escoger aquella que resiste mejor a los intentos de refutación, o aquella que es más sólida de acuerdo con los criterios anteriores. En general, la credibilidad de una hipótesis disminuye cuantas más hipótesis alternativas existan.
		¿Es coherente?	Hay dos criterios para escoger entre hipótesis con un grado de confirmación semejante. El primero consiste en la coherencia narrativa o congruencia de dicha hipótesis. De acuerdo con MacCormick, debe escogerse aquella hipótesis que explica 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 (la coherencia, por tanto, tiene un aspecto interno: congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis, y otro externo: congruencia con el resto del conocimiento).
		¿Es simple?	El segundo criterio de elección entre hipótesis aparentemente equivalentes es la simplicidad. Este es un criterio señalado también por los filósofos de la ciencia y muy discutido (se discute tanto el concepto como el fundamento de la simplicidad). De acuerdo con algunos autores, las hipótesis más simples serían las que explican más con un menor número de presuposiciones. Al requerir menos hechos desconocidos (dichas presuposiciones), se les concede mayor credibilidad.
4	Prueba directa e indirecta (prueba indiciaria)	De la tradición procesalista proviene esa distinción [...] suele ir acompañada de una mayor confianza hacia la prueba directa, hasta el punto de que la indirecta se admite como un “mal menor” [...] sometiéndola a ciertos requisitos [...] establecidos jurisprudencialmente, vienen a coincidir o aproximarse [...] a algunos de los que he señalado como criterios de solidez de la inferencia probatoria. Así, se exige que los indicios estén plenamente acreditados (fiabilidad), que concurren una pluralidad de indicios (cantidad), que tengan relación con el hecho criminal y su agente (pertinencia), que tengan armonía o concordancia (coherencia), que el enlace entre los indicios y los hechos constitutivos del delito se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia (garantía bien fundada), de manera que se eliminen posibilidades alternativas (eliminación de hipótesis alternativas), que no existan contraindicios (no refutación), etc. [...] Probablemente, la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado... por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez rigen tanto para la prueba directa como para la indirecta.	

La propuesta de González Lagier pretende ser útil en dos vertientes. Por un lado, sirve como una guía de razonamiento orientada a averiguar la verdad y, por ende, a la toma de una decisión. Por otra parte, una vez que se ha decidido, sirve como parámetro de justificación de la decisión frente a terceros (González Lagier, 2013: 71).

En el siguiente tema, se retomarán muchos de los conceptos y criterios desarrollados, ya que estos son tratados en la cultura jurídica costarricense, a través de las reglas de la sana crítica.

Tema 1.3. Reglas de la sana crítica racional como criterios epistémicos en la valoración de la prueba

Desde hace varias décadas, el ámbito jurídico costarricense ha venido consolidando el paso de un modelo de decisión jurisdiccional relacionado con la *íntima convicción* hacia un *modelo de libre valoración de la prueba*; pero sometido a criterios de racionalidad, es decir, a las *Reglas de la Sana Crítica Racional*²⁰⁵. Esta exigencia es congruente con el modelo cognoscitvista del que se ha venido hablando que demanda la motivación de lo resuelto en términos que resulten intersubjetivamente aceptables:

[...] en un modelo cognoscitvista, la motivación ni es innecesaria ni es imposible. Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonaría el cognoscitvismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del puro decisionismo judicial. (Gascón & García, 2003: 388).

298

Resulta de la mayor relevancia aclarar que, cuando se alude a las *Reglas de la Sana Crítica*, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es usual que se haga referencia de manera conjunta o alterna (en términos de sinonimia) a conceptos, tales como “*reglas del correcto entendimiento humano*”²⁰⁶, “*reglas del sentido común*”, “*reglas del buen sentido*”, “*reglas de la sana razón*” (Peyrano, 2011: 12); y, en el

205 A modo de ejemplo, obsérvese la presencia de las exigencias epistémicas relacionadas con las reglas de la sana crítica en las normas positivas de diferentes áreas del derecho en Costa Rica: **Reforma Procesal Laboral, Ley N.º 9343**, Artículo 481.- “*Las pruebas se valorarán respetando el resultado del contradictorio, con criterios lógicos, de la experiencia, la ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales.*”; **Código Procesal de Familia, Ley N.º 9747**, Artículo 191- “*Forma de apreciación y valoración de la prueba. En materia de familia se apreciarán y valorarán las probanzas conforme a los criterios de lógica, experiencia, sentido común, ciencia y correcto entendimiento humano sin sujeción a reglas de valores determinados para cada medio de prueba, atendiendo a todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones fundamentos de la valoración.*”; **Código Procesal Civil, Ley N.º 9342**, 41.5 “*Apreciación de la prueba. Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa [...]*”; **Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227**, Artículo 16.- 1. “*En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia [...]*”; **Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N.º 8508**, Artículo 82.- “[...] 4) *Todas las pruebas serán apreciadas, de conformidad con las reglas de la sana crítica [...]*”; **Código Procesal Penal, Ley N.º 7594**, Artículo 184.- “*Valoración. El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.*”

206 Ver resoluciones n.º 00403 –2000 de la Sala Constitucional; n.º 01360-2011, n.º 00542-2009, n.º 00500-2011 de la Sala Tercera.

ámbito jurídico español, como “reglas del raciocinio lógico”, “normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia”, “las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los criterios generalmente aceptados por la ciencia”. (Lluch, 2015b:1).

En la tradición jurídica iberoamericana, el origen del concepto *Reglas de la Sana Crítica* surge en el siglo XIX en España²⁰⁷ y se convirtió en la regla general para la apreciación de pruebas, punto intermedio entre el método de prueba tasada o valoración apriorística y el de la íntima convicción o apreciación en conciencia (Peyrano, 2011: 12).

El origen de las *máximas de la experiencia* se ubica en el ámbito germano por parte de Frederic Stein en 1893 y de allí pasó a Italia.

Si bien hay autores que asimilan las *Reglas de la Sana Crítica* a las *Máximas de la Experiencia*, como lo sostiene el procesalista argentino Jorge Walter Peyrano²⁰⁸, otros autores como Xavier Lluch sostienen que eso es una confusión por tanto las *máximas de la experiencia* no constituyen una disciplina científica, mientras que las Reglas de la Lógica sí lo son (Lluch, 2015^a: 103).

No obstante, Xavier Lluch también aclara que, dentro de la conformación tripartita del concepto *Reglas de la Sana Crítica*, están contenidas las *Reglas de la Experiencia*, de manera que, a efectos prácticos, las *máximas de la experiencia* estarían contenidas dentro de las Reglas de la Sana Crítica en una relación de género y especie.

En una visión similar a la del profesor Lluch, Daniel González Lagier plantea la posibilidad de reconducir los *criterios de solidez de la inferencia probatoria* a reglas de la sana crítica. (González Lagier, 2020, 83-84).

Esta precisión terminológica tiene importantes consecuencias, pues lo que se ha dicho en los temas anteriores, respecto a las *máximas de experiencia* y su relevancia para la *quaestio facti*, es plenamente aplicable al sistema de valoración judicial de pruebas de Costa Rica, bajo el concepto de *Reglas de la Sana Crítica*.

Las consideraciones doctrinales previas y el esquema argumentativo de Toulmin, reconducido al ámbito judicial, se ajustan al modelo de la sana crítica.

Siguiendo al profesor español Xavier Abel Lluch (2015 b), puede conceptualizarse a las *Reglas de la Sana Crítica* de la siguiente forma:

207 “Tal canon valorativo hunde sus raíces históricas en el art. 148 del Reglamento en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846” (Lluch, 2015b: 1).

208 “Las “reglas de la sana crítica” son pautas valorativas de la prueba contingentes y variables según el tiempo y lugar de que se tratare, conformadas por una mixtura entre la experiencia y los principios lógicos del buen pensar... La doctrina especializada en la materia, reconoce que las máximas de experiencia presuponen ingredientes empíricos y también otros provenientes de la Lógica formal. Así las cosas, ¿nota el lector alguna diferencia de contenidos entre las máximas de experiencia y las reglas de la sana crítica? La respuesta debe ser contundente: no. Por ello pensamos que estamos hablando de la misma cosa [...] Es decir “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia” son el mismo producto. La primera formulación [...] proviene de la doctrina española y es de frecuente uso en los cuerpos legales. La segunda, en cambio, reconoce fuentes germanas y no cuenta con numerosas alusiones legislativas [...] Para verificar nuestra tesis puede el lector consultar dos autores emblemáticos en la materia como son Couture y Stein, quienes señalan iguales contenidos para las “reglas de la sana crítica” y para las “máximas de la experiencia”. En suma: “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia” son dos modos distintos de referirse a lo mismo”. (Peyrano, 2011: 14-17).

Tradicional y sintéticamente se han definido como las «reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia», y con un alcance más descriptivo pueden definirse como «son las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior», definición que permite incluir un elemento sustantivo —las reglas o principios no jurídicos—, un elemento constitutivo —la mención explícita a los parámetros de la lógica, la experiencia y la ciencia—, y un elemento funcional —la adscripción a la concepción racional de la prueba—.» [...] Son reglas: a) no jurídicas, en cuanto no se hallan codificadas, ni recogidas en texto positivo alguno; b) de carácter mixto, en cuanto reglas lógicas e inmutables; y de carácter contingente, en cuanto reglas de experiencia, variables en tiempo y lugar; c) de carácter valorativo, pues sirven para fundar una valoración racional de la prueba, y d) tendencialmente expansivas, pues se aplicarán en defecto de prueba tasada y en defecto de previsión legislativa. (Lluch, 2015b: 1).

En el ámbito jurídico costarricense, desde sus primeros años, la Sala Constitucional estableció que las “*reglas del correcto entendimiento humano*” eran parte integrante del debido proceso legal y, en consecuencia, su jurisprudencia vinculante ha exigido el alineamiento de la actividad probatoria de las diversas jurisdicciones²⁰⁹ a las reglas de la sana crítica:

*La jurisprudencia de esta Sala ha sido abundante en relación con el tema, sobre el que ha dicho: “II.- Sobre la apreciación de la prueba por parte de los juzgadores en un proceso penal, es criterio reiterado de esta Sala, que **las pruebas deben ser valoradas a la luz de las llamadas “reglas del correcto entendimiento humano” o sana crítica, porque así se garantiza que el análisis probatorio sea objetivo, verificable y controlable en caso de yerros, constituyéndose ello además, como garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales y como tal, pieza fundamental del debido proceso.** La infracción al debido proceso en esta materia se da porque la prueba ha sido valorada en forma errónea, arbitraria, incompleta o infundada, de modo que las conclusiones a las que se llega no sean suficiente sustento para señalar que se ha llegado a la “necesaria demostración de culpabilidad”. De manera que si el juzgador se ha apartado de este criterio en la apreciación de la prueba fundamental -documental, peritajes, testimonios, etc.- habida dentro del proceso, se estaría frente a una infracción al debido proceso, lo cual deberá determinar la autoridad consultante... Al respecto, en la sentencia número 01739-92 se consideró: “h) El **principio de valoración razonable de la prueba: El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea.** (Lo resaltado no es del original). (Sala Constitucional, n.º 00403 – 2000).*

La decisión vinculante de la Sala Constitucional perfiló no solo una suerte de estandarización del sistema de valoración de la prueba judicial en el país, sino también inspiró las sucesivas reformas legales que han consolidado el modelo cognoscitivista en Costa Rica.

209 La resolución n.º 00432–2003 de la Sala Segunda resulta de gran relevancia porque reiteraba el criterio dispuesto por la Sala Constitucional acerca de que, en material laboral, la valoración de la prueba debía hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, pese a que la normativa (de la década de 1940) hablaba de apreciación en conciencia: “*Debe hacerse la advertencia que lo que sí resulta contrario al orden constitucional es el fallar en conciencia y con total prescindencia de los demás elementos de convicción, tal y como lo señaló esta Sala en sentencia de constitucionalidad número 5546-95, de las quince horas seis minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad*”.

1.3.1 Reglas de la lógica (principios de identidad, no contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido)

En este punto, se hace referencia al primer componente conceptual de las *Reglas de la Sana Crítica*, las Reglas de la Lógica. Estas reglas o principios deben necesariamente respetarse en el proceso de construcción de la premisa fáctica de la sentencia (hechos probados); pero, en particular, en la fundamentación del proceso inferencial que realiza la persona juzgadora al valorar la prueba.

Sin embargo, también se proyecta a la fundamentación jurídica de la sentencia²¹⁰, como se verá más adelante. En otras palabras, si se incumple con los principios que, a continuación, se desarrollarán, la sentencia acarreará vicios lógicos que afectarán la justificación interna de la decisión judicial, en los términos descritos en el tema 1.3 de la Unidad V, referida a la justificación interna y externa de la sentencia judicial, propuesta por Jerzy Wróblewski.

Reglas de la lógica ²¹¹	
Principios de identidad <i>«una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa»</i>	El principio de identidad se remonta a Parménides, quien afirma que «todo ser es idéntico a sí mismo». Se enuncia en forma afirmativa del modo siguiente: « <i>lo que es, es</i> » (quod est, est) o bien: « <i>toda proposición se implica así misma</i> ». El principio de identidad comporta atribuir a los conceptos un contenido invariable durante todo el razonamiento jurídico.
Principio de no contradicción <i>«ninguna proposición puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo»</i>	El principio de no contradicción se remonta a la escolástica, en la que se afirmaba que «todo aquello que es, en cuanto tal, no puede no-ser». «Ninguna proposición puede ser verdadera y falsa a la vez». Se enuncia de modo afirmativo señalando que no es posible que una cosa o sujeto sea X y no X al mismo tiempo. La contradicción es la relación existente entre un enunciado o una proposición P, y su negación, de modo que, si P es verdadero, su negación es falsa y viceversa. Si existen dos enunciados contradictorios uno de ellos necesariamente ha de ser falso. Así la afirmación universal «todos los hombres son mortales» y la negativa universal «ningún hombre es mortal» son contradictorias. Cualquier enunciado con esta estructura lógica es formalmente falso. De este principio se deriva la imposibilidad de juicios contradictorios, como otorgar credibilidad a las declaraciones -de las partes, testigos o peritos- que refieren versiones antagónicas de los hechos.

210 “[...] la observancia de las «reglas de la lógica y de la razón» se extiende tanto al juicio de hecho cuanto al de derecho. Con respecto al juicio de hecho, la motivación exigirá determinar qué hechos han quedado probados y en virtud de qué medios de prueba. Con respecto al juicio de derecho la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. El juicio de hecho debe ajustarse también a las reglas de la lógica, pues existe la tentación de circunscribir la lógica al estudio de las cuestiones jurídicas, con olvido de las cuestiones de hecho, siendo, por el contrario, éstas últimas las más decisivas, al permitir individualizar la respuesta judicial de la controversia”. (Lluch, 2015b: 3).

211 El contenido de este cuadro se ha elaborado con los aportes de Xavier Lluch (2015: 66-70), José Manuel Arroyo y Alexander Rodríguez (2002: 87- 90), y Delia Echave, María Urquijo y Ricardo Guibourg (2008: 83 - 89).

<p>Principio de razón suficiente</p> <p>«las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia»</p>	<p>El principio de razón suficiente fue formulado por Leibniz y desarrollado por Schopenhauer en 1813 en los siguientes términos: «Ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya razón suficiente para que sea así y no de otro modo» [...] En el ámbito que procesal el principio de razón suficiente significa que la persona juzgadora debe expresar en la valoración probatoria su <i>ratio decidendi</i>, del mismo modo que los litigantes deben fundar sus pretensiones y aportar sus medios de prueba (principio de aportación de parte). El tribunal debe expresar las razones por lo da crédito a determinados medios de prueba y tiene por probados unos hechos y otros por no probados (deber de motivar la resolución judicial).</p> <p>Ejemplo de este principio, se puede apreciar en la resolución del Tribunal de Casación Penal de San José, n.º 551 – 2002:</p> <p>“La fundamentación de la sentencia debe de soportar un control de logicidad y el respeto de las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, respecto a esta última, debe de entenderse que cada pensamiento provenga de otro con el cual se encuentra relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir, de un juicio que no es derivado sino el punto de partida para otros (cfr. De la Rúa, Fernando. El recurso de casación. Buenos Aires, 1968, pp. 184 y 185). De esa ley fundamental de la derivación surge el principio de razón suficiente, para el cual el razonamiento debe de estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en base a ellas se vayan determinando, a la vez que de los principios de la psicología y la experiencia (cfr. De la Rúa, Fernando. El recurso de casación. Buenos Aires, 1968, pp. 184).” (lo destacado no es del original)²¹².</p>
<p>Principio de tercero excluido «toda proposición es verdadera o falsa»</p>	<p>Significa que entre dos juicios contradictorios está excluido el término medio. Se formula en los términos siguientes: «toda proposición es verdadera o falsa. O bien es verdadera una proposición, o bien es verdadera su negación»; también como «entre aquello que es y lo que no es, todo tercio está excluido». De este principio surge la necesidad de consignar en la sentencia los hechos probados y los hechos no probados.</p>

1.3.2 Reglas de la experiencia – máximas de la experiencia

Como se indicó en el tema 1.3, dejando de lado la discusión de si las Reglas de la Experiencia son lo mismo que las Máximas de la Experiencia, en este apartado, se atenderán en términos similares ambos conceptos, sobre todo por cuanto se explicó sus contenidos podían reconducirse en la determinación de la *quaestio facti* sin discrepancias. Siguiendo al profesor Xavier Lluch, se puede conceptualizar las reglas de la experiencia de la siguiente forma:

En cuanto a las máximas de experiencia, entendidas reglas no jurídicas, extraídas de la experiencia a partir de la observancia de numerosos y similares casos reales, pero independientes de los casos particulares, que permiten fundar la valoración probatoria del juez, y cuya eficacia probatoria dependerá de la solidez de la ley científica en que se ampare, desarrollan una función justificativa de la valoración probatoria, consistente en expresar las buenas razones que el juez utiliza para

212 En Costa Rica, la formulación de las **Reglas de la Sana Crítica en materia penal** implica: **reglas de la lógica, la psicología y la experiencia**. Esta formulación se ha manifestado como un tópico proveniente de la influencia del jurista argentino Fernando De la Rúa desde la década de 1960. Esta formulación se repite en la jurisprudencia hasta el momento. Sin embargo, se viene advirtiendo que la referencia a las “**reglas de la psicología**” no tienen sustento (Arroyo & Rodríguez, 2002: 89 – 91) pues no se vislumbra autonomía epistémica de esta área del conocimiento, para considerarla como algo diferente a las reglas de la experiencia o bien, algo diferente a las reglas de la ciencia, en la formulación más recientes de las Reglas de la Sana Crítica. En igual sentido, Diego Dei Vecchi indica: “[...] En el eslogan empleado muchas veces para “explicar” el sistema de valoración de la sana crítica, a las reglas de la experiencia común y las de la lógica se agregan las “reglas de la psicología”. Nunca me ha quedado claro qué reglas epistemológicas aceptables pueda emplear la psicología para fundamentar sus aserciones más allá de las reglas de la lógica y las de la experiencia. Si existiesen reglas tales, cabría preguntarse en qué sentido son aceptables y sobre la base de qué parámetros lo son (¿los de la lógica y la experiencia común?”. (Dei Vecchi, 2019: 44).

motivar su decisión sobre los hechos, resultando muy útil no una invocación genérica y abstracta a las máximas de experiencia sino a la concreta máxima de experiencia de cada medio probatorio. Ello significa que la justificación no debería limitarse a una referencia genérica a las máximas de experiencia, a modo de cláusula de estilo y vacía de contenido, sino que el juzgador debería dotar de contenido a la máxima con respecto a cada medio de prueba (ej. coherencia de la declaración del testigo, fiabilidad de la declaración de la parte, contextualización del documento, observancia de los parámetros científicos en la elaboración del dictamen, etc.). (Lluch, 2015b: 3).

En consonancia, con el principio lógico de razón suficiente, las máximas de experiencia que se utilizan para analizar la prueba de cada caso exigen que sean explicitadas, de manera concreta, para cada medio de prueba. En este punto, debe recordarse que las inferencias que se obtienen al aplicarse las reglas o máximas de la experiencia tienen una estructura inductiva que señala probabilidades, más o menos altas, en función del sustento empírico que estas tengan, desde las máximas de experiencia común, cercanas a la noción de sentido común de cualquier persona, hasta las que tienen fundamento técnico que exige conocimiento generalizado como las que se obtienen pericialmente (Lluch, 2015^a:101). ,

Conviene traer a colación lo dicho por el profesor italiano Michelle Taruffo, respecto a las Máximas de la Experiencia que, si bien las restringe conceptualmente (excluyendo de su definición las provenientes del sentido común o de cultura media de las personas)²¹³, establece para estas tres funciones a saber: heurística, epistémica y justificativa, así como criterios negativos y positivos para su uso.

*Al hablar de **función «heurística»**, Taruffo se refiere a que las máximas son un instrumento para formular hipótesis (sería un elemento de la abducción [...]): la máxima sería lo que permite pasar de una circunstancia conocida —un indicio— a una desconocida —la hipótesis— o para construir narraciones hipotéticas (las stories que los abogados presentan al juez). Pero en relación con el juez, las máximas tendrían que suministrarle también **criterios de carácter cognoscitivo [función epistémica]** para poder llegar a una conclusión relativa a la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho. Y ambas funciones (heurística y epistémica) difieren de la justificativa, que hace referencia al contexto de la motivación; exactamente, a la justificación externa. La diferencia entre la función epistémica y la justificativa tiene que ver con la separación que Taruffo establece entre el razonamiento que realiza el juez (digamos, el proceso mental) que le lleva a una determina decisión, y el razonamiento que presenta en la motivación: «La **función justificativa** de las máximas de la experiencia debe considerarse de manera distinta a las otras funciones de las que se habla en el texto, dado que las argumentaciones que el juez formula en el ámbito de la motivación no equivalen necesariamente a las inferencias que él ha formulado para llegar a la decisión sobre los hechos [...] Esto explica que puede no haber ninguna correspondencia entre las máximas de la experiencia que el juez ha usado para formular las inferencias que lo han conducido a la decisión, y las máximas a las cuales podría hacer referencia para justificar tal decisión al motivar la sentencia. Además, aun cuando se tratase de la misma máxima de experiencia, ésta desarrollaría de todas maneras funciones diferentes en el razonamiento decisorio del juez y en el ámbito de la justificación de la decisión». (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 486).*

El autor en comentario Michelle Taruffo plantea una clasificación de Máximas de la Experiencia que resulta importante, teniendo en cuenta que, desde su óptica, no hay diferencia entre las Máximas de la Experiencia y los componentes de las Reglas de la Sana Crítica:

213 En su obra, Michelle Taruffo plantea una clasificación de Máximas de Experiencia, según su fundamento epistémico:

Máximas de la Experiencia según Michelle Taruffo²¹⁴

<p>Generalizaciones válidas</p>	<p>Algunas máximas de la experiencia se basan en generalizaciones que pueden considerarse válidas porque corresponden a las modalidades con las cuales cierto suceso ocurre efectivamente en la realidad. [...] Las generalizaciones válidas son, esencialmente, las que encuentran fundamento en conocimientos científicos confirmados: si la ciencia demuestra que «cuando sucede X, entonces sucede también Y» (por ejemplo, el agua hierve a 100 grados al nivel del mar, y a 85 grados a 4.000 metros de altitud), estamos ante una generalización en sentido estricto, es decir, ante un conocimiento que se considera, con razón, como válido para todos los casos posibles [...] [L]o que cuenta es que expresan generalizaciones científicamente convalidadas. [...] Esta eventualidad, sin embargo, es muy infrecuente [...].</p>
<p>Cuasigeneralización</p>	<p>una enunciación de una tendencia que tiene cierto suceso a ocurrir con ciertas modalidades, la cual se confirma en el plano científico con un grado de probabilidad muy elevado. Por ejemplo: X no ocurre de tal o cual manera en el 100 por 100 de los casos, pero está confirmado empíricamente que ocurre de tal o cual manera en el 98 por 100 de los casos. En estas situaciones, la máxima se basa en una generalización que no tiene validez universal y, sin embargo, puede ser prácticamente equiparada a una verdadera generalización, obviamente a condición de que en la práctica se considere como tolerable el margen de error que se admite cuando se emplea una regla que no es perfectamente universal, como si lo fuera. Esto introduce una complicación en el razonamiento que no se puede pasar por alto, pues se trata —precisamente— de decidir de vez en cuando cuál es el margen de error que se considera aceptable. [...].</p>
<p>Generalizaciones espurias</p>	<p>El problema nace, sin embargo, del hecho de que en el uso corriente la expresión «máxima de la experiencia» se emplea de manera muy genérica y con un significado no preciso, pero mucho más amplio, capaz de incluir una cantidad de enunciados que se expresan en forma de reglas, pero no tienen ningún fundamento general ni cuasigeneral. Muchas de las nociones que se presumen o se presentan como fundadas en la experiencia, en efecto, corresponden en realidad a generalizaciones espurias, es decir, a enunciados que se formulan en términos generales, pero que en realidad carecen de cualquier confirmación científica o empírica. A veces esto ocurre en situaciones en las que en realidad existe una confirmación empírica, pero es ciertamente inadecuada para sustentar incluso la aceptación «práctica» de una generalización. [...] La máxima de experiencia según la cual el humo causa cáncer en los pulmones, suele enunciarse en términos de una ley causal general, mientras que investigaciones empíricas demuestran que el humo aumenta en cierta medida (no particularmente relevante desde el punto de vista de las frecuencias estadísticas) el riesgo de que un fumador concreto contraiga cáncer. Este «incremento del riesgo» puede ser ciertamente significativo, pero a menudo los datos epidemiológicos disponibles no ofrecen una confirmación suficiente de la máxima de la experiencia en cuestión [...] En esencia, las máximas que corresponden a bajas frecuencias estadísticas se basan en generalizaciones espurias, y, por tanto, no son idóneas para sustentar inferencias válidas.</p>

214 Este cuadro contiene fragmentos seleccionados por el profesor Manuel Atienza (2013) de la obra de Michelle Taruffo “*Consideraciones sobre las Máximas de la Experiencia*” del año 2009.

<p>Generalizaciones radicalmente espurias</p>	<p>Sin embargo, son todavía más numerosas las máximas de la experiencia que no se basan en ninguna confirmación científica o empírica, sino —justamente— sólo en una pretendida «experiencia». En estos casos se trata de generalizaciones radicalmente espurias. Por un lado [...] se trata de afirmaciones que se presentan como si estuvieran dotadas con el carácter de generalidad (o al menos de cuasigeneralidad), pero que en realidad no tienen ningún estatus lógico, y no tienen ningún fundamento cognoscitivo determinable. [...] Por otro lado, se constata fácilmente que en muchos casos las máximas de la experiencia no expresan ningún «conocimiento», sino que corresponden simplemente a prejuicios sociales difundidos, de género [...], de raza [...], de religión [...], de carácter político [...]. [U]sualmente estos prejuicios tienden a formularse como reglas generales. Convirtiéndose así en criterios de valoración y premisas para la formulación de inferencias relativas a casos particulares.</p>
--	--

De acuerdo con su conceptualización restrictiva de las Máximas de la Experiencia, las observaciones de Taruffo son oportunas por cuanto sirven para visualizar la existencia de errores inductivos, prejuicios, estereotipos, sesgos que deben ser evitados por las personas juzgadoras.

La mera indicación de que la decisión se funda en las *Reglas de la Sana Crítica* se convierte en mera “*magia verbal*” o, en su caso, falacia de falsa autoridad, si no se explicita de manera individualizada cómo se obtienen tales inferencias. La anulación de sentencias por falta de fundamentación y la fundamentación que violenta las Reglas de la Sana Crítica son frecuentes por esta causa.

A modo de ejemplo, el profesor Lluch expone algunos criterios que sirven de base para la valoración de la prueba, y deben tomarse como máximas o reglas de la experiencia que se relacionan con algunos medios de prueba en concreto:

<p>Las máximas de experiencia afianzan el razonamiento probatorio, alejándolo de la discrecionalidad o la intuición subjetiva del juez, pero para que cumplan su función, dentro de una concepción racional de la prueba, debe concretarse el contenido de la máxima de experiencia en relación con cada uno de los medios de prueba.</p>	
<p>Prueba testimonial</p>	<p>Se afirma que para la declaración de los testigos y de las partes deberá atenderse a la credibilidad de la declaración y a su evaluación técnica. Para la valoración de la declaración del testigo se propone prescindir del lenguaje no verbal (percibido a través de la intermediación) y centrarse en el contenido de la declaración, atendiendo a criterios objetivos tales como la verosimilitud, la coherencia, la calidad de la percepción, la calidad de la memoria, la calidad de la recuperación y los signos de sinceridad en la declaración - contextualización del relato, capacidad narrativa desde multiplicidad de enfoques y ausencia de manifestaciones oportunistas-. Para la declaración de las partes habrá que atender al interés del litigante y a la fiabilidad de la declaración.</p>
<p>Prueba documental</p>	<p>Para la valoración de los documentos se puede atender a la importancia de la semiótica textual y a la contextualización del escrito y su modalidad.</p>
<p>Reconocimiento judicial</p>	<p>Para la valoración del reconocimiento judicial se atenderá al conocimiento privado de quien juzga, resultando a menudo conveniente que se acompañe de un perito que le vaya explicando técnicamente lo que percibe.</p>

Prueba pericial	Puede resultar útil sistematizar unos criterios orientadores de la decisión judicial a partir de la doctrina judicial emanada de las Audiencias Provinciales, tales como: criterios relativos al perito (cualificación del perito, vinculación del perito con las partes, concurrencia de algún motivo de tacha); al objeto del dictamen pericial (clase de dictamen, correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen pericial, correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial); a las operaciones periciales (intervención de las partes en las operaciones periciales, método empleado por el perito, condiciones del reconocimiento, práctica conjunta de la prueba pericial con otras pruebas); a la emisión y contenido del dictamen pericial (proximidad con los hechos, concurrencia de varios dictámenes periciales, carácter detallado y solidez de las conclusiones, la conclusividad del dictamen); a la contradicción del dictamen pericial (ratificación o rectificación del perito, posibilidad de careo entre peritos, ampliación de extremos del dictamen pericial).
------------------------	---

De este subtema, se ha logrado evidenciar la existencia de vasos comunicantes entre la Máximas de Experiencia y la prueba científica o pericial. No obstante, para completar el enfoque relativo a los tres componentes de las Reglas de la Sana Crítica, se analizará de seguido lo atinente a las reglas de la ciencia.

1.3.3 Reglas de la Ciencia (paradigmas, sobrevaloraciones y parcialidad)

Para concluir con el presente tema, se recurrirá nuevamente al profesor Lluch (2015b), quien caracteriza las reglas de la ciencia de la siguiente manera, al tiempo que plantea una temática de la mayor relevancia y es el cambio de paradigma respecto a la prueba científica que, si bien no puede ser desarrollado con amplitud en este texto, al menos debe mencionarse por marcar un cambio significativo en la valoración de las pericias científicas:

*En cuanto a la ciencia, y dado su auge en la valoración probatoria, debe distinguirse, ante todo, las funciones del juez y del perito, a cuyo efecto se ha propuesto que el tradicional **paradigma de la individualización** —en el que el perito expresa y valora los datos científicos y el juez se limita a darles forma jurídica— sea sustituido por el **paradigma de la verosimilitud** —en el que el perito expresa lo que dicen los datos y el juez los valora a la luz de los demás datos y prueba obrante en las actuaciones—. Y deben sentarse los criterios de validación de la buena ciencia, tales como la utilización del conocimiento científico disponible, la selección racional de los procedimientos de aplicación de los conocimientos utilizados, o los parámetros y referentes externos de fiabilidad: los protocolos. (Lluch, 2015b:3).*

El aporte de las ciencias forenses a la Administración de Justicia ha venido aumentando significativamente en las últimas décadas, pues, como sucede con la genética forense y las pruebas de marcadores genéticos (ADN), el avance científico brinda hoy día insumos de alta calidad y gran aporte epistémico en la resolución de asuntos judiciales.

La acreditación de calidad de instituciones como el Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial permite que se tenga a disposición una gran variedad de pericias fiables en un grado variable, según el objeto de análisis, el propósito de la pericia y el procedimiento que se utilice. Así, por ejemplo, el resultado de una pericia de ADN nuclear arroja resultados que, aunque probabilísticos, pueden ser fundamentales en la dilucidación de temas jurídicos (establecimiento de la paternidad, identificación del perfil genético de una persona sospechosa en relación con un escenario delictivo, etc.).

La fiabilidad de la prueba pericial está determinada por el rigor metodológico que se siga, desde la recolección de las muestras o indicios para su análisis, así como el cumplimiento de pautas en un procedimiento estandarizado que conduzca a resultados intersubjetivamente aceptables ante la comunidad científica.

Desde luego, el perfil profesional, académico y la experiencia laboral de quienes realizan las pericias, así como la actualización constante de sus conocimientos son fundamentales.

En nuestro medio, cada pericia está acreditada por un ente independiente que certifica la corrección metodológica de las pericias y la competencia del profesional a cargo.

Ahora bien, lo que las personas juzgadoras deben tener presente es que las conclusiones de las pericias siempre son de naturaleza probabilística, contrario a la creencia extendida, respecto a que ciertas pericias producen conclusiones de naturaleza deductiva o certezas analíticas, y deben ser asumidas por quienes juzgan como verdades absolutas desplazando el ámbito de decisión de la persona juzgadora a quien realiza la pericia.

Siguiendo a la profesora Marina Gascón (2013), aún hoy día, en la práctica forense, es usual que se aprecie cierta mitificación de la prueba científica a partir de lo que denomina sobrevaloración epistémica y sobrevaloración semántica:

- **Sobrevaloración epistémica**; referida a la creencia acerca de la infalibilidad de la prueba científica y la certeza analítica de sus conclusiones, que como se ha dicho, es tan solo una fiabilidad probabilística;
- **Sobrevaloración semántica**; referida a la creencia de que las conclusiones “*dicen lo que no dicen*”, en otras palabras, que se logra individualizar la fuente de un vestigio o muestra, cuando en realidad lo que se expresa es la razón de verosimilitud, sea la mayor probabilidad de que una muestra provenga de una fuente en relación con otras hipótesis alternas. (Gascón, 2013: 181-199).

Lo anteriormente indicado alude a la necesidad de asumir de manera crítica las conclusiones que señalan las pericias científicas y, concretamente, asignarle el valor que les corresponda conforme a las reglas de la sana crítica racional, pues la persona perita no toma la decisión del caso judicial, sino la persona juzgadora. Incluso, debe estar atento a la posibilidad de que sean las mismas personas peritas (con formación y metodologías desactualizadas, por ejemplo), quienes piensen que sus conclusiones en las pericias son categóricas y así lo expresen.

En particular, debe tenerse mucha prudencia y actitud crítica frente a peritajes particulares (los ofrecidos por las partes procesales), donde la objetividad de la pericia puede estar condicionada por lo que llama la profesora Carmen Vázquez (2015):

- a) **Parcialidad de origen**, relacionada con la contratación y pago de la pericia;
- b) **Parcialidad disposicional**, sea una actitud de favorecimiento a una de las partes procesales (la que le ha contratado);

c) **Parcialidad cognitiva**; la más difícil de controlar, dado que el encuadre temático de una pericia puede estar condicionado, aún sin que el perito lo sepa, con la entrega o puesta a disposición de material incompleto o seleccionado para dirigir el resultado de la pericia en cierta dirección. (Vázquez, 2015: 110-113).

En conexión con las temáticas desarrolladas en la Unidad III y V, si la persona juzgadora no presenta especial cuidado y actitud crítica frente a la prueba pericial, es fácil que, mediante el prestigio de la ciencia, se acuda a falacias de falsa autoridad (ciencia más persona perita experta) y se quiera hacer pasar por verdades absolutas criterios poco objetivos o direccionados a intereses de parte sin sustento epistémico fiable.

EJERCICIO

- ✓ Investigue qué se entiende por **“razón de verosimilitud”** en las pericias de ADN nuclear y ADN mitocondrial.
- ✓ ¿Cómo se deben interpretar los resultados de esta pericia, según el concepto *razón de verosimilitud*?

Tema 2. El razonamiento jurídico - *quaestio juris*

Al igual que se hizo en el tema 1 de la presente unidad, corresponde hacer referencia a lo indicado en el tema 2.4. de la Unidad III, respecto a argumentos teóricos y prácticos, dirección de ajuste del lenguaje, la división conceptual de facticidad y normatividad, respecto a su relevancia en la emisión de la sentencia judicial.

Los hechos sometidos a conocimiento de las personas juzgadoras que se han establecido a partir de la valoración de las pruebas que han aportado las partes procesales ahora deben ser analizados a la luz de la normativa vigente y deben determinar si el ordenamiento jurídico ha establecido consecuencias normativas para los *supuestos de hecho*, regulados por el Poder Legislativo en la promulgación de leyes.

Ahora corresponde traer a este tema la segunda columna del cuadro *facticidad — normatividad*, y se podrá relacionar su contenido con la llamada *quaestio iuris* o cuestión jurídica:

NORMATIVIDAD
- Las normas, el plano del <i>“deber ser”</i> .
- Uso prescriptivo del lenguaje.
- Prescripciones no son calificables como verdaderas o falsas.
- Dirección de ajuste del lenguaje:
<i>modo – a – palabras</i>
Las palabras preceptúan o disponen cómo debe ser el mundo.

- Ejemplo:
- Norma: “*Es prohibido dar muerte a otra persona*”.
- *Si se da muerte a alguien, corresponde aplicar las consecuencias jurídicas por la infracción a ese mandato normativo.*

A diferencia de la premisa fáctica, en la premisa normativa, el uso del lenguaje es prescriptivo, pues establece qué debe hacerse si se da el *supuesto de hecho* previsto en la norma. Por ello la dirección de ajuste de las palabras es “mundo a las palabras”, es decir, se pretende que la conducta de los sujetos (“el mundo”) se ajuste a las palabras (lo que manda la ley). (González Lagier, 2013: 66).

Lo anterior supone que la premisa normativa, en sentido amplio, implica adoptar una decisión de orden práctico que, luego del proceso de subsunción de hechos probados a las normas, dispone crear una norma específica para la resolución del caso concreto.

Si bien la premisa normativa es dada por la ley, lo cierto es que no es de aplicación automática, pues se requiere un proceso de interpretación de la norma o normas relacionadas con el caso.

Siguiendo a los autores italianos Damiano Canale y Giovanni Tuzet (2021), se logra corroborar que, en lo atinente a la *quaestio facti*, se realiza un razonamiento probatorio, mientras que, en la definición de la *quaestio iuris*, previo al proceso de subsunción de los hechos a la norma, se establece el marco normativo mediante razonamientos interpretativos:

*En el **razonamiento probatorio** se parte de los elementos probatorios (elementos presuntivos, indicios, etc.) para llegar a una conclusión sobre el caso a través de una regla-puente (una máxima de la experiencia, una ley científica o una norma jurídica en el ámbito probatorio). En el **razonamiento interpretativo**, se parte de una disposición o de un conjunto de disposiciones normativas para llegar a una norma aplicable al caso a través de argumento interpretativo.* (Lo resaltado no es del original). (Canale & Tuzet, 2021: 94).

El desarrollo de este tema conviene iniciarlo con una reflexión del profesor Ferrajoli respecto al silogismo judicial, como se desarrollará en el siguiente tema.

Tema 2.1. Tres silogismos judiciales: inducción, deducción y disposición. Silogismo práctico²¹⁵

El profesor Luigi Ferrajoli hace una serie de precisiones respecto al silogismo judicial clásico, planteado por Cesare Beccaria, indicando que este debe ser entendido como la conjunción de tres silogismos que, si bien referidos al ámbito penal, operan de manera similar en las decisiones judiciales de otras jurisdicciones:

215 Este tema fue desarrollado en el contexto académico costarricense por el profesor y exmagistrado José Manuel Arroyo, de manera conjunta con el profesor Alexander Rodríguez, en la obra *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal* del 2002. Esta obra será citada de manera recurrente en el presente tema por su enorme valor didáctico y gran prestigio intelectual de sus autores.

Para comprender la naturaleza de las decisiones con las que se acepta la verdad procesal es necesario analizar ulteriormente el razonamiento judicial en el que consiste la aplicación de la ley. Tal razonamiento no tiene ni siquiera formalmente la estructura lógica del «silogismo práctico perfecto» figurado por Beccaria y transmitido por la escolástica formalista. **Ninguna de las dos operaciones con las que se llega a la verdad procesal -ni la inducción constituida por la prueba del hecho ni la deducción constituida por su cualificación jurídica- es en realidad un silogismo «práctico», es decir, una implicación en cuyas premisas y en cuya conclusión aparezcan proposiciones normativas.** Las premisas y las conclusiones de ambas inferencias, que componen conjuntamente la motivación judicial, tienen las dos la forma de proposiciones afirmativas. Premisas y conclusiones normativas aparecen solamente en la derivación del fallo a partir de la conjunción de la motivación con una o más normas... **El razonamiento judicial [...] se compone en suma no de una sino de tres inferencias, de las que cada una es lógicamente antecedente de las otras: 1) una inferencia inductiva (prueba o inducción fáctica) ... 2) una inferencia deductiva (subsunción o deducción jurídica) [...] 3) un silogismo práctico (o disposición)[...]** De estos tres silogismos sólo el tercero incluye normas y por eso es calificable —se piense lo que se piense sobre su naturaleza lógica o para-lógica— como «práctico» o «deóntico» [...] Los dos primeros, que son los únicos que interesan a los fines de la decisión de la verdad [...] Sólo si los dos silogismos teóricos permiten decidir la verdad de la motivación, el silogismo práctico (aparte de la determinación de la medida de la pena, allí donde tampoco ésta haya sido exactamente predeterminada) es mecánico o «perfecto». Pero en este caso **son imperfectos los dos silogismos teóricos, que incluyen decisiones y elecciones subjetivas dirigidas a justificar la aceptación de la verdad procesal mediante la solución de las incertidumbres de hecho y de derecho más arriba ilustradas: precisamente, la inducción fáctica incluye elecciones en la decisión de la conclusión de hecho, inevitablemente probabilística, mientras que la deducción jurídica incluye elecciones en la decisión de las premisas de derecho, inevitablemente opinables e igualmente subjetivas.** Esta subjetividad de las decisiones sobre la verdad procesal no tiene nada de particular. Decisiones y elecciones pragmáticas de tipo análogo a las que intervienen en el conocimiento judicial, tanto fáctico como jurídico, son necesarias, como sabemos, para justificar la verdad de cualquier aserción empírica. (Ferrajoli, 2005: 64-65).

Para ilustrar la anterior explicación de Ferrajoli, resulta conveniente citar el ejemplo preparado por Arroyo y Rodríguez (2002: 75) que se expone a continuación:

(1) Una primera **inferencia inductiva** (prueba o inducción fáctica):

Consiste en un razonamiento que parte de los elementos probatorios individuales e independientes para arribar al establecimiento de una proposición fáctica o de hecho cuya conclusión puede ser:

“Pedro ha cometido el hecho H”

(2) Una segunda **inferencia deductiva** (subsunción o deducción jurídica)

Consiste en la comprobación de los enunciados normativos que califican el delito, a saber, la descripción que nosotros llamaríamos típica del hecho ya establecido, conforme las palabras empleadas por la ley. En este caso las premisas del silogismo están compuestas por la conclusión de hecho ya enunciada (“Pedro ha cometido el hecho H”) y la proposición jurídica (“El hecho H configura el delito D”), antecedentes de los que se extrae la nueva conclusión de naturaleza estrictamente jurídica:

“Pedro ha cometido el delito D”

(3) En tercer y último lugar el razonamiento judicial incluye un **silogismo práctico o dispositivo**, cuyas premisas están constituidas, a su vez, en primer lugar, por la conclusión jurídica que se acaba de señalar (“Pedro ha cometido el delito D”) y la proposición normativa sancionatoria (“el que ha cometido el delito D será sancionado con la pena P”); premisas que permiten extraer la conclusión dispositiva:

“Pedro debe ser castigado con la pena P”

Siguiendo a Ferrajoli, aparte de la precisión conceptual que aporta el calificado criterio del iusfilósofo italiano, resulta relevante apreciar que, además del razonamiento probatorio, la interpretación que debe realizarse acerca del marco normativo aplicable al caso implica una actividad revestida de subjetividad, según afirma, que consiste en la interpretación del texto normativo al que deben subsumirse los hechos.

Para este autor, el silogismo práctico que se verifica al final cuando se disponen las consecuencias normativas prescritas por las normas aplicables es de aplicación automática. La interpretación de normas jurídicas involucra el uso de argumentos jurídicos que auxiliien a las personas juzgadoras a revestir de la mayor objetividad posible la conformación de la *quaestio iuris*.

TEMA 2.2. Subsunción (silogismo judicial)

Como se ha anticipado, una vez que se tiene la normativa aplicable al caso, es decir, cuando se haya verificado la interpretación de las normas, se debe subsumir la premisa fáctica (hechos del caso) al supuesto de hecho contenido en la norma.

De una forma muy concreta, el profesor Atienza lo refiere en el siguiente texto, el cual está relacionado con *reglas de acción* que constituyen un tipo de *norma regulativa*²¹⁶:

Suele decirse que el silogismo subsuntivo, la subsunción, es el esquema general de argumentación en la justificación judicial. O, dicho en otra terminología, constituye la justificación interna del razonamiento judicial. Esto es aproximadamente cierto, en cuanto la premisa normativa (final) del razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: «si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción Y». A partir de aquí, todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma. Puede haber problemas interpretativos o problemas de tipo fáctico, pero una vez que se resuelven (realizada la justificación externa), lo que queda es ese esquema clasificatorio. (Atienza, 2013:181).

Si recordamos lo indicado en el tema 1.3 de la Unidad IV, respecto al silogismo judicial, podemos traer a colación el ejemplo utilizado allí, al que se puede agregar los aportes de Ferrajoli comentados recién y clarificar lo referente a la justificación interna del silogismo judicial, así como los componentes de la justificación externa de este:

216 Tomando como base las explicaciones que realiza la profesora española Ángeles Ródenas respecto a **Normas Regulativas**, corresponde referirse a las **Reglas de Acción**: estas configuran un supuesto de hecho, mediante un conjunto de propiedades genéricas que son independientes de la conducta requerida (acción u omisión) o solución normativa (obligatorio, prohibido o permitido) que exige el ordenamiento jurídico; por ejemplo: piénsese en una norma tal “*prohibido fumar en el centro de trabajo*”. En primer lugar, la norma configura el supuesto de hecho mediante unas propiedades genéricas –estar en un centro de trabajo– que son independientes del propio contenido de la norma. ¿Qué significa que el caso se configura mediante propiedades independientes del contenido? Significa que podemos determinar qué es y qué no es un centro de trabajo sin necesidad de acudir a las razones por las que está prohibido fumar. Al configurar de esta manera el caso, se pretende que cuando tales propiedades se dan, se genera un deber concluyente en el destinatario de la norma de hacer lo ordenado en la solución normativa, con independencia de su propia deliberación acerca del peso de las razones en pro o en contra de ello. Si se está en un centro de trabajo, debe abstenerse de fumar, con independencia de cuál sea el resultado de su eventual deliberación sobre ello. Dado que se dan las condiciones para su aplicación, debe realizarse sin más lo que la norma prescribe. En segundo lugar, la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo tiene como contenido una acción: la acción de fumar. O, expresado en términos equivalentes, obliga a llevar a cabo una omisión: abstenerse de fumar. (Ródenas, 2015: 15-17).

Silogismo judicial	
Premisa normativa (También, <i>premisa mayor</i> que es de una norma de alcance general y abstracto sobre un supuesto de hecho)	Artículo 111 del Código Penal: <i>Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años.</i>
Premisa fáctica (También premisa menor que describe la comprobación de hechos o conducta atribuida a una persona)	<i>Fulano le dio muerte a Mengano.</i>
<hr/>	<hr/>
Conclusión dispositiva (Silogismo práctico)	<i>Fulano debe ser sancionado con pena de prisión de 12 a 18 años.</i>
Nota: En este caso, la regla inferencial que relaciona a las premisas con la conclusión es deductiva y se denomina <i>modus ponens</i> , de la que se habló en los temas 3 y 3,1 de la Unidad IV.	

Al observar el ejemplo anterior, se puede afirmar que la premisa fáctica o *quaestio facti* se ha construido a partir de inferencias probabilísticas (valoración de los elementos de prueba), y este proceso inferencial, en tanto respeta las reglas de la sana crítica, configura parte de la justificación externa de la sentencia judicial.

La otra parte de la justificación externa de la sentencia judicial consiste precisamente en el proceso de interpretación jurídica que precede a la determinación de la premisa normativa aplicable al caso. Una vez que se hayan determinado ambas premisas, se procede con la subsunción de hechos a las normas y a la determinación del *silogismo práctico*, en los términos indicados por Ferrajoli, es decir, la disposición (conclusión) que implica la construcción judicial de una norma jurídica para un caso particular.

Siguiendo el ejemplo: *Fulano debe ser sancionado con pena de prisión de 12 a 18 años*, la forma que se le da al silogismo judicial, como se ha hecho referencia en diferentes momentos, debe respetar una forma lógica, en este caso, el razonamiento deductivo *modus ponens*. La consistencia lógica de la estructura del silogismo es lo que se ha referido como la justificación interna de la sentencia judicial (ver tema 1.3 de la Unidad IV).

En el establecimiento de la premisa normativa, la *quaestio iuris*, la actividad interpretativa de las normas aplicables se puede conceptualizar de la siguiente forma:

La justificación externa de la premisa normativa es la justificación de la premisa mayor del silogismo judicial. Consiste en dar razones para considerar como válida y aplicable una determinada norma a un caso.

La norma configurada como premisa mayor es general y abstracta. Su aplicación a los hechos del caso genera una norma particular y concreta, relativa a las partes o, al menos, a una de ellas (por ejemplo: Tizio debe indemnizar con la cantidad X el daño sufrido por Caio; Sempromio debe ser sancionado con Y por el homicidio de Mevio, etc.).

Ahora bien, ¿qué tipo de razones se aducen para asumir correctamente una determinada norma como premisa mayor? se trata esencialmente de razones interpretativas. Es fácil entender la razón: el juez no parte de normas ya determinadas y listas para ser aplicadas, sino de textos normativos, disposiciones jurídicas cuyo contenido debe ser determinado y calibrado en relación al caso. Las partes, cuando la disputa no es meramente sobre los hechos, habrán ofrecido al juez las claves interpretativas de los textos normativos relevantes, procurando una interpretación en lugar de otra. Al juez le tocará formarse una opinión razonada y exponerla en la motivación.

Dicho brevemente: las normas son el resultado de la interpretación de las disposiciones. Se comienza por una disposición (es decir, textos normativos: textos constitucionales, artículos de la ley, precedentes vinculantes, etc.), se determina su contenido o significado (la directiva de conducta expresada por la disposición) y se aplica tal contenido al caso concreto. La determinación y la justificación del contenido de las disposiciones normativas se lleva a cabo mediante argumentos interpretativos [Argumento Interpretativo]. Mediante estos argumentos, se obtienen normas a partir de las disposiciones, privilegiando el significado literal, la intención del legislador, el fin de la norma, etc. [...] (Canale & Tuzet, 2021: 93-94).

Regresando a la premisa normativa del ejemplo en comentario, la actividad interpretativa de las normas no se limita al artículo 111 del Código Penal, sino que además debe considerarse el marco normativo que regula la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y sanción aplicable) y debe analizarse para determinar si los hechos son subsumibles o no en el tipo penal en comentario, en términos de alcanzar la disposición o silogismo práctico.

El ejemplo al que se ha hecho referencia supone que la decisión jurisdiccional se basa en la averiguación de lo que ocurrió en el pasado y las consecuencias jurídicas que deben asignarse a consecuencia del hecho histórico (en sentido meramente temporal).

Una buena parte de los asuntos sometidos a conocimiento de la Administración de Justicia tiene esas características, en el ejemplo, el tipo de pena aplicable es una regla de acción y se orienta hacia el pasado. Puede afirmarse que, al tratarse de hechos ocurridos en el pasado, la actividad jurisdiccional respecto a la determinación de los hechos y la aplicación de normas resulta comparativamente más sencilla que el supuesto de actividad jurisdiccional que de seguido se desarrollará.

Tema 2.3. Adecuación – argumentación finalista

A diferencia del razonamiento subsuntivo, donde se aplican reglas de acción y estas se orientan al pasado, muchas de las decisiones jurisdiccionales deben proyectar sus efectos hacia el futuro. Piénsese en las medidas cautelares que se disponen en asuntos civiles, penales, laborales, de violencia doméstica o de pensiones alimentarias, donde el razonamiento judicial debe proyectarse hacia futuro, en estos casos se habla de *reglas de fin*²¹⁷:

217 Siguiendo lo dicho por la profesora Ángeles Ródenas, otros tipos de normas regulativas son las **Reglas de Fin**: al igual que, en las reglas de acción, estas configuran un supuesto de hecho, mediante un conjunto de propiedades genéricas que son independientes de la solución normativa, pero a diferencia de las reglas de acción, la solución normativa no constituye realizar una acción, sino, sino en la producción de un estado de cosas en una medida determinada. Ejemplo: una norma tal “que obliga a las autoridades municipales a velar por la seguridad de los asistentes a los actos que se celebran en sus insta-

En ocasiones, la premisa normativa del argumento judicial no es una regla de acción, sino una regla de fin que, bajo ciertas circunstancias, ordena prohíbe o permite que alguien procure alcanzar un cierto fin. Por ejemplo, en la mayoría de los sistemas jurídicos existe una regla según la cual, en caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se obtenga el mayor beneficio para estos últimos. Para aplicar esta norma, el juez no puede limitarse simplemente a clasificar, sino que tiene que efectuar un razonamiento finalista: si decide, por ejemplo, que los hijos deben quedarse con la madre es porque entiende que de esa manera es como se satisface mejor la finalidad establecida en la norma. El esquema, entonces, podría ser este: «si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar el fin F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o, quizás mejor: sólo si M, entonces se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M».

*Es importante darse cuenta de las diferencias existentes entre ambos esquemas. El esquema finalista es más abierto, deja más discrecionalidad al juez: como las reglas de acción se orientan al pasado, en la premisa fáctica del razonamiento subsuntivo o clasificatorio se trata de establecer simplemente que ha tenido lugar un hecho; pero **las reglas de fin miran al futuro, de manera que en el correspondiente esquema argumentativo hay una premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá o no ocurrirá en el futuro; y el futuro es más abierto y (en general) más complejo que el pasado.** Por eso, el esquema finalista juega un papel más bien excepcional en el razonamiento judicial, mientras que es central en el razonamiento que efectúan los legisladores, los órganos de la administración o los abogados cuando aconsejan un curso de acción a sus clientes. (Atienza, 2013: 183-184).*

La mayoría de estos supuestos, donde la persona juzgadora debe decidir proyectando hacia futuro que se alcancen ciertos fines, coloca a la persona juzgadora en ámbitos de incertidumbre inevitables. Por ello, en general, exigen un razonamiento probabilístico, es decir, la situación resuelta será revisable en la medida que las circunstancias cambien, pues debe recordarse que las conclusiones de los razonamientos inductivos (probabilísticos) no son monótonos o monotónicos: si las premisas cambian o se agregan nuevas premisas, la decisión puede cambiar.

Muchos de los asuntos que deben resolverse a través de un razonamiento de adecuación o finalista exigen la ponderación de circunstancias de orden fáctico para la toma de la decisión. Este punto se abordará con detalle en el siguiente tema.

Tema 2.4. Ponderación. Principios y reglas

El esquema de razonamiento conocido como ponderación es el que se realiza entre las normas regulativas llamadas principios, a diferencia de las reglas de acción, donde los hechos del caso o se subsumen al supuesto de la norma o no tienen cabida en este.

laciones”. En primer lugar, al igual que sucede con las reglas de acción, la regla configura el caso mediante unas propiedades genéricas –actos autorizados en instalaciones municipales– que son independientes del contenido de la norma. Toda vez que se puede constatar que se trata de actos autorizados en instalaciones municipales, las autoridades municipales tienen la obligación de que la seguridad de los asistentes esté garantizada, desentendiéndose de las razones en pro y en contra de esta obligación. En segundo lugar, el contenido de esta norma no es una acción determinada, como en las reglas de acción, sino un estado de cosas: que la seguridad a los asistentes esté garantizada, habiendo más de una acción causalmente idónea para velar por la seguridad de los asistentes al acto. Cabe, por ejemplo, emplear policías municipales, contratar a agentes privados, instalar dispositivos electrónicos de vigilancia, etc. Hay, en principio, más de un curso de acción idóneo –o una combinación de varios– para que la seguridad del acto esté garantizada. (Ródenas, 2015: 17-18).

En palabras del iusfilósofo estadounidense Ronald Dworkin, la diferencia entre reglas y principios es de naturaleza lógica. Las reglas se aplican o no se aplican a los casos, la respuesta a la cuestión de su aplicabilidad es siempre del tipo sí o no. No hay grados en su campo de aplicabilidad (Atienza, 2013: 528).

Por el contrario, la aplicabilidad de los principios es siempre una cuestión de grado: se debe, en cada caso, sopesar un principio con otros para saber cuál es aplicable, debido a que un principio puede ser desplazado por otro en ciertos casos. En otras palabras, los principios son derrotables en su misma naturaleza (Alchourrón 2011: 69-70). (Atienza, 2013: 528)

El jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, en términos elocuentes, se acerca al tema de la ponderación describiendo qué se entiende por principios:

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” [parafraseando a Robert Alexy]. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. (Bernal, 2003: 225-226).

La ponderación es de los temas que más discusión genera en la teoría del derecho contemporánea²¹⁸, ampliamente desarrollada por autores postpositivistas, con particular mención del iusfilósofo alemán Robert Alexy, quien ha desarrollado el principio de proporcionalidad de manera amplia, incluso ideando lo que denomina *Fórmula del Peso*, como un recurso que pretende servir de baremo para la determinación de cuál principio pesa más en un caso, donde se produce la colisión de principios, de lo que se hablará más adelante. De momento, interesa una aproximación conceptual al tema:

*Hay, además, ocasiones en que los jueces no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que puedan aplicar para resolver un caso. Esto puede ocurrir porque se trata de una **laguna normativa** (un caso para el cual el sistema de las reglas jurídicas no provee una solución), de está o no resuelto por las reglas. **En esas situaciones, los jueces una laguna axiológica** (el caso está regulado por las reglas, pero de manera insatisfactoria) o porque hay duda con respecto a si el caso **tienen que recurrir a principios y el esquema argumentativo que han de utilizar es el de la ponderación**. Si, a su vez, se piensa que **existen dos tipos de principios: unos que son normas de acción (principios en sentido estricto) y otros que consisten en normas de fin (directrices)**, entonces*

218 El profesor Atienza reflexiona acerca del rechazo que posiciones positivistas del derecho presentan frente a la ponderación: “¿Cómo se explica entonces que ese tema de la ponderación se haya vuelto tan polémico y que esté dando lugar, yo creo, a tantos malentendidos? En mi opinión, parte de la explicación (la parte “legítima”) tiene que ver con una diferencia de fondo que atañe a la manera de concebir el Derecho y que, a su vez, tiene su razón de ser en una inevitable ambivalencia que presentan nuestros Derechos (probablemente todos los Derechos) y que puede reconducirse a la clásica contraposición entre seguridad (la certeza que proveen las reglas) y justicia (que en muchos casos sería imposible lograr sin cierta flexibilidad que sólo puede alcanzarse “ponderando” los diversos principios o valores que subyacen a las reglas). O sea, hay aquí un difícil ejercicio de equilibrio y es comprensible que diversos autores, diversos juristas, tiendan a enfatizar más uno u otro de esos dos valores enfrentados. La parte “ilegítima” de la explicación se relaciona, por el contrario, con las dificultades que encuentra la discusión racional para abrirse camino en ciertos campos muy proclives a la influencia de la ideología y, por consiguiente, a la comisión de todo tipo de falacias”. (Atienza, 2014: 4).

habrá, a su vez, **dos tipos de ponderación**. La **ponderación entre directrices** es un proceso de concreción de objetivos que llevan a cabo, fundamentalmente, los legisladores y los órganos administrativos; el papel de los jueces suele ser aquí el de controlar que ese proceso ha tenido lugar de manera adecuada. La **ponderación entre principios en sentido estricto** (y, en algún caso, entre principios en sentido estricto y directrices) tiene también (o debería tener) un **carácter excepcional en relación con los jueces de jerarquía más baja, pero adquiere notable importancia en las argumentaciones que efectúan los tribunales supremos y, sobre todo, los constitucionales**. Precisemos un poco más en qué consiste esta segunda forma de ponderación. (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 184).

Antes de profundizar conceptualmente en la ponderación, debe aclararse que, como lo menciona Atienza en el extracto de cita, es una metodología de frecuente aplicación por tribunales constitucionales; en el caso costarricense, por parte de la Sala Constitucional que, desde su creación, ha aplicado la ponderación para resolver asuntos, aunque en el medio nacional a este procedimiento se le conozca más como el “test de proporcionalidad”, y su desarrollo se realiza bajo la aplicación del **principio de razonabilidad y de proporcionalidad**²¹⁹.

Atienza advierte que se trata de una metodología de uso excepcional cuando se pretenden construir soluciones normativas en la jurisdicción ordinaria (resolución de los llamados casos difíciles), como se verá más adelante, respecto a las lagunas normativas y axiológicas.

Sin embargo, cuando lo que se sopesa son situaciones de orden fáctico, la aplicación del principio de proporcionalidad es frecuente en estrados judiciales. Ejemplo de lo anterior es el mandato del artículo 10 del Código Procesal Penal que exige la proporcionalidad entre las medidas cautelares (prisión preventiva, por ejemplo) y la pena o medida de seguridad a imponer en abstracto.

En este tema, lo que se plantea es su aplicación en términos de metodología racional para la construcción de soluciones normativas donde debe emplearse las razones subyacentes a las reglas, expresadas en principios:

La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero –la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de

219 La Sala Constitucional lo ha planteado de la siguiente forma: “**PRINCIPIO DE RANOSABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**. “XV [...], cuando de restricción de determinados derechos fundamentales se trata, el **principio de proporcionalidad impone el deber que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad. Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida** hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. **La idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que de mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo, algunos de estos, cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad en sentido estricto** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. **De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados [...]**”. (Lo resaltado no es del original). Sentencia 2018-019030.

las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad, a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida. (Atienza, 2014: 5)²²⁰.

El esquema de análisis que se sigue para la aplicación del principio de proporcionalidad ha sido desarrollado por Robert Alexy, agregándole lo que llamó “Fórmula del Peso”.

Es interesante conocer los componentes del principio de proporcionalidad y en dónde ubica este autor la aludida fórmula, pues debe adelantarse que tal planteamiento tiene utilidad de orden pragmático, mas no la asignación de valores numéricos que hace Alexy:

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento [la ponderación] radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa “fórmula del peso” ideada por Robert Alexy [...] que vendría a ser, por lo tanto, la “justificación externa” de esa segunda premisa. Como todo el mundo sabe a estas alturas, lo que viene a decir Alexy es que, cuando se producen choques entre principios (lo que para él equivale a decir, entre derechos) esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto; este último, a su vez, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se concreta, a través de tres variables, en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si existe un empate (el peso de los principios es idéntico), entonces es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor del criterio del legislador (la deferencia al legislador). Bien, esa doctrina alexyana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión (Vaz Ferreira 1962). Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de esas tres variables y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos Pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexyana se entiende sensatamente, nos damos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tónica que nos ayuda a argumentar, a construir la justificación externa de esa

220 “Un ejemplo servirá para aclararlo. Un antiguo miembro de las SS hace unas declaraciones en una revista negando el Holocausto, lo que lleva a que una mujer judía cuyos familiares habían sido exterminados en Auschwitz entable un proceso por entender que las declaraciones atentan contra su honor. No existe una regla específica que controle el caso, sino dos principios: el que protege la libertad de expresión y el que tutela el derecho al honor. El Tribunal Constitucional español (en su sentencia 101/1990) entendió que, dado el contenido xenófobo y racista de las declaraciones, las mismas rebasaban el ámbito de la libertad de expresión; la acción en cuestión era una acción ilícita, prohibida. El esquema del argumento podría ser éste. Primer paso: en relación con el caso, son de aplicación, prima facie, dos principios de significado contrapuesto: uno permite realizar una acción A, y otro la prohíbe; en las circunstancias concretas del caso (X), y dado que concurre además la razón R (se trataba de declaraciones de contenido xenófobo y racista), el segundo principio prima sobre el primero; por lo tanto, si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida la acción A. El segundo paso es ya una subsunción: si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida la acción A; aquí se dan las circunstancias X y la razón R; por lo tanto, la acción A está prohibida”.

segunda premisa: *lo que viene a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los “lugares” a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en “preguntas críticas” a hacerse) son: “la medida M es idónea para alcanzar X”; “no hay otra medida M’ que permita satisfacer X sin lesionar Y”; “en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más – es más importante- que Y”; etc.”.* (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2014: 5-6.)

Como se logra apreciar del extracto del profesor Atienza, la forma en que se realiza la ponderación en aplicación del principio de proporcionalidad es muy relevante.

Los aportes ulteriores de Robert Alexy, en cuanto a la Fórmula del Peso, son útiles si se utilizan como niveles de análisis meramente argumentativos. La asignación de valores aritméticos a la fórmula del peso no aporta ninguna mejora epistémica a la discusión y más bien tiende a confundir. Por eso resulta muy pertinente la advertencia del profesor Atienza.

Principio de PROPORCIONALIDAD

Robert Alexy



Robert Alexy

Principio de Proporcionalidad



Robert Alexy

Principio de Proporcionalidad



LEY DE LA PONDERACIÓN

GRADO DE AFECTACIÓN a los principios en el caso concreto.

PESO EN ABSTRACTO de los principios relevantes.

SEGURIDAD DE LAS PREMISAS FÁCTICAS

*LEVE
*MEDIO
*INTENSO

*SEGURAS
*PLAUSIBLES
*NO EVIDENTEMENTE FALSAS

2.4.1 ¿Cuándo ponderar? Lagunas normativas y axiológicas

Desde el planteamiento de los postpositivistas, la respuesta a la interrogante se reconduce a situaciones que, desde esta perspectiva, se entienden como *casos difíciles*.

Recordando lo dicho por Josep Aguiló en el tema 1.4 de la Unidad II, en el punto número 7 de su cuadro comparativo ente positivismo y postpositivismo²²¹, la visión tradicional del positivismo es que existen casos regulados y casos no regulados. Desde el paradigma postpositivista, se entiende como casos fáciles – casos difíciles.

Manuel Atienza plantea la siguiente respuesta en relación con el tipo de lagunas que, en ciertos casos, presenta el ordenamiento jurídico:

La contestación a la pregunta de cuándo hay que ponderar es también bastante evidente: cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna. Pues bien, si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, en el nivel de las reglas, esto es, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2014: 6-7).

La posición de Atienza respecto a las *lagunas axiológicas* implica una respuesta diferenciada en el sentido de que debe ser considerada de forma casuística, no en abstracto y, para ello, trae a colación la forma en que el teórico del derecho estadounidense Frederick Schauer clasifica los desajustes en las regulaciones normativas:

Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho. La pregunta de cuándo está justificado acudir a la ponderación y cuándo no (en relación con los supuestos de lagunas axiológicas: que es cuando la pregunta se plantea) no puede contestarse en abstracto, pero me parece que puede ser útil distinguir tres situaciones que, recurriendo a la conocida terminología de Schauer (2004), podrían expresarse en términos de tres tipos distintos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en

221 *“Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (juris-dictio, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (juris-prudentia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades”.* (Lo resaltado no es del original). (Aguiló, 2007: 673).

detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar; por acudir a un ejemplo socorrido²²²: aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla. (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2014:7).

En la cultura jurídica positivista, con tendencia al formalismo, la única forma de solventar una laguna es a través de la analogía *iuris*, cuya estructura se puede relacionar también con el razonamiento analógico visto en el tema 4.3 de la Unidad IV; pero se verá con detalle en el tema 4.1 de esta unidad y, en el tema 4, se desarrollarán varios supuestos de argumentos por analogía.

EJERCICIO

El jurista estadounidense Ronald Dworkin se basó en el célebre caso: «RIGGS CONTRA PALMER» resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506 para exponer su visión del derecho.

- ✓ Lea la sentencia y determine qué tipo de laguna fue abordada en el caso y cómo se construyó la decisión judicial.
- ✓ El texto está disponible en español en la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 11-2007, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.rtf.es/numero11/21-11.pdf>

Tema 3. Estructura de la sentencia judicial

La estructura de las sentencias judiciales generalmente viene determinada en los códigos procesales de las diferentes materias, de manera que resulta necesario acudir a la normativa del área jurisdiccional a la que esté vinculado el proceso que se debe resolver para determinar requerimientos específicos. Hay aspectos necesarios en toda resolución judicial, tales como la fecha y las firmas de los fallos²²³.

No obstante, el contenido básico de las sentencias judiciales, es decir, un punto de referencia general sobre los aspectos necesarios de consignar en las sentencias, puede ubicarse en el Código Procesal Civil, Ley N.º 9342:

222 El ejemplo que usa Atienza tiene gran tradición entre los teóricos del derecho. Durante la ejecución de los cursos de razonamiento y argumentación en la Escuela Judicial y en la Universidad Nacional, se ha trabajado en clase y una versión de este ejemplo. En la Unidad VII, se utilizará para exponer los alcances del postpositivismo en la resolución de problemas jurídicos.

223 Artículo 28.- Forma y firma de las resoluciones

28.1 *Forma.* En las resoluciones y actuaciones se identificará al tribunal y se consignará el lugar, la hora, la fecha, el número de proceso, el nombre de los jueces y el número de resolución, cuando sea necesario.

Las resoluciones deberán ser fundamentadas, claras, precisas, concretas y congruentes con lo solicitado o previsto por la ley.

28.2 *Firma.* En los tribunales unipersonales, todas las resoluciones serán firmadas por el juez. Tratándose de órganos colegiados, las providencias las firmará el informante. Corresponde a todos los integrantes firmar los autos y las sentencias. Cuando un integrante de un tribunal tuviera algún tipo de imposibilidad para firmar, se dejará constancia.

En los procesos que se tramiten por medios informáticos, telemáticos o de nuevas tecnologías, la firma de las actuaciones serán las propias del medio, según lo disponga la ley o la Corte Suprema de Justicia. (Código Procesal Civil, Ley N.º 9342).

Artículo 61.2. Contenido de la sentencia. Las sentencias deben resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate, no pueden conceder más de lo pedido, salvo disposición legal en contrario y no podrán comprender otras cuestiones que las demandadas; se exceptúan aquellas para las que la ley no exige iniciativa de parte.

Además de los requisitos propios de toda resolución judicial, las sentencias tendrán un encabezamiento, una parte considerativa y otra dispositiva.

El encabezamiento contendrá la clase de proceso, el nombre de las partes, sus representantes y sus abogados.

En la parte considerativa se incluirá:

- 1. Una síntesis de las alegaciones y pretensiones y mención de las excepciones opuestas.*
- 2. La enunciación, clara, precisa y ordenada cronológicamente de los hechos probados y no probados de importancia para la decisión, con referencia concreta a los medios de prueba en que se apoya la conclusión y de los criterios de apreciación de esos elementos.*
- 3. Un análisis de las cuestiones debatidas por las partes, de las excepciones opuestas y lo relativo a costas, con la debida fundamentación jurídica, con las citas estrictamente indispensables de legislación, jurisprudencia y doctrina que se consideren aplicables.*
- 4. La parte dispositiva se iniciará emitiendo pronunciamiento sobre los incidentes que no pudieron ser resueltos con anterioridad y sobre las excepciones opuestas. Seguidamente, se consignará el fallo en términos imperativos y concretos, con indicación expresa y separada de los extremos que se declaran procedentes o deniegan.*

Finalmente, se dispondrá lo que corresponda sobre la repercusión económica de la actividad procesal.

Las sentencias de segunda instancia y casación incluirán un breve resumen de los aspectos debatidos en la resolución impugnada y de los alegatos de los recurrentes.

Aquí interesa desarrollar la parte considerativa de la sentencia, donde debe consignarse la motivación o los fundamentos de la decisión, desde varios puntos de vista, la cual debe incluir tanto la motivación sobre los elementos de la *quaestio facti*, a saber: la fundamentación fáctica (los hechos probados); la fundamentación probatoria (la inclusión de los elementos de prueba con los que se alcanza el establecimiento de los hechos del caso); la fundamentación analítica o intelectual (la valoración de la prueba por medio de las reglas de la sana crítica), como la motivación respecto a los elementos de la decisión correspondientes a la *quaestio iuris*, consistente en el establecimiento del marco jurídico aplicable (a través de los criterios interpretativos del ordenamiento jurídico) para luego proceder con la subsunción de los hechos a la norma y exponer la parte dispositiva que contiene la decisión del caso.

Tema 3.1. Fundamentación de la sentencia

En el desarrollo de este tema, se utilizará una obra pionera en el campo de la fundamentación de sentencias penales que sigue siendo muy importante en el quehacer de los y las juristas costarricenses.

Se trata de la obra publicada por José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos,²²⁴ titulada *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. En ella, se detalla el contenido de la fundamentación de cada tema relevante de la parte considerativa de la sentencia penal. Los contenidos de esta obra son reconducibles a sentencias de otras materias.

3.1.1. Fundamentación fáctica

En la obra en comentario, la fundamentación fáctica consiste en la parte considerativa de la sentencia donde se establecen los hechos probados del caso. En materia penal, si se acreditan los hechos del caso, solo pueden fundamentar una sentencia penal si han sido acusados por el Ministerio Público o la parte querellante (principio de correlación entre acusación y sentencia. Lo mismo ocurre en materia civil, pues los hechos probados no pueden ser diferentes a los que se han establecido en la demanda y su contestación.

En este primer momento se trata de establecer, conforme el criterio concluyente del juzgador, qué hechos estima probados. En el medio costarricense se ha impuesto la práctica, a todas luces inconveniente, de confeccionar en las sentencias un apartado de “hechos no probados” que, como reiteradamente se hace ver en este trabajo, sólo puede prestarse para confusiones. El establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como demostrados de conformidad con los elementos probatorios, que han sido legalmente introducidos al debate, conforman el marco fáctico a partir del cual deben extraerse las consecuencias jurídicas fundamentales, a saber, la confirmación o no de la hipótesis acusatoria, la adecuación o no de esa hipótesis al presupuesto normativo penal, la posibilidad o no de acoger las pretensiones del actor civil, etc. Resulta esencial en este apartado el mandato legal de una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos, no sólo para su correspondiente confrontación con la hipótesis acusatoria original —correlación entre acusación y sentencia—, sino también en cuanto a su relación y necesaria coherencia con el análisis de fondo de los elementos probatorios. (Arroyo & Rodríguez, 2002: 134).

Hay que indicar que la observación que se hace para la materia penal, en el sentido de que no es recomendable la consignación de *hechos no probados*, obedece a que, como la presunción o estado de inocencia de la persona acusada la protege a lo largo del proceso, sin la hipótesis acusatoria no se logra acreditar, prevalece el estado de inocencia, de manera que resulta innecesario establecerlo como un hecho no probado.

También existe el riesgo de incurrir en un vicio lógico proveniente de una doble negación; por ejemplo, si se establece un hecho no probado que diga: “[...] hecho no probado: no se logró acreditar que X hiciera la *conducta delictiva* Y [...]”. Nótese que la presencia de una negación en ambos momentos genera confusión acerca de si se logró descartar el hecho. En otras materias, sí resulta necesaria la consignación de hechos probados y no probados.

224 El profesor Arroyo fue magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y presidente de dicha cámara. En la época de publicación del libro, el licenciado Alexander Rodríguez era letrado de la misma sala.

3.1.2. Fundamentación descriptiva

En este momento considerativo, se hace una exposición de los elementos de prueba incorporados legalmente al juicio, lo que implica no solo su mención, sino también la consignación razonable de su contenido:

Prima facie, podemos establecer que en este apartado de la sentencia entran en juego varios componentes, por considerar. Primero, es indispensable la consignación de cada elemento probatorio útil involucrado mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. Se trata, por ejemplo, de dejar constancia de las ideas principales y pertinentes de lo que dijo el testigo, procurando no hacer una transcripción literal cargada de lenguaje coloquial o repetitivo; también se trata de dejar constancia de los datos más relevantes de la prueba documental y pericial, especialmente de las conclusiones atinentes o relevantes al caso, de manera que el lector de la sentencia, ajeno al fallo y que no ha estado en el debate, pueda comprender a cabalidad de dónde se extrae la información que hace posible determinadas apreciaciones y conclusiones. Otra manera de expresar esa misma idea puede expresarse diciendo que deben eliminarse las remisiones al expediente donde se supone que constan los elementos de juicio, para incorporarlos efectivamente a la redacción del fallo. Esta manera de proceder hará de la sentencia un documento que se baste por sí solo, y no sólo tendrá el valor de informar a las partes, al público y a las instancias superiores acerca de lo ocurrido en las audiencias del juicio, sino que permitirá a estas últimas, —sobre todo a las de casación— controlar las referencias de hecho y la consistencia o inconsistencia que se hace de ellas al apreciarlas y estimarles en su peso probatorio. probatorio. (Arroyo & Rodríguez, 2002: 134-135).

Estas apreciaciones deben considerar que, en la actualidad, el registro de las audiencias es audiovisual, lo que permite un mejor acceso de los órganos de alzada –recurso de apelación– a la inmediatez de la prueba durante el debate.

3.1.3. Fundamentación analítica o intelectual (estructura convergente, divergente y secuencial)

Este es el momento de la valoración de la prueba, aquí tiene cabida la consignación de los razonamientos e inferencias que deben hacerse sobre los elementos de prueba conforme a las reglas de la sana crítica, tal como se ha expuesto en esta unidad:

[...] debe el juzgador dedicarse a la valoración propiamente dicha de la prueba. Aquí, no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino de extrapolar esa apreciación en el conjunto de la masa probatoria. No basta, por ejemplo, expresar que el testimonio fue incoherente, contradictorio, o falaz; como tampoco basta decir, al contrario, que el declarante se mostró coherente, consistente o veraz. En ambos casos, si no se quiere navegar en un mar de frases huecas, hay que dejar constando los aspectos en que consistió la coherencia o incoherencia, la consistencia o inconsistencia, la veracidad o falsedad del deponente. Mucho más delicadas, por complejas, resultan ser las apreciaciones psicológicas o subjetivas del juez don respecto a la persona que rinde testimonio. En este campo, con mucha más razón, la autoridad juzgadora tiene que explicar por qué los gestos y actitudes del deponente le revelan sinceridad o falsedad, o bien por qué el llanto o el nerviosismo es síntoma de una u otra actitud; o bien por qué tal o cual gesto respalda una u otra apreciación a que llega el juzgador. Cuando en el ánimo del juzgador las manifestaciones gestuales o verbales del declarante le resulten ambiguas, no pueden servirle de base para ninguna conclusión. Por otra parte, tratándose de la prueba testimonial, hay que expresar tanto las razones que se tiene

para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros. Idéntico procedimiento habrá que seguir tratándose de la prueba documental y pericial, pues el juez tiene que dejar constando el merecimiento o desmerecimiento que les tiene y el peso e incidencia que les otorga para la resolución del caso. ... en último lugar, y aunque ya se incluye en el procedimiento que se acaba de proponer con los ejemplos, deben quedar claramente expresados los criterios de valoración que se han utilizado al definir cuál prueba se acoge y cuál se rechaza y, en definitiva, con qué elementos de juicio se queda el juzgador para tomar una u otra decisión. (Arroyo & Rodríguez, 2002: 135-137).

Los autores en estudio han avalado una metodología de análisis probatoria propuesta por el prestigioso magistrado emérito español, Perfecto Andrés Ibáñez:

De manera un tanto más elaborada, esta fase de la motivación de los hechos, la refiere Perfecto Andrés Ibáñez en lo que él llama “Momentos de la inferencia jurídico-penal” y que en su criterio comprende:

- (a) Formulación de la hipótesis acusatoria;*
- (b) Procedimiento de contratación de esa hipótesis mediante actividad probatoria;*
- (c) Establecimiento de pluralidad de confirmaciones o refutaciones para validar o invalidar la hipótesis;*
- (d) Resistencia de la hipótesis a las pruebas oportunas de la defensa;*
- (e) Procedimiento que lleve a desvirtuar todas las hipótesis alternativas que se formulen;*
- (f) Formulación por parte del juez de un cuadro de hechos probados que consiste en la hipótesis suya de cómo ocurrieron los hechos. (Arroyo & Rodríguez, 2002: 137).*

Esta metodología recuerda los planteamientos propuestos por Marina Gascón Abellán y Daniel González Lagier, vistos con anterioridad, los cuales son compatibles con la propuesta del profesor Andrés Ibáñez.

Sobre esta parte de la fundamentación de las sentencias, corresponde agregar las sugerencias o aportes de la profesora Marina Gascón Abellán y del profesor Max Freund:

*Cabe diferenciar en principio dos grandes técnicas o estilos de motivar: uno analítico y el otro holista. La **técnica analítica** entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La **técnica holista o globalizadora**, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa [...] Si el sentido de la motivación es evitar la arbitrariedad, la motivación no puede entenderse cumplida con el simple relato, pero tampoco con la mera aportación «formal» de razones, cualesquiera que éstas sean. Motivar exige aportar razones lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad y por eso la técnica más acorde con un modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación es la analítica, es decir, la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir «en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto». (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1994: 87). (Lo resaltado no es del original). (Gascón, 2010: 199-201).*

Por su parte, el profesor Max Freund (2007) indica que pueden utilizarse tres modelos de presentar inferencias; es decir, premisas y sus conclusiones, a saber: estructura convergente, divergente y secuencial. De seguido, se exponen varios cuadros que sintetizan las estructuras indicadas:

Estructura convergente

Una argumentación la posee cuando sus razonamientos componentes comparten la misma conclusión. En este tipo de argumentación, un mismo enunciado es justificado por diferentes razonamientos y cada uno de los cuales, se supone, ofrece razones para su verdad, independientes de los otros razonamientos componentes de la argumentación.

Ejemplo:

La tasa de criminalidad va a aumentar en el presente año, pues se sabe que va a haber un alto índice de desempleo causado por el cierre masivo de empresas. Pero también hay otras razones. Ha habido en los últimos años un aumento del consumo de drogas en sectores económicamente deprimidos, los cuales, obviamente, no pueden asumir el costo de su adicción y los obliga a hurtar. Otra razón para esperar un aumento en la comisión de delitos es el creciente incremento en el número de pandillas. Esto se debe, fundamentalmente, a la deserción escolar, ya que algunos de estos jóvenes, al sentirse frustrados y no tener actividades alternativas que los motiven, deciden unirse a esos grupos violentos.

En este texto, se ofrecen tres razones independientes para justificar la creencia de que la tasa de criminalidad va a ir en aumento, a saber:

R1: Va a aumentar el índice de desempleo y esto es causado por el cierre de empresas

R2: Aumentará el consumo de drogas por parte de sectores económicamente deprimidos.

R3: Más jóvenes se unirán a pandillas y esto es causado por la deserción escolar y falta de actividades alternativas que los motiven.

Conclusión

En el presente año aumentará la tasa de criminalidad

Estructura divergente

Es la segunda estructura básica de argumentación y se presenta cuando un grupo de razonamientos que comparten las mismas premisas, pero difieren en sus conclusiones. En otros términos, una argumentación divergente nos muestra cómo podemos extraer diversas conclusiones de la misma información.

Ejemplo:

Un crecimiento considerable del ingreso de divisas a nuestro país para el presente año es indudable, pues el número de turistas que visitarán nuestro país va a aumentar en porcentajes muy altos. Esto también incrementará el intercambio cultural y comercial con otros países. También un incremento en el turismo permite inferir que habrá un aumento en la oferta de empleos en el sector de servicios.

se extraen las siguientes conclusiones, a partir de la misma afirmación de que el número de turistas de visita en el país va a aumentar:

C 1: Habrá un crecimiento considerable del ingreso de divisas a nuestro país para el presente año.

C 2: Incrementará el intercambio cultural y comercial con otros países.

C 3: Habrá un aumento en la oferta de empleos en el sector de servicios.

Habrá un aumento del número de turistas al país

Conclusiones

C 1

C 2

C 3

Estructura secuencial

Es la tercera estructura básica de argumentación. Esta es una serie de razonamientos, cada uno de los cuales o bien posee una premisa (o premisas) que es una conclusión (o conclusiones) de otro razonamiento (o razonamientos) de la misma argumentación, o bien una conclusión que es premisa de otro razonamiento miembro de la serie.

Ejemplo:

Es bien sabido que el uso del cigarrillo es estimulado por la propaganda en televisión y radio. Y es una obligación ética hacer lo posible por evitar todo aquello que esté de una u otra manera incidiendo en el aumento de las muertes asociadas al consumo del cigarrillo. De ahí que debemos prohibir su propaganda. Pero si se prohíbe la propaganda, habrá necesariamente desempleo en algunos sectores de la población. Por consiguiente, debemos escoger entre el desempleo forzoso de algunas personas o la disminución de muertes por consumo de cigarrillo. Ahora bien, es moralmente reprobable condenar familias a morir de hambre por falta de trabajo. Por otra parte, se puede contrarrestar la propaganda con propaganda. En consecuencia, no debemos prohibir la propaganda del cigarrillo.

La conclusión final de esta argumentación, cual es de que no debemos prohibir la propaganda del cigarrillo, se obtiene a partir de una serie de razonamientos en los cuales una conclusión de un razonamiento anterior en la serie se usa como premisa del razonamiento siguiente. Las diversas premisas de los razonamientos componentes de la argumentación y que no constituyen, a la vez, conclusiones son las siguientes:

B 1: El uso del cigarrillo es estimulado por la propaganda en televisión y radio.

B 2: Es una obligación ética hacer lo posible por evitar todo aquello que esté de una u otra manera incidiendo en el aumento de las muertes asociadas al consumo del cigarrillo.

B 3: Si se prohíbe la propaganda, habrá necesariamente desempleo en algunos sectores de la población.

B 4: Es moralmente reprobable condenar familias a morir de hambre por falta de trabajo.

B 5: Se puede contrarrestar la propaganda con propaganda.

Las diversas conclusiones de la argumentación son:

C 1: Debemos prohibir su propaganda.

C 2: Debemos escoger entre el desempleo forzoso de algunas personas o la disminución de muertes por consumo de cigarrillo.

CF: No hay que prohibir la propaganda del cigarrillo.

EJERCICIO

- ✓ Remítase a las inferencias probatorias contenidas en el esquema de Toulmin del tema 1.2.1.
- ✓ Redacte un texto, utilizando la estructura que estime que es más apropiada para consignar la información (convergente, divergente o secuencial) donde se exponga el proceso inferencial del esquema de Toulmin indicado.

3.1.4. Fundamentación jurídica

Como se ha indicado en esta unidad, existe un proceso de interpretación normativa que permite dilucidar el marco normativo aplicable al caso. Esta labor es la interpretación que en parte se produce mediante la aplicación de razonamientos jurídicos tradicionales que se analizarán en el siguiente tema. Por lo pronto, las observaciones respecto a la fundamentación jurídica en materia penal son expuestas así por los autores mencionados:

La fundamentación jurídica del fallo, tiene como base la descripción circunstanciada del hecho que el tribunal tuvo por establecido con el anterior proceso inductivo. En esta segunda fase, de lo que se trata es que el juez enuncie el núcleo fáctico, y después de analizar las distintas posibilidades argumentativas debatidas por las partes, racionalmente opte por una de ellas, diciendo por qué considera que los hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva. La exposición del derecho aplicable no se satisface con la mera enunciación del tipo penal en juego, o de su nomen iuris.

Y, es deseable que se citen los preceptos consultados o aplicados, pues ello permite conocer cuáles han sido los textos legales utilizados por el tribunal, resultaría absurdo exigir que el juzgador enlistara todas las normas cuya aplicación se discutió. Será necesario, que aunque de manera somera, el juez indique los diferentes estratos de la teoría del delito aplicable a la hipótesis comprobada. Sin embargo, a fin de que el fallo sea comprensible y no ocasione mayores divergencias en los puntos de vista del tribunal, es lógico y conveniente que no desarrolle cada uno de esos puntos en forma monográfica. Para los efectos del caso, bastará con que indique por qué estima que se está en presencia de una acción, que esta es típica (conurrencia de elementos descriptivos y normativos del tipo en cuestión), que además es antijurídica (con la referencia, cuando corresponde a los supuestos de justificación) y culpable (cuando se haya discutido alguna causa de inculpabilidad), y, finalmente, que esté sujeta a sanción. Si bien la referencia al bien jurídico en cuestión es imprescindible, los esfuerzos argumentativos de este tema del fallo deben concentrar se en las razones de mayor relevancia, por ejemplo, si se ha sostenido que la conducta debe encuadrarse en una norma más favorable los intereses del justiciable, el tribunal deberá explicar por qué acoge dicha posición, o por qué la tesis es inaceptable. En este sentido, para que la motivación sea expresa, se deberá aludir directamente a los tópicos cuestionados. Por ello, no será suficiente con que el tribunal argumente que se constituye el delito atribuido al justiciable y no otros, sino que, por el contrario, debe ir descartando posiciones, de modo que se elija la tesis adecuada al fenómeno en estudio. En la labor de explicar el Derecho aplicable, el juez debe evitar incurrir en dos errores: la omisión o el exceso. En la omisión no se desarrollan los aspectos relevantes de la figura delictiva aplicada, sino que únicamente el juzgador se limita a transcribir textualmente la letra de la ley, haciendo algunas manifestaciones genéricas sobre la existencia del hecho y de la prueba que lo respalda, reiteración que es ociosa, pues se entiende que esto ha sido suficientemente establecido en el anterior apartado del fallo. Más que una carencia absoluta de motivación, el defecto más frecuente en que se incurre es la fundamentación parcial o insuficiente, que acontece cuando se deja de explicar un extremo esencial. Por su parte, cuando se pretende dar una idea de que el caso se estudió bastante, puede incurrirse en una motivación aparente (que, como tal, es inexistente), es decir, cuando el juez acude a la reiteración mecánica de resoluciones de tribunales de casación o constitucionales, sin explicar con sus propias palabras por qué los criterios jurisprudenciales deben seguirse en el caso concreto. Lo mismo sucede cuando la sentencia compendia una cantidad ilimitada de citas doctrinarias que no logran enlazarse directamente con el suceso. En estos últimos dos casos, se corre el riesgo de incurrir en una falacia de énfasis, dando mayor importancia a tales opiniones cuando en realidad tendrían ninguna o escasa relevancia para el caso. Existe una cuestión que merece destacarse: los principios generales de la motivación, así como sus características (claridad, coherencia y suficiencia) son aplicables a la fundamentación de por qué se utiliza determinada solución sustantiva. En razón de lo anterior, es comprensible que el juez puede incurrir en una errónea aplicación de las reglas de la sana crítica. Esto es así, además, porque la argumentación del Derecho aplicable no consiste en una mera subsunción lógica, pues comprende una serie de interpretaciones, valoraciones y tomas de posición sobre temas determinados”. Aspectos tales como el régimen de concursos de delitos o discusiones acerca de la autoría o participación son temas que implican no solo la exposición de citas doctrinarias, o de jurisprudencia o de normas legales, sino que parten de que el tribunal ha optado, racionalmente, por un determinado criterio, a partir del cual ha de calificar el cuadro fáctico establecido con antelación. En la determinación del derecho aplicable, el tribunal materializa el principio “jura novit curia”. Las características generales del diseño contemporáneo del proceso penal como acusatorio, no exime a los jueces de buscar y argumentar suficientemente la solución adecuada. Y para ello, no puede excusarse en la inercia de ninguna de las partes. Por eso, y en lo que aquí interesa, en los supuestos en los que proceda recalificar la conducta inicialmente atribuida al acusado, deberá tomar las medidas del caso, para cumplir la finalidad que señalan los principios de universalidad de la jurisdicción y de plenitud hermética del ordenamiento jurídico. (Arroyo & Rodríguez, 2002: 139-145).

Por último, ambos autores indican que el llamado por Ferrajoli silogismo práctico o disposición implicaría en materia penal la imposición de la sanción en concreto, según el nivel de reproche que se le haga al sentenciado. En este caso, no resulta necesario desarrollarlo por cuanto excede los propósitos de esta exposición temática.

Tema. 3.2 Recomendaciones generadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana (Decálogo sobre la Motivación)

Costa Rica es parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana²²⁵ que agrupa a los Poderes Judiciales iberoamericanos en una instancia de coordinación y cooperación judicial, la cual ha generado insumos importantes para la modernización de los Poderes Judiciales de la región.

Dentro de sus aportes, en lo que interesa, se puede mencionar la suscripción del **Código Iberoamericano de Ética Judicial**²²⁶ elaborado por Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, el cual incorpora importantes elementos de las teorías contemporáneas del derecho en clave de mejorar la administración de justicia de la región.

Producto de su participación en este código deontológico, el profesor Atienza propuso un decálogo acerca de la motivación judicial (Atienza, 2013:152-154), el cual plantea importantes insumos orientadores para la actividad de la motivación de las sentencias judiciales:

DECÁLOGO SOBRE LA MOTIVACIÓN

1. Motivar una decisión significa poner las buenas razones que puedan encontrarse a favor de la decisión en la forma adecuada para que sea posible la persuasión. Lo esencial, naturalmente, es que la sentencia contenga buenas razones, razones que permitan justificar la decisión. Pero los aspectos formales y pragmáticos no carecen por ello de importancia. A ningún juez o a ningún proyectista le gustaría oír que su decisión, o su proyecto de decisión, es acertada, pero que su fundamentación resulta oscura, desordenada, difícil de comprender, poco persuasiva, etcétera.

2. El artículo 27 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial establece: «Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas». Se recogen, por tanto, las tres recomendaciones clásicas en relación con el estilo: claridad, precisión y concisión. Y se señala algo así como un criterio para medir el grado de concisión. Las recomendaciones provienen, justamente, de la tradición retórica, de manera que bien puede decirse que claridad, precisión y concisión son elementos fundamentales para lograr la persuasión.

225 “La Cumbre Judicial Iberoamericana es una organización que vertebra la cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de los veintitrés países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, aglutinando en un solo foro a las máximas instancias y órganos jurisdiccionales y de gobierno de los sistemas judiciales iberoamericanos. Reúne en su seno, por tanto, a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o de la Magistratura iberoamericanos”. **Documento operativo de la Cumbre Judicial Iberoamericana.** <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Documento%20Operativo.pdf>

226 <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/00%20Codigo%20Iberoamericano%20Etica%20Judicial.pdf>

3. Una buena sentencia (o un buen proyecto de sentencia) debe permitir identificar y comprender con claridad:

- a) El caso: los antecedentes (el relato de hechos brutos e institucionales) que llevan a plantearse un problema jurídico.
- b) El problema que normalmente tiene una naturaleza bivalente: aceptar o no un recurso, anular o no una norma, etcétera.
- c) La solución del problema y, por tanto, la decisión.
- d) Las cuestiones controvertidas, de las que depende la solución del problema.
- f) Las razones (los argumentos) para las respuestas, en las que, a su vez, ha de poder distinguirse entre las razones decidendi y los obiter dicta.

4. El orden es un factor clave para lograr claridad. Por eso, una sentencia no debería empezar a redactarse (en su forma definitiva) hasta haber encontrado el orden adecuado para la presentación de los problemas, de las cuestiones y de los argumentos. En el transcurso de la deliberación o de la elaboración de un proyecto pueden surgir elementos relevantes en los que el redactor de la sentencia o del proyecto no había pensado. Lo que procede entonces es reescribir el texto y no limitarse a añadir (intercalar) elementos a (en) lo ya escrito.

5. La precisión requiere análisis conceptual, manejo adecuado de las clasificaciones, conocimientos de dogmática jurídica y, esencialmente, una buena formación teórica (de teoría del Derecho). Ha de tenerse en cuenta, de todas formas, que una buena teoría no tiene por qué suponer (no lo supone, de hecho, casi nunca) un alarde de «tecnicismo». La buena teoría ha de servir para aclarar los problemas relevantes y muchas veces puede ser bastante simple. Hay, naturalmente, ocasiones en que pueden surgir problemas de gran complejidad que requieren un esfuerzo teórico mayor. Pero ni siquiera la complejidad puede ser una excusa para la oscuridad. La oscuridad no es casi nunca señal de profundidad, sino de confusión.

6. La tendencia (que en los tribunales de nuestros países parece irrefrenable) a elaborar sentencias cada vez más largas es, a todas luces, equivocada, puesto que:

- a) Incrementa las oportunidades de cometer errores.
- b) Hace más difícil la identificación de los elementos esenciales de las sentencias.
- c) Exige recursos de tiempo de los que casi nadie dispone.
- d) Imposibilita su posible utilización con fines pedagógicos.
- e) Pone en grave riesgo el funcionamiento de un sistema de precedentes.

7. El conocimiento de las técnicas y de los esquemas de argumentación más usuales es, como cabe suponer, de gran utilidad para argumentar con claridad y con eficacia. Conocer la forma (lógica) de la reducción al absurdo o de la analogía sirve, por ejemplo, tanto para argumentar persuasivamente en favor de una tesis como (en su caso) para saber hacia dónde dirigir las críticas (en relación con alguien que haya usado alguno de esos dos tipos de razonamiento).

8. El Derecho no es un género literario (en el sentido estricto de esta última expresión) y, por ello, los valores que ha de exhibir el texto de una sentencia no son los característicos de la creatividad literaria, sino los ligados a persuadir racionalmente acerca de la justicia de una decisión. Tanto los textos literarios como los jurídicos (judiciales) han de estar «bien escritos», pero ese sintagma puede significar cosas distintas en uno y otro caso. Algunas recomendaciones útiles acerca de cómo redactar bien una sentencia consisten en recordar cosas elementales (que todos sabemos, aunque a veces nos empeñamos en olvidar); por ejemplo: los puntos y coma y los puntos y seguido existen, y para algo; si se quiere designar un mismo concepto (y no crear confusión) es preferible utilizar también la misma palabra; el párrafo corto facilita la redacción y la comprensión de un documento; etcétera.

9. Formalismo y activismo son el Escila y el Caribdis que han de procurar evitarse en el oficio de juez. El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes a las normas. Y el activismo, en la propensión a subestimar el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes, en cuanto elementos esenciales del Estado de Derecho arbitrariedad judicial.

10. Seguramente la virtud más importante de un juez (y de la que ha de quedar algún reflejo en una sentencia) sea el equilibrio. Un equilibrio entre las dosis de imaginación que se necesitan para encontrar soluciones innovadoras que permitan hacer justicia y la exigencia de ser coherente —y leal— con el sistema bajo (no «sobre») el que opera; entre la capacidad de análisis teórico y de utilización de categorías abstractas, y la conciencia de que todo ello debe resultar aplicable a la práctica, al caso que se trata de resolver; entre la modestia, la auto restricción y la resistencia al activismo judicial, y el valor necesario en ocasiones para resistir todo tipo de presiones (provenientes del poder político, económico, de los medios de comunicación o de los propios jueces); entre las convicciones morales fuertes y la exigencia de no imponérselas a los demás, a no ser que lo que esté en juego sean los derechos fundamentales de los individuos.

Otro documento de interés es el *Protocolo para la estructura y redacción de sentencias y otras recomendaciones sobre lenguaje y comprensión de las actuaciones judiciales*, el cual aporta sugerencias respecto a las sentencias civiles y penales en dirección a hacer más accesible la justicia a la población.

EJERCICIO

Analice las sugerencias del *Protocolo para la estructura y redacción de sentencias y otras recomendaciones sobre lenguaje y comprensión de las actuaciones judiciales* y determine en qué partes de la fundamentación de las sentencias civiles y penales de Costa Rica podrían atenderse tales recomendaciones:

Anexo 22 [Protocolo para la estructura y redacción de sentencias.pdf \(cumbrejudicial.org\)](https://cumbrejudicial.org/)

Tema 4. Argumentos interpretativos en el derecho

Como se ha venido desarrollando en la presente unidad, la actividad interpretativa que deben hacer las personas juzgadoras sobre el marco jurídico que conformará la premisa normativa de la *quaestio iuris* es una actividad que no se realiza en automático —siguiendo a Ferrajoli— dado que se trata de una escogencia a su vez subjetiva, debido en parte a las características de las normas jurídicas —redactadas en lenguaje natural y, por ende, con todas las características lingüísticas de este, las cuales impiden el nivel de precisión que se soñó en la ilustración²²⁷—.

En búsqueda de mayor objetividad y seguridad jurídica, a lo largo del tiempo, se han desarrollado argumentos o criterios interpretativos en el derecho que serán expuestos en el presente tema.

Sin embargo, debe tenerse claro que la concepción jurídica que se asuma impacta en la forma de considerar la actividad interpretativa: como una inferencia deductiva (posiciones formalistas); inferencia abductiva (posiciones postpositivistas) o bien una consideración lingüística con posibilidades diversas dentro de un “marco” de significados (posiciones escépticas, incluyendo al realismo jurídico). (Canale & Tuzet, 2021: 98-100). Sobre este punto se hablará en la Unidad VII.

Tema. 4.1. Marco normativo. Título preliminar del Código Civil como punto de partida

En Costa Rica, mediante la Ley N.º 7020 del 6 de enero de 1986, se adicionó al Código Civil un título preliminar que significó una modernización de la legislación en el centenario del propio Código Civil. En este nuevo título preliminar, se amplió el número de doce a treinta artículos desarrollando institutos necesarios para una visión del derecho más moderna y práctica.

Interesa aquí mencionar que el desarrollo de criterios interpretativos de las normas permite la construcción de soluciones jurídicas a problemas en los términos propuestos por visiones contemporáneas del derecho como el postpositivismo. Si bien en el subtema respectivo, se hablará de cada uno de estos argumentos o criterios normativos y conviene ubicarlos en la legislación costarricense:

CAPÍTULO I Fuentes del Derecho

ARTÍCULO 1.- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

ARTÍCULO 2.- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.

227 Esta temática ha sido recurrente en el presente texto. A modo de ejemplo, puede retomarse lo indicado en el tema 1 de la Unidad II, así como en la Unidad III.

ARTÍCULO 3.- El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.

ARTÍCULO 4.- Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II

Interpretación y aplicación de las normas jurídicas

ARTÍCULO 9.- La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

ARTÍCULO 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

ARTÍCULO 11.- La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita.

ARTÍCULO 12.- Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.

ARTÍCULO 13.- Las leyes penales, las excepciones y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos, ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

ARTÍCULO 14.- Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes.

De las normas transcritas, se observa e infiere la presencia de diferentes argumentos o criterios interpretativos del derecho²²⁸, los cuales pueden ser mejor entendidos, si los contrastamos con el contenido del Código Iberoamericano de Ética Judicial y el Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial²²⁹ que, si bien tratan de normas deontológicas que buscan la adhesión de los y las profesionales de la Administración de Justicia con una visión más humana y orientada al servicio público, son excelentes insumos con carácter orientador:

228 Por ejemplo: argumento psicológico o de la voluntad del legislador, argumento teleológico, argumento gramatical, argumento sistemático, argumento histórico, la analogía *iuris*, la analogía *simili ad simile* o analogía *legis*, argumento de la equidad, etc.

229 ARTÍCULO 60.- PRINCIPIO DE EQUIDAD. “En la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento, los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.
https://servicios.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/DocumentosPJ/Estatuto_de_la_Justicia_y_Derechos_de_las_Personas_Usuaris_del_Sistema_Judicial.pdf

ART. 35.- El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.

ART. 36.- La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

ART. 37.- El juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes.

ART. 38.- En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.

ART. 39.- En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley.

ART. 40.- El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan.

EJERCICIO

- Identifique en las normas del *Título preliminar del Código Civil*, Código Iberoamericano de Ética Judicial y Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial los argumentos jurídicos, donde se encuentran regulados los argumentos jurídicos:

- | | |
|---|----------------------------|
| 1. psicológico o de la voluntad del legislador, | 6. sistemático, |
| 2. teleológico, | 7. analogía <i>iuris</i> , |
| 3. histórico, | 8. equidad, |
| 4. analogía <i>legis</i> | 9. gramatical |

Tema 4.2. Argumentos interpretativos. (Argumentos lingüísticos, argumentos históricos, argumentos sistemáticos y argumentos retóricos)

Existen múltiples denominaciones para referirse a los argumentos interpretativos en el derecho. Conviene enlistar algunos de sus nombres por cuanto en doctrina se utilizan de forma alterna, y es necesario saber que se trata del mismo tema. Se les conoce como *máximas interpretativas*, *cánones de interpretación*, *directivas interpretativas*, *métodos interpretativos*, entre otros.

En la conformación de la justificación externa de la premisa normativa de una decisión jurisdiccional, cumplen dos funciones reconocibles: la **función decisoria**, cuando funcionan como medios para la decisión, es decir, como insumo en el contexto de toma de la decisión y, consecuentemente, decidir el caso. Por otra parte, también está la **función justificativa** donde los argumentos interpretativos se exponen en la motivación del

fallo como razones que justifican la interpretación y la consecuente decisión. (Canale & Tuzet, 2021: 101-102).

Desde el punto de vista argumentativo, es usual que, en una argumentación, se utilicen varios criterios interpretativos a la vez. De hecho, es recomendable hacerlo siguiendo la metáfora de los hilos de una cuerda, puesto que, si están concatenados, el argumento final es más fuerte.

Las personas juzgadoras usualmente deben resolver frente a las argumentaciones de las partes que esgrimen criterios interpretativos desde posiciones antagónicas, y no pocas veces, ambas propuestas se presentan plausibles.

Frente a estos casos, se suele emplear *argumentos interpretativos de segundo nivel* que orientan a cuál posición debe darse preferencia. Se mencionan *directivas procedimentales* (que establecen un orden de preferencia en la aplicación de los criterios interpretativos, así como *directivas de preferencia* (que establecen prioridad de unos argumentos sobre otros).

Este tipo de recursos es producto de la doctrina y la jurisprudencia en un determinado contexto normativo, por cuanto es usual que, en los sistemas jurídicos, una jerarquía específica no esté establecida normativamente.

Lo que interesa destacar en este momento es la tesis sostenida por Jerzy Wróblewski, en la cual los argumentos interpretativos de segundo nivel y las directivas que dirigen a los intérpretes expresan verdaderas y auténticas *concepciones normativas de la interpretación* que identifican los principios y valores que deberían guiar la actividad interpretativa comprendida globalmente:

Veamos algunos ejemplos de concepciones normativas de la interpretación adoptadas por la jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos:

1. Al interpretar los textos normativos, el juez debe garantizar la certeza del derecho y la estabilidad del ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo. Se trata de una **concepción estática o conservadora del derecho**, que atribuye a este último la función de neutralizar los conflictos y estabilizar las relaciones sociales de manera que se garantice la libertad de los ciudadanos. Con base en esta concepción, deben tener **preferencia el argumento literal y el argumento psicológico** (que se apoya en la intención del legislador), prevaleciendo sobre argumentos de otro tipo en caso de conflicto.

2. Al interpretar los textos normativos, el juez debe adecuar el derecho a la evolución de las exigencias sociales y de los valores sociales compartidos. Esta es una **concepción dinámica o evolutiva del derecho**, que atribuye a este último la función de responder a los cambios sociales. Con base en esta concepción, los **argumentos teleológicos y mediante principios, asumen un papel guía en la actividad interpretativa** en desmedro del resto de argumentos, que asumen un papel accesorio.

3. Al interpretar los textos normativos, el juez debe garantizar soluciones eficientes para las controversias. En este caso, se trata de una **concepción instrumental del derecho** con base en la cual las normas jurídicas son un medio para garantizar una relación óptima entre costes y beneficios en un contexto socioeconómico determinado. En este caso, **será la valoración de las consecuencias generadas por la aplicación de las normas la que guíe la elección de esta última en sede interpretativa**, siendo los argumentos interpretativos elegidos de modo tal que garanticen la decisión más eficiente. (Canale & Tuzet, 2021: 106-108).

Lo sostenido por Wróblewski es de vital importancia por cuanto el perfil de la concepción normativa que se suscriba determina los objetivos o fines del derecho en una sociedad específica.

Como se verá en la Unidad VII, existen a su vez perfiles de persona juzgadora que pueden orientar la función jurisdiccional a la promoción de la transformación social y otros que representan una visión estática del derecho y de la sociedad.

De hecho, las concepciones postpositivista y del realismo crítico permiten un acercamiento a los objetivos sociales más cercanos a la promoción de la sociedad democrática.

A continuación, se realizará una exposición conceptual y ejemplificadora de los diversos grupos de argumentos jurídicos, sin pretensión de exhaustividad, dado que su número y contenidos son variables, según el autor que se estudie.

Por revestir especial interés pedagógico, se trabajará como base o punto de partida la clasificación del profesor argentino Enrique Zuleta Puciero. También se analizará el aporte de otros autores, partiendo de la obra más relevante respecto al tema del profesor Giovanni Tarello²³⁰:

Argumentos lingüísticos	
Gramatical o literal	<i>Se basan en la máxima de que las normas deben interpretarse, siempre que sea posible, según el sentido común que normalmente tienen las palabras con las que son expresadas. Por eso, muchas veces los ordenamientos jurídicos indican que el primer paso de las interpretaciones normativas debe ser interpretar literal o gramaticalmente la norma (Malavé, 2018; 25-26). Suele en consecuencia combinar análisis del significado léxico de las palabras, de sus características gramaticales, de la estructura sintáctica del enunciado que se interpreta y, en el mejor de los casos, de las presuposiciones de base operantes en el discurso expresivo de la ley (Zuleta, 2005: 49-50).</i>
Del significado ordinario	<i>Los términos de la ley deben ser interpretados de acuerdo con la acepción más común u ordinaria del lenguaje en que está expresado el precepto. Se trata del significado que las palabras asumen tanto en la comunicación ordinaria como en el lenguaje técnico del derecho. Ello, por supuesto, en la medida en que no medie una razón suficiente para la adopción de una interpretación diferente. Si el significado ordinario permite más de una Interpretación, la alternativa más obvia debe ser, prima facie, la preferida. (Zuleta, 2005:50).</i>
Del significado técnico	<i>Si un precepto legal está referido a una actividad especial descrita por un lenguaje técnico específico, debe ser interpretado de un modo tal que otorgue a los términos y frases técnicas su significado específicamente técnico y no su significado ordinario. En este sentido, significado técnico alude tanto a términos tanto técnico-jurídico como a términos técnicos correspondientes a otras especialidades. Otra de las formas que asume este argumento es la propia del argumento de la constancia terminológica. (Zuleta, 2005:50).</i> Es muy necesario este argumento para darles sentido a áreas del derecho muy específicas.

230 La obra de Tarello *La Interpretación de la Ley* fue pionera y de sus investigaciones se nutren autores contemporáneos como los que se mencionarán en esta temática.

Argumentos históricos

<p>Psicológico (voluntad del legislador)</p>	<p><i>Este argumento se refiere a la intención del legislador concreto y a los mecanismos subjetivos que inspiraron la atribución de significado ínsita en la decisión legislativa ... Es el argumento que concretamente se tuvo en mente a la hora de configurar el precepto que se interpreta. Es el argumento que suele utilizarse para invocar el auxilio de los trabajos preparatorios, actas de sesiones legislativas, fuentes documentales o doctrinales públicas o privadas, memoranda reservados y toda índole de materiales que informan acerca de las razones concretamente consideradas en el curso de la toma de decisión legislativa. Es el argumento también utilizado en la interpretación que alude a los preámbulos y las exposiciones de motivos. Procura justificar el sentido propuesto del precepto sobre la base de una información relativa a los niveles de conocimiento, valora-dones personales, acuerdos sectoriales o políticos, propósitos inspiradores en el momento histórico que enmarca la elaboración del precepto. (Zuleta, 2005: 50-51).</i></p> <p>Pocas veces se dispone de material fiable para determinar la voluntad del legislador, de allí que en ocasiones es el mismo Poder Legislativo que emite las llamadas interpretaciones auténticas que clarifican o hacen expresa la voluntad del legislativo en una norma.</p>
<p>Ejemplo: “La Sala realiza un análisis histórico sobre la normativa aplicable y la voluntad del legislador, y concluye que la ley en la que el actor pretende fundar su derecho (Ley N° 7302) contempla únicamente la actualización de los montos con base en los incrementos salariales decretados por el Poder Ejecutivo por costo de vida (artículo 7 de la Ley N° 7302), y no con base en los nuevos salarios devengados durante el reingreso a laborar a la Administración Pública, como lo pretende el demandante.” Sala Constitucional, resolución: N° 00750 – 2011.</p>	
<p>Histórico (continuidad – interpretación evolutiva)</p>	<p><i>Refiere a la presunción de continuidad a través del tiempo de un significado que puede ser atribuido a enunciados jurídicos entre los que media identidad o similitud...El argumento histórico se basa en la hipótesis del “legislador conservador”. Se apoya en la ficción de un legislador personificado —de hecho inexistente, debido, sobre todo, al carácter colectivo de los cuerpos legislativos ya la complejidad de los procesos de producción de las normas—. Presupone también el postulado de la continuidad del ordenamiento jurídico... A esta concepción del argumento histórico se enfrenta la que lo concibe en sentido evolutivo, como instrumento de adaptación del derecho a las necesidades cambiantes. La moderna teoría de la argumentación subraya la importancia de una argumentación histórica orientada más hacia el futuro que hacia el pasado. (Zuleta, 2005: 52-53). Se trata de darle un sentido dinámico que permitiría reinterpretar las normas respecto al avance de la sociedad.</i></p> <p>Buen ejemplo de interpretación histórica evolutiva es lo que se entiende como <i>matrimonio</i>, en los términos desarrollados en la unidad III, tema 1.5.</p>
<p>Del precedente</p>	<p><i>El precedente es una decisión de un caso concreto que deviene patrón de autoridad para decisiones futuras. El argumento sobre la base del precedente plantea que si un precepto legal ha sido previamente objeto de una interpretación judicial que ha determinado su significación y alcances, el significado alcanzado debe en lo sucesivo ser considerado como una pauta proyectable en el futuro para la resolución de casos similares, en los que medie identidad de razón. (Zuleta, 2005: 53-54).</i></p> <p>Es muy relevante a la hora de analizar la jurisprudencia, sobre todo la vinculante como lo es la de la Sala Constitucional.</p>

Argumentos sistemáticos

Sistemático	<p>Conforme a este argumento, la atribución de significado a un precepto o conjunto de preceptos parte de la presunción de que el derecho es un todo ordenado, coherente y completo. Ello permite suponer que el significado de un precepto debe ser el que guarde mayor coherencia con el conjunto en que se inserta. (Zuleta, 2005: 54).</p> <p>La idea subyacente a las interpretaciones sistemáticas es que los ordenamientos jurídicos son (o deben ser) coherentes, lógicamente organizados y no contradictorios, es decir, que no contienen (o, al menos, no deben contener) antinomias... Hay cuatro tipos básicos de argumentos de interpretación sistemática: a coherencia, a rubrica, sedes materiae, la interpretación sistemática en sentido estricto y también el argumento económico o del legislador no redundante. (Malavé, 2018: 28-29)</p>
<p>Ejemplo: “El hecho de que se haya optado por el legislador no utilizar los términos madrastra, padrastro, abuelastra y abuelastro, no significa que intencionalmente haya decidido excluir como posibles autores del ilícito a estos sujetos, sino que se eligió una forma de denominación más precisa, tal y como lo exige el principio de legalidad. No existe ninguna imprecisión de orden conceptual que implique para el operador jurídico un ejercicio interpretativo mayor sobre el texto de dicho precepto, ... en relación con la correcta aplicación del inciso 2 del artículo 157 del Código Penal, y por consiguiente, se procede a unificar los mismos, en el sentido de que, acorde con una interpretación sistemática y armónica, conforme con los lineamientos expresamente trazados por el texto legal del numeral 157 inciso 2 del Código Penal, se comprende dentro de los posibles autores del ilícito de violación calificada a los ascendientes o descendientes hasta tercer grado respecto de la víctima, cuyo vínculo de parentesco haya surgido tanto por lazos de consanguinidad, como por afinidad.” Sala Tercera, resolución: N°1246-2015.</p>	
De la armonización contextual	<p>Si un precepto legal pertenece a un esquema normativo más amplio, sea un Código, una ley aislada o un conjunto de leyes vinculadas entre sí, debe ser interpretado a la luz de ese conjunto al que pertenece. (Zuleta, 2005: 54).</p>
Topográfico o “sedes materiae”	<p>Atribuye a un enunciado legislativo el significado que puede desprenderse de la ubicación del precepto interpretado dentro del sistema o contexto normativo del que forma parte —esto es, la Constitución, el Código o cualquier otro instrumento de compilación del derecho—. (Zuleta, 2005: 55).</p> <p>Se incluye aquí el llamado argumento a rubrica: “[...] en este tipo de argumento el sentido que se le debe dar a una forma está sugerido por el nombre o rúbrica del artículo o del grupo de artículos (por ejemplo, la sección o el capítulo) en el que se encuentra.” (Malavé, 2018: 29).</p>

<p>Plenitud hermética del ordenamiento jurídico (completitud)</p>	<p><i>El significado del precepto debe compatible con la idea de que el derecho “carece de lagunas”. Es decir, conforma un todo completo, capaz de. ofrecer respuestas a todos los supuestos que se le planteen al órgano judicial...La completitud opera como un postulado de la idea misma de ordenamiento. La ley se supone racional, por cuanto es —en la concepción del Iluminismo y la Codificación— expresión directa de la Voluntad General. Se supone, por tanto, racional, general, abstracta, igual, equitativa, no redundante, coherente, omnisciente y completa. El principio de la completitud se vincula estrechamente a la teoría de la separación de poderes y a la idea de una función certificadora de la ciencia y el procedimiento de la interpretación y aplicación del derecho. (Zuleta, 2005: 55-56)</i></p> <p>Esta idea mítica del derecho, propia de concepciones jurídicas formalistas, no es un argumento razonable desde enfoques del derecho como el postpositivismo o el realismo. El punto de partida de la crítica se ubica en el contenido de la unidad III por razones lingüísticas.</p> <p><i>Esto no puede ser una constatación seria del papel del sistema jurídico. Lo que hace es crear mitos (creencias falsas, fantasiosas y hasta absurdas). (González: 2007: 94)</i></p>
<p>Coherencia</p>	<p><i>Parte de la idea de que el ordenamiento jurídico carece de antinomias. En sus orígenes ideológicos y doctrinales se emparenta también con el principio de la racionalidad del legislador. Opera a modo de barrera contra la posibilidad de una interpretación que pudiera terminar reconociendo la existencia de antinomias, como una interpretación que conducirá a una contradicción entre las normas y de tal manera, mantiene dentro del sistema los enunciados normativos. (Zuleta, 2005: 56).</i></p> <p>Al igual que el argumento de la plenitud hermética, es criticable por las mismas razones.</p> <p>No debe confundirse con el criterio de racionalidad de coherencia (narrativa y normativa) del que se hablará en la unidad VII.</p>
<p>Analógico (analogía legis)</p>	<p><i>El argumento analógico está vinculado al debate mayor relativo a las lagunas del ordenamiento y, en general, el proceso de Integración de la ley. Supone el postulado de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, la vocación del derecho hacia una regulación integral de todos los casos posibles...En el proceso de integración de la ley, la analogía [...] [tiene la] tarea de llenar las lagunas que se presentan en situaciones tales como la ausencia de previsiones constitucionales o legales, el vacío abierto por la declaración de inconstitucionalidad o la nulidad de un precepto y la ausencia de precepto alternativo, la falta de reglamentación o de implementación de un precepto que así lo requiere o, directamente, la falta de previsión por parte del constituyente o el legislador.</i></p> <p><i>Para su procedencia, el argumento analógico requiere al menos tres requisitos básicos: semejanza entre los supuestos considerados, identidad de razón por el objeto y la finalidad perseguida por ambos y procedencia de una norma que resulta ser, en el caso concreto, la más específica, homogénea, congruente y razonable... El fundamento de la analogía no está [...] en la voluntad del legislador sino en la identidad de razón entre el precepto interpretado y otros preceptos del ordenamiento. (Zuleta, 2005: 56-57).</i></p>

Ejemplo: “[...] corresponde a este Tribunal determinar en este asunto, si en efecto se da esa identidad de razón en los supuestos aludidos. En criterio de los suscritos juzgadores, sí resulta de aplicación analógica el artículo 277 de cita, para el supuesto del desistimiento total de la demanda dado que, el mismo lleva implícito el desistimiento del embargo preventivo que se haya solicitado dentro de este, pero que, al igual que este caso, se ha materializado en el patrimonio del embargado, con las consecuencias gravosas que ello implica para este, por lo que resulta evidente, que los daños y perjuicios deben reconocerse, ante la falta de una sentencia favorable al embargante, por una decisión propia del mismo, quien abandona el proceso antes de dictado de esta.” Tribunal Segundo Civil Sección I, Resolución N° 129 – 2014.

Lógico-conceptual o dogmático

Si en la formulación de un precepto legal es utilizado un concepto científico o dogmático reconocido y doctrinalmente elaborado, debe ser interpretado de un modo tal que afirme y en lo posible mantenga un uso consistente del concepto con todo el desarrollo científico a través del cual ha sido acuñado, en todo el sistema del derecho o en alguna rama o ramas relevantes del mismo. Este argumento también podría ser denominado sistemático conceptual. (Zuleta, 2005: 57-58).

Desde los principios generales del derecho (analogía iuris)

Si en la interpretación de un precepto legal determinado resulta aplicable un principio general o un conjunto de principios del derecho, debe favorecerse en todo caso la interpretación del precepto que mejor se adapte al principio o conjunto de principios identificados la referencia a los principios cumple, en la argumentación interpretativa una serie de funciones posibles. Por un lado una función integradora, en el caso de lagunas del derecho. La ausencia de un precepto directamente aplicable al caso concreto motiva la referencia a un principio general, destinado a suplir la inexistencia de una respuesta específica del ordenamiento. Por otro lado, la referencia puede cumplir una función directamente interpretativa. Ante la pluralidad de significaciones posibles que suscita la textura abierta del lenguaje, vaguedad u oscuridad del precepto, el intérprete opta por la significación más acorde con un principio general del derecho, cuya invocación proporciona de hecho una respuesta correcta al dilema o cuestión planteada al intérprete. La igualdad, la seguridad, la libertad o el pluralismo o el bien común pueden así operar como referencias interpretativas del precepto interpretado. (Zuleta, 2005: 58-59)

Esta formulación es la que desde la concepción postpositivista se ha analizado como la ponderación para resolver conflictos entre principios o bien entre los principios que subyacen a las normas.

Argumentos teleológicos / evaluativos

Finalista o teleológico en sentido estricto

Si a un precepto legal o al conjunto legal de que forma parte le resulta atribuible una finalidad apropiada general, debe ser interpretado, dentro de límites tales que su aplicación en casos concretos resulte compatible con la orientación finalista o propósito postulado. Se supone en el legislador un enfoque evaluativo de la relación entre medios y fines y se procura elaborar una base o criterio desde el cual pueda a su vez evaluarse cada una de las alternativas interpretativas que surjan en términos de conformidad con la finalidad perseguida por el precepto. (Zuleta, 2005: 59)

Citando a Giovanni Tarello, el profesor Luis Malavé indica: El argumento teleológico (o «hipótesis del legislador provisto de fines») es aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley del que el enunciado es un documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico, que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines «de la ley» (o «del legislador»): pero en este caso se trata de una entidad abstracta), a partir del texto de la ley o de una clasificación de los fines o intereses que el Derecho protege, en lugar de documentos diversos (como los trabajos preparatorios) concebidos en tanto indicios de la voluntad de un individuo o de una asamblea entendida concretamente. (Malavé, 2018: 38).

Este es de los argumentos más importantes y presupone entender las normas no únicamente como actos de voluntad (del legislador) sino cómo actos de razón, para desentrañar el propósito o finalidades de la norma.

Ejemplo: “El nombre “seguro de desocupación” era la forma que se utilizó para representar esa voluntad. Si dejamos de lado la voluntad del constituyente, por la mera literalidad del término, estaríamos ocasionado lo contrario a lo que se pretendía, porque lejos de proteger al trabajador, lo estaríamos desprotegiendo al comprometer el sentido del auxilio de cesantía. Por el contrario, una interpretación teleológica o finalista de la norma, tomando en cuenta las discusiones en actas, permite considerar como válida la tesis sostenida por el propio Presidente de la Asamblea Legislativa, en el sentido de que lo que se pretende en la actualidad es “un sistema de protección a desempleados”, conforme a la propia voluntad de la Organización Internacional del Trabajo. “Sala Constitucional, resolución: N°1739-2008.

Equitativo – equidad	<p><i>En la tradición jurídica, sin duda alguna, el argumento de la equidad es uno de los más antiguos, como tal aparece ya en el derecho griego. De ella se ocupa Aristóteles, en su Ética Nicomaquea, y se refiere a la equidad, en griego epiqueya, como la prudente adaptación de la ley general, a fin de aplicarla al caso concreto. Para el Estagirita, la epiqueya era, en sí, una forma de justicia... se entiende la palabra equidad (epiqueya) para denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa), que sea justa, esto es, que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como de aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para el caso particular... En conclusión, la equidad ... en el sentido aristotélico del término, es una interpretación razonable. La equidad no pretende, de modo alguno, “corregir” la ley, sino que es el modo como el juez, en todo caso, debe interpretar la ley para arribar a una conclusión más justa y así resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción. Así, al hacerlo de este modo, el sentenciador, lejos de apartarse de su deber de obediencia al ordenamiento jurídico positivo, da a éste su más perfecto cumplimiento. ¿Por qué?, porque el legislador, por medio de las leyes generales y abstractas que emite se propone, o tiene por finalidad, lograr el mayor grado posible de la realización de la justicia y de los valores que ésta implica en una sociedad determinada. En consecuencia, si el juzgador trata, o de hecho interpreta las leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos concretos aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace otra cosa que servir con exactitud al mismo fin que se propuso el legislador. (Dehesa, 2010: 611-613).</i></p>
<p><i>Ejemplo: “[...] el principio de equidad procura encontrar una solución justa para el caso concreto, atendiendo para tales efectos a las circunstancias particulares del caso y a las posibles consecuencias de aplicar determinada normativa en cierta forma [...] Lo anterior, sin atender a las circunstancias particulares del caso, a la protección especial que el Estado debe brindar a la madre y al niño en virtud del artículo 51 constitucional y los efectos de una exclusión del registro de elegibles (imposibilidad total de volver a ser tomada en cuenta a efectos de ser nombrada en propiedad en un puesto de la clase y especialidad de la nómina N°...). En virtud de lo anterior, se observa que la resolución de la DGSC, en el sentido de excluir a la recurrente de la lista de elegibles, resulta ser contraria al principio de equidad [...]” Sala Constitucional, resolución: N° 3921-2016.</i></p>	
Pragmático	<p><i>De modo general, se ha definido el argumento pragmático, en el campo del derecho, como un argumento consecuencialista. Basado en las consecuencias. Sobre este argumento Perelman ha dicho que: Llamamos argumento pragmático aquel que permite preciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este argumento desempeña un papel esencial, hasta tal punto de que algunos han querido ver en ello el esquema único que posee la lógica de los juicios de valor; para apreciar un acontecimiento es preciso remitirse a los efectos. El argumento pragmático que permite apreciar algo con arreglo a sus consecuencias presentes o futuras tiene una importancia directa para la acción. (Dehesa, 2010: 647-648).</i></p>
Económico	<p><i>Se basa en la creencia de que el legislador es económico, no redundante, es decir, un legislador que al elaborar el derecho tiene en cuenta todo el ordenamiento jurídico en vigor y sigue los criterios de economía y no repetición. El intérprete no debe poner de manifiesto la redundancia del legislador al atribuir significados a enunciados normativos, puesto que hacerlo supondría ir en contra de la voluntad del legislador... Se considera que en un ordenamiento jurídico no hay redundancias y que, de haberlas, son siempre redundancias aparentes que se resuelven interpretando uno de los enunciados aparentemente redundantes en un sentido que deje de serlo. (Dehesa, 2010: 737-738).</i></p>

<p>Autoridad – ab exemplo</p>	<p><i>Mediante el argumento por autoridad o ab exemplo se recurre a la cita de la jurisprudencia y de la doctrina para dar, o en su caso reafirmar o reforzar, la o las razones que se dan para sostener una tesis. En el primer caso, el recurso a la jurisprudencia se ha dividido en tres grandes apartados que son los siguientes:</i></p> <p><i>Recurso a la jurisprudencia como ejemplo.</i></p> <p><i>II. Recurso a la jurisprudencia como ilustración.</i></p> <p><i>III. Recurso a la jurisprudencia como modelo.</i></p> <p><i>No debe olvidarse que, en consonancia con la definición de Tarello, quien se refería al argumento de autoridad por el que “a un enunciado normativo le es atribuido aquel significado que ya le había sido atribuido por alguien, y por ese sólo hecho”, habrá que preguntarse, ¿quién le ha atribuido tal significado? y, en consecuencia, ¿qué prestigio o autoridad le reviste para tal efecto? (Dehesa, 2010: 477-478)</i></p>
--------------------------------------	---

Argumentos retóricos

<p>A contrario sensu</p>	<p><i>En este tipo de argumento se presupone que la norma forma parte de un sistema cerrado, es decir, que lo que no es aceptado o permitido expresamente por la norma, es prohibido por ésta –y viceversa–. En estos casos se dice que la norma es de interpretación estricta. (Malavé, 2018: 27).</i></p> <p><i>Se ha notado que en lo relativo al argumento a contrario deben destacarse cinco caracteres que son los siguientes:</i></p> <p><i>I. Es un argumento que se utiliza como instrumento de interpretación lingüística o literal.</i></p> <p><i>II. Bajo ninguna circunstancia le es factible abandonar del texto que pretende interpretar.</i></p> <p><i>III. Se caracteriza por inclinarse a realizar una interpretación restrictiva, en atención a que limita en forma cuidadosa los significados de un texto, al proponer que no todos los significados sugeridos por la letra del texto o por otros textos son adoptados.</i></p> <p><i>IV. Tiene como condición para su utilización el silencio de la ley, esto es, que el supuesto que se pretende argumentar no esté regulado.</i></p> <p><i>V. El argumento a contrario se basa en la presunta voluntad del legislador, es decir, que si el legislador no lo ha regulado es porque así lo ha querido; sólo se puede deducir la voluntad del legislador a partir de sus palabras. (Dehesa, 2010: 692-693).</i></p>
---------------------------------	---

Ejemplo: “En concordancia con lo hasta aquí acotado, el numeral 40 del Código Procesal Penal, advierte que la acción civil resarcitoria podrá ejercerse en el proceso penal, si se mantiene la persecución penal; a contrario sensu al estimarse prescrita la acción penal, no podría surgir la civil, al encontrarse supeditada a aquélla” Sala Tercera, resolución: Nº 01343 – 2021.

A fortiori	<p>La expresión latina <i>a fortiori</i> puede ser definida de diversos modos de los que se distinguen dos fundamentales: I Se dice que un razonamiento es <i>a fortiori</i> cuando contiene ciertos enunciados que se supone refuerza la verdad de la proposición que se intenta demostrar, de tal modo que se dice que esta proposición es <i>a fortiori</i> verdadera. El <i>a fortiori</i> representa el tanto más cuanto que con que se expresa en forma gramatical el hecho de que a una parte de lo que se aduce como prueba viene a agregarse la otra parte, sobreabundando en lo afirmado. Con frecuencia se usa este tipo de razonamiento cuando se quiere anular toda objeción posible (y considerada verosímil) contra lo enunciado. II Argumento <i>a fortiori</i> se llama también a un razonamiento en el cual se usan adjetivos comparativos tales como “mayor que”, “menor que”, “a mayor razón”, de tal suerte que se pasa de una proposición a la otra en virtud del carácter transitivo de tales adjetivos. (Dehesa, 2010: 671).</p>
<p>Ejemplo de este razonamiento lo constituye el artículo 51 incisa a) del Código Procesal Penal, sobre las reglas de competencia en causas conexas. Que se ajusta al brocardo “el que puede lo más puede lo menos”. Pues el tribunal colegiado podrá juzgar delitos de competencia unipersonal.</p> <p>Otro ejemplo:</p> <p>“Establecido lo anterior, si en otras latitudes se les reconocen a los militares su libertad de expresión, lógicamente con ciertas limitaciones, tal y como se estableció supra, <i>a fortiori</i>, esta debe reconocérsele a los miembros de las fuerzas de policía, máxime que este Tribunal, en la sentencia N° 017027-12, estableció que las manifestaciones públicas constituyen un ejercicio de esa libertad, concretamente se expresó que, “[...] en el marco de una sociedad democrática, tolerante y de libertad, el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica, reviste un interés social imperativo.” Sala Constitucional, resolución: N° 05115-2017.</p>	
Argumento apagógico (reducción al absurdo)	<p>La reducción al absurdo (<i>reductio ad absurdum</i>) es una forma de argumentación compleja que se usa para negar, desechar o cuestionar proposiciones o afirmaciones. Los argumentos por reducción al absurdo tienen por objeto demostrar que si suponemos la verdad o aceptabilidad de una afirmación, llegaremos a una conclusión contradictoria (o absurda, en sentido amplio), de manera que no es aceptable dicha afirmación. Aunque la estrategia de reducción al absurdo más conocida es deductiva (de conclusiones necesarias) —y es usual en pruebas matemáticas y lógicas—, en el derecho son más comunes los argumentos de reducción al absurdo cuyas conclusiones son meramente plausibles (es decir, que se mantienen mientras no se pruebe lo contrario). En el Derecho es muy popular argumentar mediante una estrategia de reducción al absurdo con las particularidades propias de ese tipo de discurso. En ese caso el objetivo es cuestionar o rechazar una interpretación normativa demostrando que sus consecuencias están en conflicto con alguna norma o algún principio aceptado. (Malavé, 2018: 50-51).</p> <p>El argumento apagógico se define en el mundo del derecho como aquel argumento que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce. (Dehesa, 2010: 708).</p>
<p>Ejemplo: “[...] respecto a la supuesta violación de los principios rectores de la sana crítica, concretamente las reglas de la psicología, debe apuntarse que la existencia de un vínculo parental entre un testigo y el ofendido (o el imputado), no descalifica, por sí solo, su testimonio. Proponer lo contrario resultaría, por reducción al absurdo, en la necesidad de afirmar que toda persona, cuando declara sobre conductas de sus parientes, miente para favorecerlos, lo cual resulta obviamente inaceptable.” Sala Tercera, resolución N° 0489-1995.</p>	

De la lista no taxativa de argumentos o criterios de interpretación jurídica recién expuestos, se puede apreciar que algunos son propios de una visión formalista y mítica del derecho. Otros son herramientas conceptuales útiles a enfoques del derecho, tales como el postpositivismo.

En la Unidad VII, se analizará la forma en que muchos de estos argumentos encajan en la solución de asuntos judiciales integrando verdaderas concepciones normativas que orientan a la persona juzgadora en la aplicación de la ley.

EJERCICIO

Busque un ejemplo en la jurisprudencia sobre los argumentos jurídicos de cada grupo sugerido por Zuleta. Escoja un argumento de cada grupo:

- argumentos lingüísticos
- argumentos históricos
- argumentos sistemáticos
- argumentos teleológicos
- argumentos retóricos

Bibliografía

- **Aguiló, J.** (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa*. N.º 30, Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras>
- **Arroyo, J. y Rodríguez, A.** (2002). *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. Editorial Jurídica Continental, San José.
- **Atienza, M.** (10 de noviembre de 2014). Ponderación y sentido común. Publicado en el blog *La Mirada de Peitho* del profesor Manuel Atienza.
- Disponible en internet: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>
- _____ (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- **Bernal, C.** (2003). Estructura y límites de la ponderación. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa*. N.º 26. Universidad de Alicante.
- **Canale, D. & Tuzet, G.** (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Lima: Editorial Palestra.
- **Dehesa, G.** (2010). *Introducción a la retórica y a la argumentación jurídica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 6.ª edición. México.
- **Dei Vecchi, D.** (2019). La no tan sana crítica racional. En: *Letra: Derecho Penal*. Año VI. N.º 9.
- Disponible en internet: <https://www.enletrapenal.com/single-post/2019/11/30/la-no-tan-sana-cr%C3%ADtica-racional>
- **Echave, D. y otros.** (2008). *Lógica, proposición y norma*. 7.ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- **Ferrajoli, L.** (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 7.ª edición. Madrid: Editorial Trotta.
- **Ferrer, J.** (2018). «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea». En PAPAYANNIS y otros: *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.
- **Gascón, Marina.** (2014). *Argumentación jurídica*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- _____. (2013). «Prueba científica. Un mapa de retos». En: *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Vázquez, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons.
- _____. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3.ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- _____ y García, A. (2003). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra.
- **González Lagier, D.** (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N.º 23.
- Disponible en internet: <http://www.rtd.es/numero23/04-23.pdf>
- _____. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Editorial Fontamara.
- **González, G.** (2007). *Principios de metodología jurídica*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- **Lluch, X.** (2015 a). *Las reglas de la sana crítica. Probática y derecho probatorio*. Madrid: Editorial La Ley.

- _____ (2015 b). Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica. *Diario La Ley*. N.º 8659, España.
- **Malavé, L.** (2018). *40 argumentos fundamentales en el debate jurídico*.
- Disponible en *internet*: <https://argumentacionyderecho.teachable.com/p/libro-40-argumentos-juridicos>
- **Marafioti, R.** (2003). *Los patrones de la argumentación. La argumentación de los clásicos y en el siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- **Vázquez Rojas, Carmen.** (2015). «La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales». *Revista Doxa*. N.º 38.
- **Peyrano, J.** (Junio de 2011). Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las Reglas de la Sana Crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? En: *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. N.º 25. Santiago.
- **Ródenas, Ángeles.** (2015). Normas regulativas: principios y reglas. En: *Conceptos básicos del derecho*. González Lagier, D. (Coord.). Madrid: Marcial Pons.
- **Zuleta, E.** (2005). *Interpretación de la Ley. Casos y materiales para estudio*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

<p>1</p>	<p>AXIOLÓGICO / AXIOLOGÍA</p> <p>La axiología es una rama de la Filosofía que estudia los valores. La axiología se aplica también a otros ámbitos como el Derecho y la Pedagogía, en el que aparecen temas de carácter axiológico. En ocasiones se utilizan los términos Filosofía de los valores y Teoría de los valores.</p> <p>Esta palabra procede del francés axiologie. Está formada con los términos griegos ἄξιος ('digno', 'valioso', 'con valor') y λόγος (logos, que en este caso se puede traducir como 'estudio', 'teoría', 'tratado').</p> <p>La axiología jurídica es el estudio de los valores jurídicos en la creación y aplicación de normas jurídicas. Es uno de los objetos de estudio de la Filosofía del Derecho. En ocasiones se utilizan otros términos como Teoría del Derecho Justo o Teoría de la Justicia, destacando la importancia del valor de la justicia en este ámbito.</p> <p>https://www.significados.com/axiologia/</p>
<p>2</p>	<p>CERTEZA</p> <p>1. f. Conocimiento seguro y claro de algo.</p> <p>Sin.: certidumbre, evidencia, verdad, seguridad, convencimiento, convicción, certitud.</p> <p>Ant.: duda, incertidumbre.</p> <p>2. f. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar.</p> <p>https://dle.rae.es/certeza?m=form</p> <p>La certeza es la conciencia de saber que conocemos la verdad. En este sentido, como certeza denominamos el conocimiento seguro y claro que se tiene de algo y que no deja lugar a dudas.</p> <p>La certeza, en este sentido, no se limita a la idea de que sabemos la verdad, sino que se refiere al estado de conocimiento según el cual estamos conscientes de que poseemos la verdad.</p> <p>De allí que tener certeza de algo es saberlo con convicción, con seguridad e, incluso, con evidencia de que lo que se sabe es, efectivamente, verdadero: "Tengo la certeza de que llovió durante la madrugada, pues el suelo del parque está mojado". Así, la certeza también se asocia a la confianza que se tiene en la información que se maneja.</p> <p>https://www.significados.com/certeza/</p>

3 CONVICCIÓN

1. f. convencimiento.

Sin.: convencimiento, persuasión.

Ant.: duda, inseguridad.

<https://dle.rae.es/convicci%C3%B3n?m=form>

La definición de este término es convencimiento, creencia firme.

También puede referirse a una idea ética, mística, religiosa, política en la que se cree sólidamente.

En Derecho Procesal se denomina libre convicción a uno de los métodos mediante el cual se aprecian las pruebas en los juicios. Considerando que la convicción de quien juzga debe realizarse libremente, se puede explicar esto en el sentido de que un juez tiene la libertad de apreciar las pruebas, y formar su certeza a partir de analizar las pruebas fundamentales producidas, sin arbitrariedades.

<https://diccionarioactual.com/conviccion/>

4 HOLÍSTICO / HOLISMO

Holístico es un adjetivo que indica que algo es relativo o pertenece al holismo. Se forma a partir del término griego ὅλος (hólos, que en español significa 'total', 'todo', 'entero').

En términos generales, holístico indica que un sistema y sus propiedades se analizan como un todo, de una manera global e integrada. Desde este punto de vista, su funcionamiento solo se puede comprender de esta manera y no solo como la simple suma de sus partes.

Holístico, se suele aplicar a términos como planteamiento, pensamiento, paradigma, enfoque, concepto o programa para significar que se utiliza una visión integral y completa en el análisis de una realidad.

El término holístico aparece en diversas disciplinas como la filosofía, la biología, la psicología o la educación. Algunas palabras y términos que en ocasiones se utilizan con un significado similar pueden ser 'sistémico', 'global' y 'en conjunto'.

<https://www.significados.com/holistico/>

5	<p>INDICIO</p> <p>Señal o acción que posibilita conocer o inferir la existencia de un fenómeno no percibido. Lo que permite deducir lo que está oculto. Conjetura derivada de las circunstancias características que rodean un hecho. Juicio lógico por el cual se aplica una regla devenida de la experiencia cotidiana a un hecho conocido, y de ahí deducir o inducir otro hecho hasta entonces desconocido. Pista que permite conocer, parcial o completamente, acerca de algo dudoso o desconocido. Vestigio, rastro, huella. Pequeña cantidad de algo. <i>En los pulmones del fallecido había indicios de nicotina.</i></p> <p>https://diccionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/indicio</p>
6	<p>INMEDIACIÓN</p> <p>Cualidad de lo que es muy cercano o próximo en el tiempo o en el espacio. Nominación que se refiere a la presencia del juez al momento de la presentación de las pruebas o en diligencias procesales.</p> <p>Diccionario Usual del Poder Judicial - inmediación (poder-judicial.go.cr)</p> <p>Principio que consigna la necesidad de que los sujetos procesales reciban la prueba de forma directa, sin alteración y de manera simultánea. <i>“Se dice que en la inmediación [de la prueba], los juzgadores y las partes son insustituibles, precisamente porque es un elemento complejo que está en garantía de una mejor y correcta apreciación de la prueba y que además, se complementa e integra con la posibilidad de interrogar al testigo”.</i></p> <p>Diccionario Usual del Poder Judicial - inmediación de la prueba (poder-judicial.go.cr)</p>
7	<p>ONTOLÓGICO / ONTOLOGÍA</p> <p>Ontológico es el adjetivo que indica que algo es relativo o perteneciente a la ontología, es decir, a la rama de la filosofía metafísica que estudia la naturaleza del ser en cuanto ser, y busca determinar las categorías fundamentales de la existencia y la realidad, así como la manera en que estas se relacionan entre sí.</p> <p>https://www.significados.com/ontologico/</p>

8	PARADIGMA 1. m. Ejemplo o ejemplar. Sin.: prototipo, modelo, arquetipo, ejemplo, ejemplar1, muestra, pauta, canon. 2. m. Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento. El paradigma newtoniano. Sin.: teorema. 3. m. Ling. Relación de elementos que comparten un mismo contexto fonológico, morfológico o sintáctico en función de sus propiedades lingüísticas. https://dle.rae.es/paradigma?m=form Un paradigma es todo aquel modelo, patrón o ejemplo que debe seguirse en determinada situación. En un sentido amplio, un paradigma es una teoría o conjunto de teorías que sirve de modelo por seguir para resolver problemas. https://www.significados.com/paradigma/
9	PONDERACIÓN /PONDERAR 1. tr. Determinar el peso de algo. 2. tr. Examinar con cuidado algún asunto. Sin.: sopesar, considerar, calibrar, analizar, estudiar, examinar. 5. tr. Contrapesar, equilibrar. https://dle.rae.es/ponderar?m=form

<p>10</p>	<p>PRESUNCIÓN</p> <p>1. f. Acción y efecto de presumir.</p> <p>Sin.: suposición, sospecha, conjetura, creencia, presupuesto, imaginación,</p> <p>2. f. Der. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado.</p> <p>https://dle.rae.es/presunci%C3%B3n?m=form</p> <p>Hecho o situación que el Derecho o la ley dan por cierta y la aceptan anticipadamente como axiomática. > axiomático. Razonamiento o inferencia lógica que el legislador o el juez realizan a partir de un hecho conocido para determinar la existencia de otro ignorado.</p> <p>https://diccionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/presunci%C3%B3n%20legal</p>
<p>11</p>	<p>QUAESTIO FACTI</p> <p>Es una expresión latina que se traduce literalmente como “cuestión de hecho”. En el ámbito del derecho, se utiliza para referirse a las cuestiones o controversias que conciernen a los hechos concretos de un caso jurídico, en contraposición a las cuestiones de derecho (Quaestio Iuris).</p> <p>Las cuestiones de hecho generalmente se refieren a la existencia, ocurrencia o manera en que sucedió un evento. Por lo general, implican la evaluación e interpretación de hechos y pruebas, lo que requiere la consideración de testimonios, los documentos, informes periciales y otros medios de prueba.</p> <p>https://www.aurum.com.br/blog/glossario-juridico/quaestio-facti/</p>
<p>12</p>	<p>QUAESTIO IURIS</p> <p>Quaestio Iuris es una expresión latina que se traduce literalmente como “cuestión de derecho”. En el ámbito jurídico, se utiliza para referirse a cuestiones que implican la interpretación o aplicación de normas jurídicas, en contraste con las cuestiones de hecho (Quaestio Facti).</p> <p>La Quaestio Iuris a menudo aborda preguntas sobre cómo debe interpretarse y aplicarse la ley a un conjunto específico de hechos. En muchos sistemas jurídicos, corresponde exclusivamente al juez decidir sobre las cuestiones de derecho.</p> <p>https://www.aurum.com.br/blog/glossario-juridico/quaestio-juris/</p>

13 REFUTACIÓN

1. f. Acción y efecto de refutar.
2. f. Argumento o prueba cuyo objeto es destruir las razones del contrario.
3. f. Fil. Silogismo que tiene como conclusión la proposición que niega otra conclusión.
4. f. Ret. Parte del discurso comprendida en la confirmación y cuyo objeto es rebatir los argumentos aducidos o que pueden aducirse en contra de lo que se defiende o se quiere probar.

<https://dle.rae.es/refutaci%C3%B3n?m=form>

14 RATIO DECIDENDI / OBITER DICTA

El término jurídico «ratio decidendi» se refiere a la razón o fundamento principal que sustenta una decisión judicial. Es el razonamiento jurídico utilizado por un tribunal para llegar a una conclusión en un caso específico. La ratio decidendi es importante porque establece un precedente legal que debe ser seguido en casos similares en el futuro.

<https://palabrasdelaley.com/ratio-decidendi/>

OBITER DICTA

Cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada.

<https://dpej.rae.es/lema/obiter-dictum>

Obiter dictum (o, en plural, obiter dicta) literalmente significa “dicho de paso”, y es una expresión latina que hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal pero que no tienen poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAmtMSbF1jTAAAUNjY3MztlLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsINFYDUAAAA=WKE#:~:text=Obiter%20dictum%20%28o%2C%20en%20plural%2C%20obiter%20dicta%29%20literalmente,poder%20vinculante%2C%20pues%20su%20naturaleza%20es%20meramente%20complementaria.

Unidad VII

Decisión jurisdiccional y modelo de persona juzgadora. Aportes metodológicos desde el postpositivismo y el realismo crítico

Los realistas fueron quienes nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo.
J. Boyle²³¹

El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada).
M. Atienza²³²

[...] las fundamentaciones realistas presuponen aceptar una ética de la responsabilidad de los propios jueces por buena parte de las consecuencias prácticas que acarrear sus fallos, ya que el jurista realista no tiene ambages en reconocer que a menudo el “marco” legal tolera márgenes de interpretación y que estos permiten al intérprete autorizado inclinarse ya sea por unas u otras soluciones jurídicas.

E. P. Haba²³³

231 (Haba, 2008: 33). Citado por Juan Antonio Pérez Lledó. (1996). *El movimiento “critical legal studies”*. Madrid: Tecnos.

232 Atienza, 2013: 29.

233 Haba, 2002: 52.

Introducción

En esta última unidad, luego de lo desarrollado en la Unidad VI, relativo a la sentencia judicial, es oportuno retomar el esbozo de las concepciones jurídicas postpositivista y realista crítica, para transitar, sin pretensión de exhaustividad, por claves y elementos metodológicos de los que se emplean en ambas propuestas para dar cuenta de la solución de conflictos jurídicos mediante la motivación de la sentencia judicial.

Para esta última unidad, se debe hacer un repaso del contenido de la Unidad II, pues allí se realizó un bosquejo o caracterización tanto del postpositivismo como del realismo jurídico.

A partir de los aportes conceptuales y de orden práctico, se espera de estas concepciones del derecho que la persona juzgadora adopte, según su criterio, la propuesta que estime más útil y apropiada a la función jurisdiccional. De igual manera, a partir del análisis de ambas concepciones jurídicas, así como las observaciones críticas que se expondrán, respecto al perfil profesional de la persona juzgadora, se pretende que tales insumos sirvan para la reflexión personal y la construcción de una identidad propia como juez o jueza de la república.

Objetivos específicos

- 1) Identificar los criterios de racionalidad práctica relevantes para el abordaje de procesos judiciales desde la perspectiva postpositivista.
- 2) Analizar la aplicación de los criterios de racionalidad práctica, así como las ideas aristotélicas para la solución de problemas interpretativos de los casos judiciales, desde la perspectiva postpositivista.
- 3) Identificar la metodología realista crítica y sus cuatro pasos o niveles de abordaje para la resolución de casos judiciales.
- 4) Identificar los deberes internos de la práctica de la jurisdicción (aplicación del derecho, independencia e imparcialidad) para incorporarlos en el ejercicio profesional de la judicatura.
- 5) Caracterizar los modelos descriptivos sobre la persona juzgadora y de concepciones jurídicas acerca de la decisión judicial, como elementos para la elaboración de un perfil propio de persona juzgadora.
- 6) Analizar las propuestas de las concepciones postpositivista y realista – crítica del derecho como insumos para la adopción de un modelo propio de ejercicio de la judicatura.

Tema 1. Preámbulo aclaratorio sobre el positivismo jurídico

Antes de retomar en esta unidad lo que se había asentado en la Unidad II, es muy importante indicar que el positivismo jurídico no equivale a positivismo formalista, sino que ciertas formas de entender el derecho positivo devienen en formalismo²³⁴. En palabras del profesor Josep Joan Moreso, citado por Atienza y Ruíz Manero, el tema se enfoca de la siguiente manera:

234 “Como se sabe, Bobbio distinguía, en una serie de trabajos del inicio de los años sesenta del pasado siglo, entre el positivismo **como enfoque o modo de acercarse al estudio del Derecho**, el positivismo **como teoría del Derecho** y el positivismo **como ideología** [...] formalismo al que Bobbio identificaba con el positivismo jurídico como teoría: por ejemplo, la consideración del Derecho como dotado de plenitud hermética o la concepción logista de la interpretación y aplicación”. (Lo resaltado no es del original). (Atienza & Ruíz Manero, 2007: 10 y 12).

José Juan Moreso ha escrito recientemente un texto que, recogiendo básicamente los planteamientos anglosajones al respecto, es muy representativo del estado actual de la discusión a propósito de la caracterización y de los tipos de positivismo jurídico. Moreso parte de la usual caracterización del mismo a partir de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre el Derecho y la moral que conjuntamente llevan a defender la idea de que la identificación del Derecho no depende de criterios morales. Pero esta afirmación básica del positivismo jurídico puede entenderse de tres maneras distintas, y de ahí la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: **el positivismo jurídico duro o excluyente** la entiende en el sentido de que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; **el positivismo jurídico blando o incluyente** afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una **regla de reconocimiento compleja** que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación; y, finalmente, el **positivismo jurídico axiológico o normativo** sostiene que esa identificación debería no depender de criterios morales. (Lo resaltado no es del original). (Atienza & Ruíz Manero, 2007: 15).

Los profesores Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero (2007) indican que, si bien existen versiones del positivismo jurídico —positivismo incluyente, por ejemplo— más refinadas que otras del pasado y pretenden incorporar cierta dimensión valorativa por medio de la *regla de reconocimiento*, aun así resultan desfazadas por el cambio que ha sufrido el derecho desde la aparición del constitucionalismo de la segunda postguerra, tema que se trató ampliamente en la Unidad II, tema 1.4, pero se puede referir aquí de la siguiente forma:

Moreso ha sintetizado muy bien la que parece ser argumentación básica de este tipo de positivismo: 1) hay un desacuerdo profundo en cuanto a los criterios de corrección moral; 2) si se quiere respetar la autonomía de las personas, hay que regular la conducta mediante normas claras y precisas; 3) si se identificara el Derecho (o sea, lo permitido, prohibido u obligatorio) recurriendo a criterios morales, entonces se sacrificaría el valor de certeza y, por tanto, el de autonomía de las personas; 4) por lo tanto, el Derecho debe identificarse sin recurrir a la moral. Y creemos que tiene también razón al mostrar... cuáles son los puntos débiles de la anterior argumentación: 1) en la moral hay desacuerdos en cuestiones relevantes, pero de ahí no se sigue que se trate de un desacuerdo absoluto; 2) lo que mejor protege el valor de la autonomía son reglas claras y precisas, pero que incorporen “cláusulas de derrotabilidad moral”; esto último, en nuestra opinión, es otra manera de decir que el Derecho, en el contexto del Estado constitucional, no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos (los principios) tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas... La debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, irrelevante y, por otro lado, en que si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, el positivismo resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional. (Atienza & Ruíz Manero, 2007: 20 -21).

Tanto desde la perspectiva del postpositivismo que pone su énfasis en la solución de los casos *difíciles*, como del realismo crítico, no se pretende dejar de lado la vigencia del derecho positivo, ni la realidad empírica comprobada acerca de que buena parte del ordenamiento jurídico positivo permite la aplicación de las normas de manera silogística sin mayor dificultad, como lo puntualiza el profesor Haba:

Acotación.— Lo dicho no implica negar que también en muchos casos hay textos del derecho que se entienden de ciertas maneras que nadie discute. No pretendo afirmar que todo en el derecho sea discrepancias; en tal caso se viviría en un completo caos, ninguna sociedad puede resistir más que ciertos grados de incertidumbre sobre lo establecido como normas oficiales de convivencia. Existen numerosas disposiciones jurídicas que, sea por las razones que fuere, aparecen como indiscutibles en todo o en partes sustanciales de su contenido preceptivo, por lo menos durante un tiempo. Respecto a las disposiciones que de hecho se entienden uniformemente, y mientras ello sea así (esto puede cambiar ante nuevas situaciones o por influencias de ideologías sociales), bien

puede decirse que los textos jurídicos respectivos son “claros”, que su sentido no admite dudas. Las incertidumbres que importan son aquellas que se dan en la práctica misma del derecho: por ejemplo, cuando lo que se discute es justamente la “claridad” de cierta disposición [...] y en general cuando se trata de conceptos jurídicos muy indeterminados. (Haba, 2002: 36-37).

Así aclarado, lo que se dirá en los siguientes temas debe circunscribirse a discusiones jurídicas que requieren una labor interpretativa más profunda y compleja.

Tema 1.1. Esquema de razonamiento interpretativo de las normas, según la concepción jurídica que se proponga

De previo a desarrollar las ideas y conceptos de las concepciones jurídicas mencionadas, resulta necesario mencionar que Damiano Canale y Giovanni Tuzet plantean que, dependiendo de la concepción del derecho que se adopte, así se entenderá el tipo de razonamiento que tiene lugar en la interpretación normativa, a partir de los argumentos jurídicos:

Una pregunta que no tiene fácil respuesta es cuál es la estructura lógica de las inferencias interpretativas (o integradoras): ¿abducciones? ¿deducciones? ¿de otro tipo?... Sabemos que es fácil estructurar deductivamente una inferencia una vez acomodadas las premisas. Sin embargo [...] cuando tales directivas indican resultados diferentes, el intérprete se encuentra en la incómoda situación de atemperar algunas y directamente violar otras. En efecto, si la directiva literal le indica una norma y la teleológica señala una diferente e incompatible con la anterior, el intérprete debe elegir cuál seguir y, en la motivación, deberá decir qué razones justifican tal elección.

Por el contrario, si las inferencias interpretativas se conciben como intentos de alcanzar el significado (más) correcto que puede ser atribuido a la disposición para el caso, o como inferencia a la mejor hipótesis interpretativa, su carácter es esencialmente abductivo... Este tipo de aproximación suele ser llamado, en el ámbito de la discusión analítica contemporánea, teoría cognitiva porque concibe la interpretación jurídica como el intento de alumbrar el significado (más correcto) de los textos normativos objeto de interpretación. Es la idea de un descubrimiento del significado, similar a los descubrimientos científicos. En la versión radical del cognitivismo, el significado correcto es solo uno (tesis de la “única respuesta correcta”), mientras que en las versiones moderadas de esta aproximación se habla de varios significados correctos entre los que habría que elegir el mejor para el caso. Para la teoría intermedia (o “mixta” o “ecléctica”), la interpretación jurídica consiste en el descubrimiento del significado cuando el texto es claro (o cuando el caso al que aplicar la norma es fácil), y en adscripción de un significado cuando el texto es oscuro (o cuando el caso es difícil).

Finalmente, para la teoría escéptica la interpretación jurídica consiste siempre en la adscripción de significado a un texto normativo. También aquí se pueden distinguir dos variantes. La variante radical concibe la interpretación como adscripción de cualquier significado, mientras que la variante moderada afirma que el intérprete no adscribe cualquier significado al texto, sino uno de los significados admisibles con base en las reglas o regularidades lingüísticas. En favor del escepticismo moderado, la afortunada metáfora del “marco” de los significados admisibles [...] permite dar cuenta, por un lado, de la pluralidad de cánones interpretativos y de sus resultados y, por el otro, de conservar una distinción que es esencial en todo sistema jurídico. A saber: la distinción entre interpretación y creación del derecho. Cuando el operador jurídico adscribe un significado que está dentro del marco, hay interpretación; cuando adscribe un significado que está fuera de aquel, hay creación de derecho. (Lo resaltado no es del original). (Canale & Tuzet, 2021:97-99).

De lo transcrito se puede concluir que las concepciones jurídicas formalistas se ubicarían en quienes sostienen que el razonamiento detrás de las inferencias interpretativas de las normas sería una operación deductiva. No obstante, como los mismos autores lo indican, tal idea se enfrenta a la necesidad de optar frente a varias líneas interpretativas, lo que, desde luego, no puede entenderse como un razonamiento deductivo —pues solo podría tener una respuesta válida, no varias por las que se podría optar—.

El planteamiento postpositivista se ubicaría dentro de la llamada *teoría cognitiva*, donde el esquema de razonamiento subyacente sería el abductivo —de la mejor explicación—.

En este punto, tiene plena vigencia lo indicado en el tema 1.3 de la Unidad II respecto a la idea de “*única respuesta correcta*” en la interpretación jurídica frente a un caso concreto, pues las tesis más radicales de la teoría cognitiva se ubicarían aquí. Posiciones más moderadas de esta teoría admitirían la posibilidad de varias respuestas interpretativas posibles, siendo viable optar por la que mejor se ajuste al caso específico.

Las teorías escépticas de la interpretación jurídica dirían que siempre se estará adscribiendo un significado, en su versión radical, cualquier significado podría adscribirse, mientras que un enfoque moderado diría que los significados en la interpretación serán los que coincidan con un “marco” de significados admisibles, aquí, como se verá, se ubica el realismo crítico.

Tema 1.2. Aportes desde el postpositivismo. Criterios de racionalidad práctica aplicables al derecho (universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, moral social y moral justificada)

El profesor Manuel Atienza, de quien se ha hecho referencia, a lo largo del presente texto, como un exponente del postpositivismo y, en particular, su enfoque argumentativo del derecho plantea como punto de partida para este tema algunas características que un buen argumento judicial debe tener:

Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido —deductivo o no—; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. Si nos fijamos también en la actividad de argumentar (y no sólo en el resultado), a las condiciones anteriores habrá que añadir el respeto de las reglas de la discusión racional por parte de los participantes en la argumentación, de los autores de la motivación [...]. (Atienza. 2013: 549).

Esta cita del profesor Atienza contiene, de manera muy sintética, los componentes de su planteamiento: concepción formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.

Adicionalmente, el maestro español menciona que el conocimiento sobre errores argumentativos frecuentes, tales como las falacias —y los sesgos cognitivos, se podría agregar— es necesario para complementar la idea de una buena argumentación.

Sin embargo, al ser el derecho una práctica en la que muchas de sus temáticas son doxáticas u opinables, se podría pensar que la argumentación judicial podría ser un ámbito carente de criterios de objetividad dado

el carácter indeterminado del derecho, según lo sostienen los escépticos. Frente a esta visión escéptica, el profesor Atienza plantea una respuesta desde diversas aristas:

En primer lugar, lo anterior no quita para que puedan existir criterios objetivos que las partes o quienes participan en una argumentación de cualquier otra manera son incapaces de reconocer, o bien no quieren hacerlo por cuestiones de interés personal, implicación política, deformación ideológica, etc. O sea, que la gente discrepe con respecto a cuál es la respuesta correcta (o verdadera) a una cuestión (concreta o abstracta, teórica o práctica), no quiere decir que esa respuesta no exista (o que sea imposible encontrarla).

En segundo lugar, pudiera ser que la objetividad en el Derecho tuviera que construirse en términos distintos —menos fuertes— que en la ciencia. Por ejemplo, podría aceptarse que los anteriores criterios no permiten determinar siempre una única respuesta (y, por tanto, argumentación) correcta para cada caso, pero no habría que pensar por ello que en este campo se carece de objetividad. La objetividad consistiría en que los criterios permiten, en todo caso, excluir muchas respuestas — muchas argumentaciones— como no correctas y muy a menudo (o por lo menos, frecuentemente) determinar una como la correcta.

En tercer lugar, cabría cuestionar también la falta de consenso que alega el argumento. De dos maneras. Una consistiría en señalar que, si se vincula la idea de objetividad a la de consenso, no tendría que serlo [...] al consenso fáctico, sino al consenso racional. De nuevo: las discrepancias de hecho no prueban que seres bien informados, con actitud imparcial y que actúen racionalmente también discreparían. Y la otra manera, en señalar que la falta de acuerdo en relación a cuál es la respuesta (la argumentación) correcta a un problema jurídico [...] no supone necesariamente falta de acuerdo en cuanto a los criterios que utilizar para evaluar una argumentación, sino en cuanto a su aplicación. De hecho, no sería difícil hacer una lista con las objeciones estándar que los juristas suelen esgrimir cuando critican una decisión judicial. Por ejemplo: carece de motivación o la misma es muy oscura y/o insuficiente; incurre en contradicción (a propósito de cuestiones de hecho o de Derecho); no aplica el Derecho vigente, o lo interpreta mal; comete algún error al dar como probado cierto hecho; es ad hoc, es decir, se basa en una razón, en un argumento, que no podría universalizarse; es incoherente, esto es, no es compatible con los principios y valores del ordenamiento jurídico, o bien (en cuestiones de hecho) con el conocimiento científico y la experiencia disponible; produce consecuencias inasumibles; contradice alguna norma de la moralidad social; va contra algún principio moral (con independencia de que el mismo sea o no asumido por la opinión pública o por la mayoría de la misma). Y, en fin, en cuarto lugar, negar que existan criterios objetivos implicaría también reconocer que no es posible una crítica (una crítica racional, fundada) de las decisiones judiciales, lo cual parece contradecir lo que son nuestras prácticas que, si tuvieran razón los escépticos, simplemente carecerían de sentido. Si (en los casos difíciles) no existen tales criterios, entonces lo único que queda es la autoridad; esto es, los jueces (digamos, los jueces supremos, los que ponen fin a las controversias) no podrían cometer errores: sus decisiones no sólo serían últimas, sino también infalibles. (Atienza, 2013, 550-551).

Al retomar el aludido tema de la posibilidad de la “única respuesta correcta” en el derecho²³⁵, Atienza sostiene

235 “[...] la cuestión de si existe o no una única respuesta para cada caso (susceptible de ser resuelto judicialmente) no puede ser (no es) contestada simplemente con un sí o un no. Las posiciones al respecto admiten muchos matices, muchas graduaciones, de manera que es posible ordenarlas de acuerdo con una escala que tomara en cuenta afirmaciones como las siguientes:

- 1) Existe una única respuesta correcta, que cabe extraer a partir de los principios del Derecho natural.
- 2) Existe una única respuesta correcta que deriva exclusivamente del Derecho positivo y de las reglas del método jurídico.
- 3) Existe una única respuesta correcta, pues cuando el Derecho positivo y el método jurídico no resultan suficientes, cabe acudir a la opinión de la comunidad en general o de la comunidad de los juristas o de los que gozan de mayor autoridad.
- 4) Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica.
- 5) Existe una única respuesta correcta, pero sólo como una idea regulativa en sentido kantiano.
- 6) La idea de la única respuesta correcta es simplemente una ficción que, sin embargo, cumple una función útil en el razonamiento jurídico.

que se trata de una idea graduable que puede ser asumida desde diferentes puntos de vista jurídicos — concepciones del derecho— y diferentes matices, sin que ello demerite la posibilidad de hablar de criterios de racionalidad que evidencien objetividad en el derecho.

Como se ha visto, quienes defienden algún tipo de objetividad en el Derecho apelan a una pluralidad de criterios, en parte coincidentes y en parte no. Los criterios lógico-formales (los de la lógica deductiva) son aceptados por todos o casi todos (incluidos los más escépticos), pero su cumplimiento supone verdaderamente un límite poco significativo: es relativamente difícil encontrar una sentencia en cuya motivación se hayan cometido errores lógicos en sentido estricto, esto es, errores inferenciales; a veces puede parecer que es así, pero suele bastar con añadir alguna premisa (que bien pudiera considerarse implícita) o con interpretar una de las premisas de cierta forma, para evitar esa impresión. Tampoco parecen suscitar dudas criterios de racionalidad muy básicos como, por ejemplo, la necesidad de ofrecer argumentos (y argumentos que puedan resultar comprensibles, que sean los relevantes para el caso y suficientemente completos) si se pretende justificar una decisión; o sea, puede haber dudas en cuanto a si se ha satisfecho o no el criterio, pero no en cuanto al criterio en sí. O el de no incurrir en contradicción, aunque aquí conviene hacer una precisión. La no contradicción es un requisito lógico que afecta a las premisas: fácticas o normativas. Naturalmente, el juez puede encontrarse con dos relatos de los hechos que sean contradictorios entre sí o con dos normas antinómicas que en principio podrían aplicarse a la situación. Pero si opta por uno de los dos relatos, ha de ser porque lo considera mejor fundado que el otro (y por eso no incurre en contradicción), y otro tanto cabe decir en relación con la norma que decida aplicar. O sea, una cosa es la argumentación vista como un proceso (en el transcurso del cual lo normal es que se formulen tesis contradictorias) y otra como un resultado (la motivación de la decisión, en donde no cabe —si pretende ser racional— que se asuman premisas que sean contradictorias entre sí). Una situación distinta es cuando el juez basa su decisión en un hecho que realmente no ha sido probado (según las reglas de la prueba correspondientes), o en una norma que es inválida (de acuerdo con los criterios de validez del sistema). Si aquí tiene sentido hablar de contradicción es porque se presupone (como una especie de premisa última del razonamiento judicial) la obligación de los jueces de obedecer (o, al menos, de aplicar) el Derecho vigente. De todas formas, los criterios de evaluación más importantes (y problemáticos) parecen ser los que hacen referencia a las nociones de universalidad, de coherencia, de aceptabilidad de las consecuencias, de moralidad social y de moral justificada (coincida o no con la moralidad social). Merece la pena examinarlos con un mínimo de detalle. (Atienza, 2013: 553-554).

A continuación, se analizarán los planteamientos que el profesor Manuel Atienza ofrece sobre los criterios de racionalidad.

7) No siempre existe una única respuesta correcta de acuerdo con el Derecho, aunque eso no quiere decir que no exista otro tipo de criterios objetivos o cuasi-objetivos (morales, económicos, etc.) que, de alguna forma, «guían» las decisiones de los juristas (de los jueces).

8) Casi nunca existe una única respuesta correcta. El Derecho fija únicamente unos márgenes para la decisión, pero, dentro de ellos, los juristas (los jueces) deciden en forma subjetiva e impredecible.

9) La noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces.

Por lo demás, incluso dentro de cada una de esas posturas sería posible establecer grados. Por ejemplo, en relación con 4 —la posición en la que, en principio, cabría ubicar a Dworkin— no es lo mismo afirmar que siempre hay una respuesta correcta, o bien que casi siempre la hay; y no es lo mismo afirmarlo de manera general, o bien únicamente en relación con algún tipo de sistema jurídico; etc. En la posición 7 se incluiría tanto la postura de positivistas metodológicos como Hart o Carrió (o MacCormick en su primera época; luego evolucionó hacia la posición defendida por Dworkin y por Alexy —la 5—), como la de partidarios del análisis económico del Derecho (Posner) o autores como Aarnio, cuya diferencia en relación con Alexy es que Aarnio entiende que los criterios del discurso racional están limitados a una forma de vida: la mejor (no la única) respuesta posible, para él, es la que resulta aceptable para la mayoría de una comunidad ideal (que respeta las reglas del discurso racional) pero particular (sus miembros comparten unos mismos valores básicos que pueden ser distintos a los de otra comunidad)". (Atienza, 2013: 552-553).

1. Universalidad

*El requisito de universalidad se aplica tanto en relación con problemas normativos como con problemas fácticos y, en realidad, está también implícito en el propio esquema de justificación interna; o sea, la premisa mayor —normativa— del silogismo judicial tiene que ser un enunciado de carácter universal: para todo x , si x es P , entonces debe ser también Q . En ese sentido, es un requisito de carácter lógico... Pero la universalidad implica algo más que ese requisito puramente lógico, cuando se entiende que esa noción es la que está detrás de lo que se ha llamado la «**regla formal de justicia**» (tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría [Perelman 1964]); del **imperativo categórico kantiano** (cuya primera formulación dice que se debe obrar de tal manera que uno pueda universalizar la máxima de su conducta); o de una de las **reglas fundamentales del discurso racional** (Alexy la formula así: «todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a , debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes» [Alexy 1989: 283]). En relación con problemas normativos, lo que quiere decir entonces la universalidad (en su sentido pleno, que no es puramente formal) es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*; que si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N' es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C . Resulta, pues, obvio, que la aceptación del criterio (que, de nuevo, pocos discutirían; no es ni más ni menos que la **regla del stare decisis** que rige la utilización de los precedentes) no impide que puedan existir dudas, desacuerdos, en cuanto a si un determinado caso (definido por una serie de propiedades) cae o no bajo una determinada categoría general (la de los casos que sean C o análogos a C). **Importa también aclarar que universalidad no es lo mismo que generalidad. O sea, la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser también aplicada de manera universal y, por ello, decidir según criterios de equidad significa ir en contra de la generalidad de una norma (introducir una excepción para evitar una mala consecuencia), pero no de su universalidad. Algo que ya sabía Aristóteles cuando afirmaba que lo equitativo es justo (y la justicia es una relación de igualdad), pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal (Ética a Nicómaco, V,10). El requisito de universalidad se aplica también a problemas de tipo fáctico. En la justificación externa de la premisa fáctica tiene que figurar también un enunciado de tipo universal, aunque el mismo sea de carácter probabilístico. Por ejemplo, la premisa podrá ser un enunciado que establezca que si se dan X , Y , Z (los hechos del presente considerados verdaderos: los hechos probatorios), entonces es probable que haya ocurrido otro hecho del pasado, P (el hecho que se trata de probar). Y el requisito de universalidad exigiría que esa premisa de tipo probabilístico se utilizará también en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias (a no ser, claro, que se trate de una ley científica o una máxima que hayan sido desmentidas por la experiencia). (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 553-554).***

En el siguiente tema, se desarrollará el criterio de universalidad a la luz del planteamiento original de Aristóteles. No obstante, puede adelantarse que se trata de un criterio indispensable para garantizar el principio de igualdad ante la ley, una vez que se haya realizado una ponderación donde se haya “construido una norma” que deberá ser aplicable a todos los casos iguales que a futuro se puedan presentar.

2. Coherencia

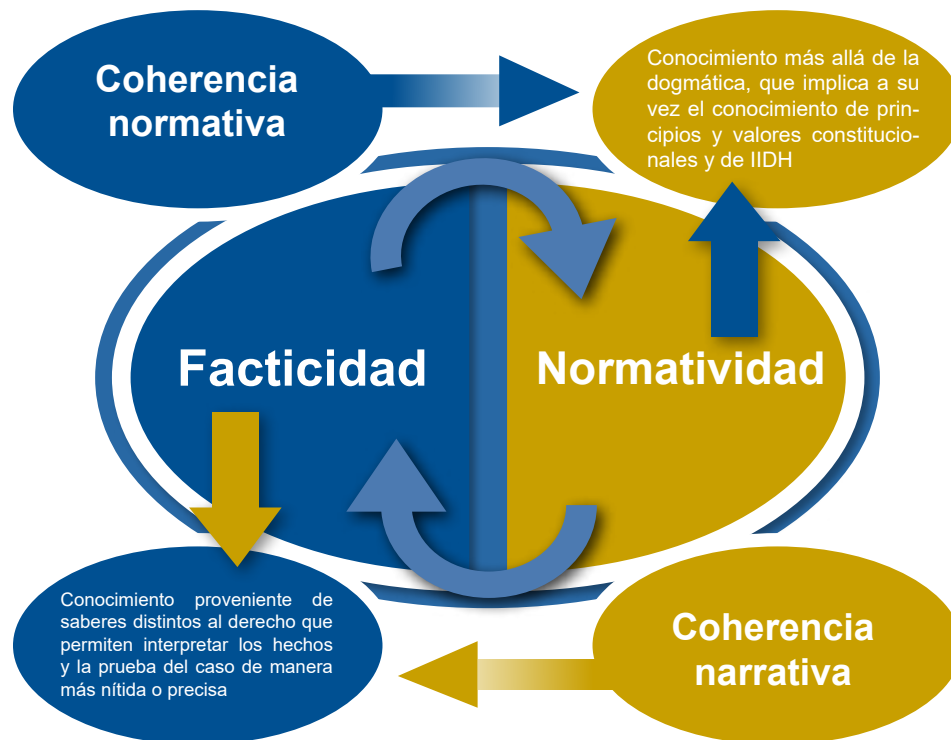
El criterio de la coherencia es central en la propuesta postpositivista, pues permite evidenciar las conexiones del planteamiento de Atienza con las dimensiones de análisis lingüístico, en especial, la dimensión pragmática que tiene que ver con el contexto normativo y fáctico de los casos sometidos a proceso judicial.

*La noción de coherencia juega hoy un papel muy importante, y no sólo en relación con el razonamiento jurídico; también en la epistemología, en la moral o en la lingüística existen muchas teorías de la coherencia. Quizás por ello a veces se emplea, en la teoría del Derecho, la expresión en un sentido muy amplio, que englobaría todos los criterios de justificación; una decisión o un razonamiento coherente sería sinónimo de justificado (y las teorías de la coherencia se contraponen a las deductivistas o formalistas: las que no tienen en cuenta las razones subyacentes a las normas). Aquí se utilizará la expresión en un sentido más restringido; la coherencia es uno de los criterios para evaluar los argumentos, pero no el único ni, necesariamente, el decisivo. **La idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías. Por eso, mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (resultar incompatible con alguna norma específica del sistema, con algún elemento probatorio) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada. Se dice que una norma (o un conjunto de normas) es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios y valores: los del ordenamiento. Así, frente a un problema interpretativo, la razón para interpretar la norma N en el sentido N' y no en el sentido N'' es que N' es la que resulta más acorde con los principios y valores del sistema; si se quiere, con los principios y valores interpretados de una cierta manera: de la forma que los hace más coherentes en relación con una cierta filosofía moral y política. Es importante darse cuenta de que los principios y valores del ordenamiento no son exactamente los mismos (o no deben interpretarse de la misma manera) en todas las ramas del Derecho, y también de que esos principios y valores cambian de ordenamiento en ordenamiento (aunque entre los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales exista una amplia base común), de manera que la coherencia normativa (también la narrativa, de la que ahora se hablará) es básicamente un criterio contextual. La coherencia narrativa es lo que permite considerar como probado un determinado hecho, una hipótesis fáctica, porque eso es lo que mejor encaja con una serie de hechos probatorios y con las leyes científicas, relaciones de causalidad, máximas de experiencia, etc., que nos permiten explicar el mundo. Como es más o menos obvio, esta noción de coherencia es lo que subyace al esquema de la abducción... La noción de coherencia es, por tanto, relativa (una norma, un hecho —o, si se quiere, los enunciados que aceptan la norma o afirman el hecho—, es coherente en relación con...) pero no es puramente formal, en cuanto remite a máximas de experiencia, teorías científicas, principios, valores con determinados contenidos. Es, además, dinámica, y en un doble sentido: lo que haya que entender por coherencia cambia a medida que lo hagan esas máximas, leyes, etc. ... En fin, la coherencia es lo que justifica también las dos formas de argumentar más características del Derecho (y quizás no sólo del Derecho) cuando estamos en una situación en la que no se trata únicamente de deducir, o sea, cuando en las premisas no contamos con toda la información necesaria y suficiente para arribar a la conclusión. Si la información de partida es insuficiente (existe una laguna), entonces argumentar significa agregar nueva información, y así es como se puede entender la analogía (en un sentido amplio, que incluye los argumentos a pari, a fortiori y a contrario: en este último caso se rechaza que pueda usarse la analogía, lo que supone también agregar información); y si es contradictoria, entonces se trata de suprimir un pedazo de información, para lo que sirve el argumento ad absurdum. En el argumento ad absurdum se elimina un fragmento de información (por ejemplo, una determinada interpretación normativa) para evitar la***

incoherencia; en la analogía, lo que se hace es agregar información, innovar (creando una nueva norma o ampliando el sentido de una ya existente), pero preservando las señas de identidad del sistema, la coherencia. (Atienza, 2013: 55-557).

En el siguiente cuadro, se puede visualizar la presencia del criterio de la coherencia tanto presente en el ámbito de la facticidad, los hechos del caso y la interpretación que resulte más adecuada al contexto probatorio del que se trate. Nótese que este criterio implica la metodología abductiva para la determinación de la verdad de los hechos a través de las reglas de la experiencia.

Debe recordarse que, en la Unidad VI, cuando se habló del concepto o teoría de la verdad como correspondencia, el criterio de la verdad como coherencia servía como auxiliar del primero en la valoración de la prueba, especialmente la prueba indiciaria. También se aprecia la coherencia normativa que exige una interpretación normativa tomando en consideración el contexto axiológico de un determinado ordenamiento, expresado en normas de rango superior, como lo son los derechos fundamentales y humanos vigentes.



Como se ha venido refiriendo a lo largo de varias unidades del presente texto, este criterio es el que permite estimar como la mejor solución jurídica a un caso específico la interpretación normativa que se ajuste o los principios de rango superior.

A modo de ejemplo: imagínese que X norma jurídica tiene varias posibilidades o formas de ser interpretada. Sin embargo, podría ser que una de estas interpretaciones tenga problemas o roces

respecto al principio de igualdad ante la ley; mientras que otra forma de interpretar la norma X permite plena armonía con el principio de igualdad. Aplicando el criterio de coherencia normativa, deberá preferirse la interpretación de la norma X que sea acorde con el valor de igualdad ante la ley.

3. Adecuación a las consecuencias

Este criterio, como se verá, tiene mucha relevancia cuando la decisión jurisdiccional tiene sus efectos proyectados hacia el futuro, como es el caso de las medidas cautelares, según lo visto en la unidad anterior. Ahora bien, también tiene relevancia en las decisiones que fallan por el fondo un caso, la aplicación de reglas de acción, donde lo decidido descansa sobre la corroboración de hechos pasados, pero debe entenderse con cautelas:

Mientras que la coherencia mira hacia el pasado (en el caso de la coherencia normativa, hacia el sistema jurídico, hacia las normas establecidas; en el de la coherencia narrativa, hacia la experiencia acumulada del pasado), el criterio de las consecuencias se enfoca hacia el futuro. Por eso, los argumentos de coherencia son tan importantes en el razonamiento judicial, mientras que en el legislativo o en el de los abogados juega más bien el papel de marcar un límite, y lo fundamental son, precisamente, los argumentos consecuencialistas: lo que justifica dictar una norma con determinado contenido o avanzar una determinada estrategia de defensa o de acusación es la consecuencia que va a producir. Las consecuencias se tienen en cuenta en relación con cuestiones normativas y también (si se quiere, indirectamente) a propósito de cuestiones de hecho. En casos de duda, una razón para no considerar probado que X dio muerte a Y puede ser la consecuencia que eso le podría acarrear a X; como se ve, éste es un rasgo que separa el razonamiento en materia de hechos de carácter jurídico, del que se realiza en ámbitos en los que sólo cuentan propósitos epistemológicos: averiguar qué ocurrió. El criterio de las consecuencias significa que en el Derecho (en el razonamiento judicial) las razones finalistas (como subespecie de las razones sustantivas; la otra subespecie son las razones de corrección) juegan un papel que puede ser mayor o menor, según el sistema jurídico (la tradición jurídica) de que se trate o la concepción del Derecho que se suscriba. Como se recordará, una razón de fin (acojo el criterio de distinción establecido por Summers [1978]) es una razón cuya fuerza justificativa deriva del hecho de que, si se toma tal decisión, es posible predecir que la misma tendrá efectos que satisfarán algún objetivo social valioso (la salud pública, la seguridad, la democracia); en una razón de corrección, por el contrario, lo que justifica la decisión es que la misma se apoya en una norma socio- moral (de corrección) que se aplica a las acciones pasadas de las partes o al estado de cosas que resulta de tales acciones (por ejemplo, evitar que alguien obtenga un beneficio de un acto ilícito suyo; proteger al que está en una situación de desventaja, etc.). La diferencia, por tanto, entre usar o no usar un criterio consecuencialista para evaluar la argumentación de una decisión consiste en que, en el primer caso, no se toma únicamente en consideración el resultado de la decisión (el estado de cosas vinculado conceptualmente con la decisión, con la acción), sino otros estados de cosas que se conectan con los anteriores por lazos de causalidad. Y de ahí la dificultad de usar ese criterio, y la necesidad de ponerle límites. Dificultad, porque se trata de predecir efectos, estados de cosas, del futuro, y ésta, normalmente, es una actividad compleja (mucho más que constatar que algo ha tenido lugar en el pasado) y las instituciones judiciales no suelen contar además con los recursos adecuados para ello (no están diseñadas para cumplir esa función). La necesidad de ponerle límites deriva de lo anterior, y también de que los efectos remotos (aunque ligados causalmente)

con un estado de cosas no podrían considerarse ya como consecuencias en sentido estricto de la decisión; dónde situar ese límite es, obviamente, una cuestión que puede resultar controvertida. Una manera (restringida) de interpretar el criterio de las consecuencias es hacerlo en términos de eficiencia económica. Una decisión judicial justificada (respetando ciertos límites marcados por el Derecho) será la que más contribuya a la maximización de la riqueza social, entendida en términos de satisfacción de las preferencias de los individuos. Uno de los criterios que utilizar para ello es el de la optimización en términos paretianos, que viene a decir que una distribución de recursos es superior a otra (debe ser preferida) si nadie empeora su situación y al menos hay alguien que la mejora. Ese criterio sólo puede aplicarse en casos muy excepcionales a las decisiones judiciales, pues, como consecuencia de las mismas, casi siempre ocurrirá que alguien (una de las partes) sufra una pérdida. Por eso, es más frecuente utilizar una modificación del mismo, el criterio Kaldor-Hicks, según el cual, aun habiendo ganadores y perdedores, una situación es superior (preferible) a otra, si en la primera, las ganancias de unos permiten compensar las pérdidas de los otros. **Con todo, la eficiencia económica (en lo que se basa el análisis económico del Derecho) es un criterio problemático y que, en términos generales, no puede considerarse decisivo: la aplicación del mismo puede ser compleja y requerir conocimientos e informaciones de las que los jueces suelen carecer; no puede servir por igual para todas las ramas del Derecho (en algunas, por ejemplo en el Derecho fiscal, podría reconocérsele un papel central, pero en otras, como el Derecho penal, sólo podría jugar —si acaso— una función residual); hay muchos otros objetivos —aparte del de la maximización de la riqueza— que deben tenerse en cuenta en la justificación de una decisión judicial; las razones finalistas (las económicas son una subclase de éstas) no pueden prevalecer, por lo menos en términos generales, frente a las razones de corrección.** (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 557-559).

Este criterio, como se indica en la cita precedente, no tiene el peso o importancia de lo que se mencionaron antes —universalidad y coherencia—; mas tiene un papel relevante en la determinación de cuál decisión debe dársele a un caso concreto en términos de maximizar beneficios y reducir perjuicios.

Un ejemplo del uso de este criterio, como se anticipó, podría darse cuando en la prórroga de una medida cautelar, se toma en cuenta para acortar el plazo de la medida, buscando finalidades provechosas como incidir sobre el órgano requirente para que acelere los tiempos de la investigación, o bien, frente a las consecuencias sobre la persona acusada en términos de que la medida cautelar —piénsese en la prisión preventiva— podría estarse convirtiendo en una sanción adelantada.

Un valladar importante para evitar la desnaturalización de este criterio lo constituyen los deberes de la jurisdicción: sujeción a la ley, imparcialidad e independencia, pues deberá resolverse lo que corresponda en el caso, sin atender a las consecuencias en términos extraprocesales, como, por ejemplo: la presión de la opinión pública, la conveniencia institucional y hasta la conveniencia personal de la persona juzgadora.

4. Moral social

Este criterio podría ser el más polémico y el que debe observarse con mayores reservas, pues se encuentra en una zona difusa entre la vigencia del orden normativo y los lábiles consensos morales que coexisten en las sociedades modernas. Parece que, si se usa este criterio, estaría constreñido a conceptos valorativos que se encuentran incluidos en normas jurídicas:

La apelación a la moralidad social (a nociones —valores— característicos de la moral social) está incorporada en ocasiones explícitamente en normas jurídicas; en tales casos, el uso de ese criterio para evaluar las decisiones judiciales no ofrece duda (aunque, naturalmente, puede ser discutible si el juez ha interpretado bien o no el correspondiente criterio de moralidad social). Lo que podría parecer más cuestionable es si ese criterio puede utilizarse (si tiene fuerza justificativa) cuando las normas del Derecho positivo no lo han previsto; o sea, si en los casos difíciles, cuando se trata de optar por una u otra interpretación a propósito de un determinado concepto valorativo (por ejemplo, cómo entender la libertad o los límites de la libertad), los jueces deben decidir de acuerdo con la opinión mayoritaria de la gente, deben seguir (utilizar como premisa de su razonamiento) la pauta marcada por la moral social y no la opinión que ellos, como individuos, consideren preferible. Pues bien, parece indudable que los criterios de moralidad social tienen que tener su peso en la argumentación (y en la evaluación de la argumentación) judicial. El juez no puede ser indiferente a (o contradecir), las convenciones sociales, como podría serlo, pongamos por caso, un individuo que argumenta a propósito de alguna cuestión con connotaciones morales. El juez ocupa una cierta posición institucional y eso supone ciertos límites en cuanto al tipo de razones que puede usar y en cuanto al alcance de esas razones. Optar (dentro siempre de ciertos límites) a favor de la moral social facilita, entre otras cosas, que su decisión persuasiva y eso, como se ha visto, es un elemento importante de la motivación de sus decisiones. Además, los criterios socialmente mayoritarios parecen estar vinculados a la idea de democracia: decidir como la mayoría preferiría que se hiciese parece un saludable ejercicio democrático particularmente exigible a quienes —como los jueces; salvo excepciones— no han sido elegidos para ocupar sus cargos mediante procedimientos democráticos. Y, en fin, quienes son escépticos en materia de moral suelen pensar que la mejor forma de cerrar la necesaria discrecionalidad que con frecuencia se le abre a los jueces es precisamente ésta: optar por las valoraciones sociales predominantes. Pero esto no es enteramente satisfactorio, por varias razones. 1) Puede ocurrir que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria al respecto o que, simplemente, no exista una opinión claramente mayoritaria. 2) No puede excluirse la posibilidad de que esas opiniones, aun siendo mayoritarias, sean expresión de prejuicios que van además en contra de los propios valores del ordenamiento; en muchas sociedades pueden predominar o tener un gran predicamento, por ejemplo, opiniones xenófobas o contrarias a los principios del garantismo penal, recogidos en todas las constituciones contemporáneas. 3) El recurso a la democracia, a la opinión de la mayoría, por parte de los escépticos o relativistas morales, no parece estar bien justificado: si no hay criterios objetivos en materia de moral, tampoco

lo será el basado en la democracia, en la opinión de las mayorías. 4) Las constituciones contemporáneas (por ejemplo, la española) incorporan un código moral (reflejado en las declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral establecida; el Derecho no proporciona razones últimas de carácter justificativo, y tampoco puede hacerlo la moral social: los criterios últimos de justificación de los razonamientos jurídicos (judiciales) tienen que provenir de una moral racionalmente justificada que, por tanto, en ocasiones puede no coincidir con la moral social. (Atienza, 2013: 559-560).

5. Moral justificada

Este criterio presupone que los referentes axiológicos que nutren el componente moral en el derecho contemporáneo se encuentran positivizados en las constituciones políticas e instrumentos internacionales de derechos humanos, a través de los principios, de manera que no se trata de una vuelta al iusnaturalismo:

Lo anterior parece avalar la utilización (al menos, en algunos casos) de criterios de una moral justificada a la hora de evaluar una argumentación judicial. Pero frente a ello suelen presentarse básicamente dos objeciones: no es necesario —o no se debe— recurrir a ese criterio; no es posible hacerlo. La primera objeción se conecta con uno de los dogmas del positivismo (del positivismo metodológico): la necesidad de mantener la separación conceptual entre el Derecho y la moral. El Derecho debe (o ha de poder) identificarse sin recurrir a criterios morales. Algunos positivistas (como Raz [2001]) piensan que eso es compatible con la tesis de que, a la hora de razonar de acuerdo con el Derecho (no a la hora de identificar el Derecho), el jurista (el juez) podría apartarse del contenido del Derecho para satisfacer razones morales; es una manera de incorporar, como criterio de evaluación de los razonamientos judiciales, las razones de una moral justificada, pero ciertamente resulta bastante extraño y contradictorio con lo que parecen ser las «intuiciones» de los juristas y de la gente normal y corriente. Otros (los «positivistas incluyentes») dirían que el recurso a la moral sólo sería admisible si la regla de reconocimiento del sistema remite de alguna manera (para identificar el Derecho) a conceptos morales como, de hecho, ocurre en el caso de todas las constituciones contemporáneas: «libertad», «igualdad», «dignidad humana», etc. Y el problema que se plantea entonces es el de cómo han de interpretarse estos conceptos: si ha de hacerse manteniéndose dentro del Derecho o si cabe acudir a criterios «externos» y, en este último caso, si han de ser los de la moralidad social u otros. En realidad, este planteamiento supone que se puede distinguir siempre con nitidez entre el Derecho y la moral (entre criterios «internos» y «externos») y eso no parece ser así. En algunos aspectos, las fronteras entre el Derecho y la moral son sencillamente fluidas o imposibles de trazar. Aunque se acepte, como criterio para identificar el Derecho, el de la regla de reconocimiento, las razones por las que un jurista (un juez) acepta esa regla no pueden ser más que morales (basadas en una moral justificada), y eso tiene consecuencias en relación con su razonamiento justificativo; incluso en los casos fáciles, tanto la premisa normativa como la fáctica descansan en último término en la aceptación por parte del juez de seguir los criterios del ordenamiento jurídico (de obedecer el Derecho), o sea, la premisa última es de naturaleza moral. Y cuando se trata de interpretar los conceptos valorativos, morales, de la Constitución (como los anteriormente señalados), parece evidente que no cabe otra cosa que recurrir a alguna filosofía moral y política. La diferencia aquí parece radicar en que se haga de manera explícita o no; en que se sea o no consciente (o más o menos consciente) de lo que se hace. Por eso, la segunda, y más importante, objeción es ésta: ¿cuál es la moral justificada, la moral a la que debe acudir el juez?; ¿acaso existe alguna? Si no fuera así, como piensan muchos positivistas (no todos) y los defensores de las teorías críticas del

*Derecho, lo único que cabría es reconocer que en la argumentación judicial hay un componente (mayor o menor) de carácter irracional o arracional, el cual, por lo tanto, no parece apto para ser usado como criterio de evaluación. Pero ésa no tiene por qué ser una conclusión inevitable. En la filosofía moral existen diversas propuestas de teorías éticas —de ética normativa— que sostienen (con diversas intensidades) el objetivismo moral y que, en consecuencia, podrían ser aptas para desempeñar esa función: suministrar un método para descubrir la moral correcta. **En mi opinión, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por Rawls, por Habermas o por Nino que, por lo demás, son sustancialmente coincidentes. La base de las mismas, por cierto, es que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas.** Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remiten, por lo tanto, a la argumentación racional. **Es importante, por lo demás, aclarar que defender una posición objetivista de la moral no es lo mismo que defender el absolutismo moral; el objetivista sostiene que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero están abiertos a la crítica, a la discusión racional y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos. Además, la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos; la objetividad moral es análoga, pero no equivalente a la científica. Nadie pretende que existan criterios de verificación o de falsación de las teorías morales como los que se aplican a las teorías científicas o, en todo caso, no es necesario hacerlo para sostener el objetivismo moral; que haya criterios objetivos para determinar que una proposición moral es o no correcta no supone pensar necesariamente que existen «hechos morales»: objetivismo moral no equivale a realismo moral.** (Atienza, 2013: 560-562).*

En el siguiente tema, estos criterios se podrán apreciar, en mayor o menor medida, tanto en el caso hipotético como en un caso difícil que ilustra el profesor Alfonso García Figueroa —caso de Rocío y Noara—.

EJERCICIO

- ✓ Tomando en consideración los criterios de racionalidad práctica u objetividad en el derecho, lea las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia **n.º 463-2020** y **n.º 01234-2020**.
- ✓ En ambos pronunciamientos, se aborda el ámbito de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, **Ley N.º 8589**, del 25 de abril de 2004, en concreto la interpretación del concepto normativo, “relación de hecho declarada o no”.
- ✓ Analice ¿cuáles criterios están presentes en la fundamentación de ambas resoluciones?
- ✓ ¿Cómo se entiende el criterio de la coherencia normativa en ambas resoluciones?

Tema 2. Aplicación del modelo al caso concreto

De previo a la exposición y análisis de un caso hipotético donde se busca apreciar la operatividad de la propuesta postpositivista, resulta útil reflexionar en lo que indica el profesor Atienza respecto al concepto de razonabilidad en el derecho:

Tema 2.1. Lo razonable en el derecho

Ahora bien, aunque existan criterios, y criterios objetivos como los mencionados, eso no quiere decir que con los mismos se puedan solucionar todos los problemas de evaluación de las argumentaciones jurídicas; en particular, de los razonamientos judiciales. No son suficientes (no siempre) porque algunos de ellos pueden ser difíciles de aplicar, discutibles en algunos de sus extremos, excesivamente indeterminados, etc. Y además, porque puede ocurrir muy bien que entre los mismos surjan contradicciones, o sea, que no sea posible (en algún caso) satisfacer todos ellos. Los anteriores criterios están planteados de tal manera que parecería que los últimos, o el último, gozan de prioridad frente a los anteriores, lo que permitiría resolver en forma más o menos automática esas contradicciones. Pero esto no es así. Como ya hemos visto, es posible que una **razón de moral sustantiva (de moral justificada)** tenga que ceder frente a **razones de carácter institucional**. Puede parecer paradójico, pero la paradoja se disuelve cuando se considera que la argumentación justificativa tiene lugar en varios niveles: en un primer nivel, existe un conflicto de razones (entre una razón moral y otra institucional), que se resuelve, en un segundo nivel, dando la prioridad a la de carácter institucional. La **razón de segundo nivel** es (ha de ser) de tipo moral, lo que se corresponde con la tesis de la supremacía de la moral que rige en el razonamiento práctico y, por tanto, en el jurídico. Pero supremacía de la moral no quiere decir imperialismo de la moral. O sea, la unidad de la razón práctica no significa que el razonamiento judicial se disuelva simplemente en razonamiento moral; la motivación de una sentencia judicial incorpora necesariamente un componente moral, pero el juez no es, sin más, un razonador moral; en el razonamiento judicial (y, en general, en el jurídico), los aspectos institucionales juegan, obviamente, un papel esencial. **En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad —digamos— es algo más que la racionalidad en sentido estricto, aunque en ocasiones actuar —decidir— de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional. Pero, en un sentido más específico, la razonabilidad entra en juego únicamente a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. O sea, la necesidad de ser razonable (a veces es requerida explícitamente por el propio Derecho) se plantea cuando, en relación con una cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra. Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales, de signo contrapuesto, sobre un mismo caso: ninguna de las dos —imaginemos— comete errores inferenciales, deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, recurre a cánones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con alguna interpretación (más o menos plausible) de los valores del ordenamiento. Es también perfectamente posible que quien argumenta en uno de los sentidos no atribuya la discrepancia del otro argumentador a ignorancia o mala fe sino, simplemente a que no comparte sus mismos valores; es más, ser razonable parece significar, precisamente, adoptar una actitud de ese tipo, una actitud tolerante y comprensiva hacia el otro. Pero eso no quiere decir tampoco renunciar a la objetividad, aceptar que ambas posturas son igualmente justificables, razonables. En algún caso podría darse esa situación de empate, pero lo normal es que no ocurra así y que sólo una de las dos sea razonable (o, si se quiere, la más razonable): la que logra, dadas las circunstancias del caso, satisfacer en la mayor medida posible los anteriores requisitos y tiene en cuenta, en consecuencia, el peso relativo de cada uno de ellos (por ejemplo, sería irrazonable insistir en la necesidad de interpretar en sentido muy literal una determinada norma, si el tenor de la misma no impide otra interpretación que evitaría erosionar un valor de considerable importancia, etc.). Esta noción de razonabilidad viene a ser, en realidad, la misma idea de eficiencia, entendida en un sentido completamente general: como adecuado balance entre los costes y los beneficios a la hora de tomar una decisión. Que coincide con lo que Alexy entiende por principio de proporcionalidad: para él**

—como se recordará—, el más básico del razonamiento jurídico (una especie de metaprincipio) y que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad y el de necesidad (que se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas), y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (optimización en relación con las posibilidades normativas). O incluso con la idea de Dworkin de tratar a todos con la misma consideración y respeto, que podría interpretarse en el sentido de que, dentro de los límites establecidos por el Derecho, las decisiones judiciales deben satisfacer, en la mayor medida posible, ese valor. Ahora bien, además de esa idea de equilibrio, de balance entre exigencias contrapuestas, la noción de razonabilidad (en sentido específico) implica un ingrediente más: el de aceptabilidad. **Una decisión razonable sería la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico), logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable.** La aceptabilidad no puede entenderse aquí simplemente como aceptación de hecho (por las razones que hemos visto a propósito del criterio de la moralidad social), pero tampoco serviría apelar sin más a un consenso racional (o a la aceptación por alguna entidad que discurriera monológicamente, como el espectador imparcial o el juez Hércules). **Se trataría más bien de lograr un equilibrio entre esas dos ideas de consenso: quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable.** Vendría a argumentar así: «puesto que estamos de acuerdo en X, deberíamos de estarlo también en Y». Además, debería seguir una estrategia «de abajo arriba», esto es, evitar, en la medida de lo posible, que el discurso de justificación llegue a niveles muy profundos, en los que se ven afectados los valores más fundamentales y es más difícil obtener un consenso. (Atienza, 2013: 562- 564).

De seguido, se pondrá en la palestra la pertinencia de nociones sobre justicia, equidad, universalidad, etc., provenientes del propio Aristóteles, las cuales son una muestra, no solo de la genialidad del filósofo griego, sino además de la pertinencia de sus observaciones acerca de la necesidad de procurar un ajuste de la legalidad para alcanzar la justicia.

Tema 2.2. Partiendo de Aristóteles (universidad, equidad y derrotabilidad)

Los criterios de racionalidad práctica aplicables al derecho o de objetividad pueden ser apreciados en la propuesta de Aristóteles que, desde la antigüedad, el estagirita plasmó en su obra dirigida a su hijo Nicómaco. En el siguiente extracto, el profesor Atienza refiere los elementos de la propuesta aristotélica respecto a la equidad como forma de justicia:

UNIVERSALIDAD, EQUIDAD Y DERROTABILIDAD

*En VII,4.1 se hizo referencia al análisis que Aristóteles hace de la equidad en el libro V de la Ética a Nicómaco. En el mismo se encuentra una presentación insuperada (y quizás insuperable) de ese concepto (incluida la ilustración del mismo con el símil de la **regla de plomo usada en Lesbos**²³⁶), cuya importancia es imposible exagerar. Por eso, quizás merezca la pena recordar algunas nociones básicas de la argumentación jurídica que están intrínsecamente conectadas con la equidad: **1) La idea de las razones subyacentes a las normas**, que justifica apartarse de «lo justo en el sentido de la ley», esto es, de una interpretación puramente literal que supondría ir en contra «de lo que el legislador habría dicho si hubiera estado allí»: la norma no es sólo un acto de voluntad, sino también de razón, lo que cuenta no son sólo las palabras de la ley, sino también los propósitos que las mismas persiguen; la equidad es, por ello, el principal antídoto contra el formalismo. **2) La derrotabilidad de las normas**, como consecuencia de la necesidad de introducir excepciones, puesto que las normas,*

236 Aristóteles hace referencia aquí a una técnica e instrumentos de construcción utilizados por los arquitectos de la isla de Lesbos, donde al ser de plomo, dada la ductilidad de ese metal, se adaptaban a la forma de las piedras sobre el terreno. En su artículo, *Con la plomada de Lesbos. Celano sobre Rule of Law y particularismo*, el profesor J. J. Moreso hace una serie de consideraciones muy enriquecedoras sobre este símil y el derecho.

al tener el legislador que «hablar en modo universal», tienen que ser «rectificadas» («derrotadas»), ya que «hay cosas que no se pueden tratar rectamente de modo universal». **3) La necesidad de la ponderación:** el juicio equitativo viene a ser una consecuencia de ponderar el valor de la justicia legal (la seguridad, la certeza) con la justicia material (dadas las peculiaridades del caso concreto que se trata de juzgar); y aquí, por cierto, de la lectura del texto de Aristóteles resulta con claridad que esa ponderación no tiene en cuenta únicamente elementos de tipo fáctico (la «naturaleza de la cosa»), esto es, no es un procedimiento puramente casuístico, sino que con el mismo se da lugar a una nueva norma (que rec-tifica la anterior). **4) La necesidad, al establecer esas excepciones creando nuevas normas,** de respetar el principio de «universalidad», en cuanto las nuevas normas habrán de ser también universales (aunque menos generales que aquellas a las que rectifican): **lo equitativo, nos dice Aristóteles, es también una forma de justicia (la equidad no pertenece a un género distinto al de la justicia), esto es, se basa también en la igualdad, en el trato igual a quienes están en las mismas condiciones.** (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 588).



He aquí el texto de Aristóteles, en la traducción de María Araujo y Julián Marías (Aristóteles 1981):

[L]o equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo como si se tratara de otro género. Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad [de ver en qué relación están la justicia y la equidad, lo justo y lo equitativo] es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es, desde luego, la índole de las

cosas prácticas. **Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido.** Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto. Ésta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de un decreto. En efecto, **tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbianos, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida, y como los decretos que se adaptan a los casos. Queda aclarado, pues, qué es lo equitativo, y qué es justo, y mejor que cierta clase de justicia. Con ello queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquel que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo y esta disposición de carácter es la equidad, que es una clase de justicia y no una disposición de otra índole.** (Ética a Nicómaco, V, 10: 1137b-1138a).

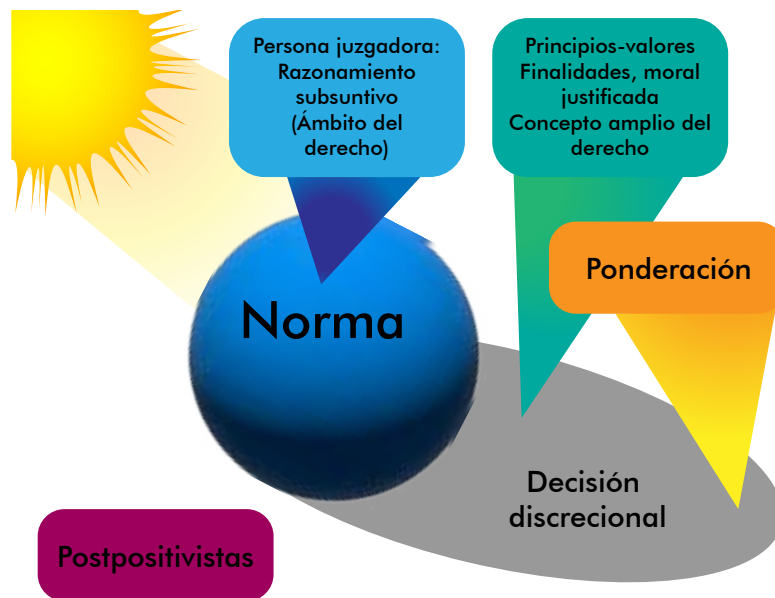
En el libro I de la Retórica, Aristóteles se refiere a la equidad como uno de los criterios de distinción entre lo justo y lo injusto (en el contexto, pues, de la retórica judicial) y caracteriza lo que podríamos llamar el «**talante equitativo**» de la siguiente manera: **También <es propio de> la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces.** Igualmente, acordarse más de los bienes recibidos que de los males, y de los bienes que se han recibido antes que de los que se han hecho. Y, asimismo, tolerar a quien comete una injusticia, preferir juzgarlo más de palabra que de obra y consentir en someter <la cuestión> más a un arbitraje que a un juicio; porque el árbitro mira la equidad, mientras que el juez la ley, y por esa razón se inventó el árbitro, a fin de que prevaleciese la equidad (Retórica I, 1374b 12-23). (Lo resaltado no es del original). (Atienza, 2013: 589-590).

En el siguiente tema, a partir del análisis de un caso ficticio, se podrá observar la forma en que los temas reseñados por Atienza, provenientes de la obra de Aristóteles, son elementos usuales en la resolución de casos desde el pensamiento postpositivista.

Como se indicó al inicio de esta unidad, con esta propuesta, no se busca disolver el derecho positivo, ni reconducir las decisiones jurisdiccionales al arbitrio de las ideas morales de la persona juzgadora, sino se trata de ofrecer soluciones para los llamados “**casos difíciles**”²³⁷, donde existe una zona indeterminada o de penumbra en la que no está claro si el supuesto de hecho se puede subsumir o no.

Este tipo de casos se resuelve por medio de los principios que expresan los valores relevantes en la sociedad, donde se debe construir una solución ponderando las razones subyacentes de las normas. Del siguiente cuadro se observa que la zona gris o de penumbra, donde existe ambigüedad, puede aclararse mediante los recursos de la propuesta postpositivista.

237 Ver Unidad II, tema 1.4 cuadro comparativo, punto n.º 7; también la Unidad VI, tema 2.4.1., Casos de lagunas normativas y lagunas axiológicas.



Tema 2.3. Caso hipotético: El tren urbano, el ciego y el perro lazarillo²³⁸

Piénsese en el siguiente caso imaginario que tiene componentes de la cotidianidad:

En el andén del tren de la ciudad de Heredia, con destino a San José (antigua estación al Atlántico), existe un rótulo con información acerca del servicio de trenes (horarios, tarifas, reglas de uso del transporte público, etc.) y, junto a este, hay un segundo rótulo con letras mucho más grandes que dice:

**Se prohíbe el ingreso al
tren con animales**

Dos empleados se mantienen a la entrada del andén revisando los boletos de las personas usuarias; en el transcurso del día, se presentan los siguientes casos:

- Un sujeto viene subiendo a la entrada del andén con un gallo bajo su brazo, en concreto un “gallo de pelea”.

²³⁸ Ejemplo utilizado por Manuel Atienza: “[...] *por acudir a un ejemplo socorrido: aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla*”. (Atienza, 2014:7). El ejemplo que usa Atienza tiene gran tradición entre los teóricos del derecho. Durante la ejecución de los cursos de *Razonamiento y Argumentación* en la Escuela Judicial y en la Universidad Nacional, se ha trabajado en clase una versión de este ejemplo.

7. Los encargados le impiden el paso y le manifiestan: **“No puede ingresar al tren con ese gallo, porque es prohibido”**. El usuario del tren se retira con su gallo.
 - Un segundo sujeto trata de ingresar al andén y tren con un saco anudado en su extremo con una cuerda o mecate, y se observa que el contenido del saco se mueve.
8. Uno de los encargados le pregunta al hombre: **“¿Qué lleva en ese saco señor?”**. El usuario le indica: **“Lo que llevo son culebras, las llevo al Instituto Clodomiro Picado para extraerles veneno y hacer suero antiofídico”**. Los funcionarios le dicen que, bajo ningún motivo, podrá hacer ingreso con esa carga de animales peligrosos, aunque el saco esté cerrado.
 - Una tercera persona usuaria pretende hacer uso del tren haciéndose acompañar de un perro. En este caso, se trata de una persona invidente que viene transitando con su perro lazarillo.
9. Ambos funcionarios observan al usuario, uno de ellos le interpela, mientras el otro se mantiene observando: **“No puede entrar, es prohibido subir con animales al tren”**.
10. La persona invidente le contesta: **“¿Por qué? Este perro no es una mascota, es mi perro lazarillo que me permite trasladarme por la ciudad... este perro está entrenado para conducirse en aglomeraciones, soporta ruidos, hasta majonazos. Está entrenado para hacer sus necesidades a ciertas horas o momentos y lugares específicos, no reacciona con violencia... Además yo tengo derecho a usar el transporte público”**.
11. El empleado que le habló primero, le dice: **“¡Qué pena señor! Pero yo no hago las reglas, solo me aseguro de que se cumplan, así que no puede entrar... ¡La regla es clara! Si quiere subir al tren, puede hacerlo, pero sin el perro ... ¡reglas son reglas!”**.
12. El otro empleado se dirige a su colega y le dice: **¿Qué tal y si nos hacemos los que no nos damos cuenta de que este señor pasó con un perro?... yo sé que a vos no te gusta que no se cumpla con las reglas, pero me da lástima... al final de cuentas hay gente que se cuela sin pagar o que va comiendo en el tren a pesar de que no está permitido”**.

Como puede apreciarse, el primer empleado del tren es muy estricto en la aplicación de las reglas, asumamos que es un formalista jurídico, de manera que se mantiene inflexible en su determinación de hacer cumplir la norma en su literalidad sin ceder.

El segundo funcionario, aunque se manifiesta empático con la persona ciega, piensa que la solución del problema consiste en infringir la norma; pero además simular que ello ocurrió porque no se percataron de que la persona ciega incumplió la norma e ingresó con un animal al tren. Parece que ninguna de las soluciones contempladas por los funcionarios del tren resultan satisfactorias.

Se puede emplear los elementos comentados por Atienza de la obra de Aristóteles para construir una solución normativa, a partir del material jurídico existente que implique permitir al usuario utilizar el tren con su perro lazarillo, sin necesidad de incumplir la norma y, mucho menos, fingir ignorancia frente a un presunto incumplimiento²³⁹.

En primer término, se acude a la **idea de las razones subyacentes de la norma**. Aristóteles diría que una ley, aparte de ser un **acto de voluntad**, es también un **acto de razón**.

Se puede arribar a esta dimensión al preguntarse ¿qué haría quien legisló si estuviera frente a este específico caso? Nótese que las normas se promulgan de manera general para que se puedan aplicar a la mayor cantidad de supuestos posibles.

No obstante, es imposible prever todos los supuestos de aplicación de la norma. Ello exige que, en ciertos casos, corresponda apartarse del puro sentido literal de las normas e ir a dilucidar las razones que la justifican.

En el presente caso, si se le pudiera preguntar a quien legisló: “¿Usted pretendía perjudicar a las personas ciegas que necesitaban de sus perros lazarillos para trasladarse en el transporte público con esta norma? La respuesta a esta pregunta —como acto de razón— posiblemente sería: obviamente que no, esta norma no se diseñó para aplicarse en estos supuestos, no se hizo para perjudicar a este grupo de personas con esas necesidades especiales. Las razones subyacentes de la norma serían las finalidades de estas, para qué fueron creadas.

De la norma podemos desentrañar tales razones —cuando no se han indicado expresamente, como ocurre en la exposición de motivos de una ley— por ejemplo:

- ✓ Razones de seguridad de las personas usuarias del tren.
- ✓ Razones de salud e higiene.
- ✓ Razones de comodidad de las personas usuarias del tren.

Ahora, correspondería determinar si esas razones alcanzan el caso específico de la persona ciega con su perro lazarillo, siendo la respuesta negativa, porque tales razones no son aplicables, pues el perro no es peligroso para terceros, no genera contaminación ni contagios y, por su entrenamiento, no afecta con su mera presencia la comodidad de otros pasajeros durante su viaje.

En segundo término, debe contemplarse la **derrotabilidad de las normas**. Esto quiere decir que todas las normas deben leerse incluyendo una cláusula —implícita la mayoría de las veces— que dice «**[...] a menos que [...]**» haya una circunstancia excepcional definida por las razones subyacentes de las normas, el **telos** o finalidad de la norma para sustraer el supuesto concreto de la aplicación de la norma.

239 A efectos de analizar el caso desde la solución que se podría construir por medio de los planteamientos postpositivista, sin desvíos en la discusión, se partirá de la suposición de la inexistencia de cuerpos normativos, tales como la Ley N.º 7600, *Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, publicada en *La Gaceta* n.º 102 del 29 de mayo de 1996.

Esta idea de forma contemporánea fue sostenida por uno de los autores positivistas más influyentes de la segunda mitad del siglo XX, Herbert Hart, pues las normas son para ser aplicadas por los seres humanos, no son entidades autónomas que se mueven a voluntad, perjudicando o favoreciendo a las personas. Son instrumentos al servicio de fines u objetivos sociales.

Estas circunstancias excepcionales muchas veces están establecidas de forma expresa, como ocurre con las causas de justificación en materia penal, por ejemplo: se sanciona a quien le dé muerte a otra persona, salvo si lo hace al amparo de la legítima defensa. En el ejemplo de análisis, las excepciones se infieren de las razones subyacentes de las normas.

En tercer lugar, debe considerarse **la necesidad de la ponderación —juicio equitativo—**. El juicio equitativo es una consecuencia de ponderar el valor de la justicia legal (la seguridad, la certeza) con la justicia material (dadas las peculiaridades del caso concreto que se trata de juzgar). En términos amplios, la generalidad de la norma exige que se trate en igualdad a los casos que sean similares. El correctivo de equidad es una forma de justicia que corrige los defectos de la norma que no puede anticipar quien legisla.

En este caso, se pondría en una balanza el derecho que tiene la persona ciega de ejercer su libertad ambulatoria o de tránsito, como cualquier otra persona ciudadana, en tanto se equipare su acceso al ejercicio de tal derecho, por medio del ajuste que implica que se autorice el uso de su perro lazarillo.

En el otro lado de la balanza, se considerarían las razones subyacentes (seguridad, salud, comodidad, etc.) que justificarían la legitimidad de la norma. Cuando se sopesan las circunstancias del caso concreto, se puede apreciar que no existe un riesgo relevante para la salud, ni la seguridad de otras personas usuarias del tren, menos aún las razones de mera comodidad o confort serían razones de peso para desplazar el derecho de la persona ciega a utilizar en condiciones de igualdad —con el uso de su perro lazarillo— el transporte público.

Debe recordarse que estas consideraciones son siempre contextuales, es decir, se analiza caso por caso. Se hace remisión a lo indicado en la Unidad VI, tema 2.4.

Por último, **al establecer esas excepciones creando nuevas normas, es necesario respetar el principio de «universalidad» —solución de lagunas normativas o axiológicas—**.

De las consideraciones precedentes, se puede concluir que, en este caso, se ha creado una nueva norma —en rigor, se ha inferido de las razones subyacentes de la norma originaria, una solución normativa, para ciertos casos, en los que se excepciona la aplicación de la disposición normativa—.

Como se indicó cuando se hizo referencia en la Unidad VI, tema 2.4.1 a la ponderación, mediante este procedimiento, se ha solucionado una **laguna axiológica** —el caso está regulado por una regla, pero de manera insatisfactoria, es decir, propiciando la desprotección de principios o valores constitucionales—.

Sin embargo, debe restablecerse el principio de universalidad, de la «nueva norma» que dice más o menos así: **«Se prohíbe el ingreso al tren con animales, a menos que se trate de una persona con discapacidad que requiera el uso de animales adiestrados que le auxilien en la atención de sus limitaciones físicas»**.

Restaurar la universalidad quiere decir que, a futuro, todas las personas que se encuentren en la misma situación deben obtener un trato igualitario. En otras palabras, en aplicación del criterio de universalidad, deberá permitírsele a cualquier otra persona invidente que pretenda abordar el tren con un perro lazarillo, pues “[...] **lo equitativo, nos dice Aristóteles, es también una forma de justicia (la equidad no pertenece a un género distinto al de la justicia), esto es, se basa también en la igualdad, en el trato igual a quienes están en las mismas condiciones**”. (Atienza, 2013: 588).

En consonancia con lo anterior, si detrás de la persona ciega con su perro lazarillo, se presenta otra persona, sin discapacidad, llevando un perro común y corriente, alegando que también tiene derecho a entrar al tren con el perro, legítimamente debe impedírsele, porque la excepción creada no cubre su caso.

Por razones de espacio, no corresponde aquí exponer un modelo de esquema de argumentación jurídica que ofrece el profesor Manuel Atienza, el cual se basa en el esquema de S. Toulmin, pero incorpora elementos provenientes de otros autores.

Sin embargo, se invita a quien lee este texto a que consulte el **Anexo n.º 2** titulado “**Un ejemplo de análisis de un argumento jurídico: elementos formales, materiales y pragmáticos del argumento de autoridad**”, así como el **Anexo n.º 3** titulado: “**Un método para la representación de los argumentos**”, ambos del profesor Manuel Atienza (2015)²⁴⁰.

Tema 2.4. Caso real: Caso de Noara y Rocío

Frente al caso hipotético que recién se analizó, corresponde analizar uno de la vida real y muy delicado por cierto. Se trata de un caso utilizado por el profesor Alfonso García Figueroa en uno de sus textos²⁴¹:

¿Qué decidiría el juez Luigi Ferrajoli en el caso Noara?

Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor sólo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara, disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El final previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado a) de la siguiente disposición legal contenida en el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el donante sea mayor de edad».

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma:

N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su

240 Atienza, M. (2015). Razonamiento jurídico. (Cap. 39). *En: Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. II. Coord. Fabra, J. & Rodríguez. V. Universidad Nacional Autónoma de México.

241 García, A. (2011) Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 34. Alicante.

propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar «regla». Las reglas dividen nítidamente el universo de casos en dos hemisferios: Si el donante tiene dieciocho años o más, entonces le está permitido donar. Si el donante tiene menos (en extremo ejemplo: diecisiete años, 364 días, 23 horas y 59 segundos), entonces no puede donar. La regla puede aplicarse mediante una sencilla subsunción, con el resultado inaceptable de prohibir a Rocío donar parte de su hígado a Noara.

El problema llegó a un Juzgado de Sevilla que resolvió en un Auto [Auto 785/07, de 18 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17.] autorizar el trasplante mediante una argumentación basada en un razonamiento analógico que no habrá de ser relevante aquí. La cuestión es qué cobertura teórica pueda dar la teoría del Derecho positivista a este caso. Suelen ser del agrado de los positivistas más legalistas, los casos moralmente difíciles que resultan fácilmente solucionables mediante el Derecho. Ante estos casos, el legalista celebra la certeza del Derecho frente a las incertidumbres del discurso moral.

Más problemas plantean los casos moralmente difíciles que también son legalmente difíciles. Éstos apelan a las dificultades que cualquier orden normativo presenta a la hora de su aplicación y equiparan el discurso moral y el discurso jurídico en cuanto a su capacidad para proporcionar soluciones a las controversias prácticas. Con todo, ese empate también puede resolverse a favor de un planteamiento legalista que al menos preserve el valor de la seguridad jurídica.

Finalmente, existe un tipo de caso que es moralmente muy fácil, pero jurídicamente muy difícil. En otras palabras, se trata de casos que, significativamente, son insolubles jurídicamente si defendemos una visión positivista del Derecho y son fácilmente solucionables cuando adoptamos una perspectiva no positivista. Así eran a su manera los casos de extremas injusticias legales del Tercer Reich enjuiciadas en Nuremberg y así parece ser el caso Noara: moralmente fácil y jurídico-positivamente difícil. Por esta razón nos sirve de test inmejorable para constatar la invalidez de la tesis central del positivismo jurídico acerca de la ausencia de relaciones conceptuales necesarias entre derecho y moral. ¿Por qué el caso Noara es jurídicamente difícil a pesar de ser moralmente fácil? En mi opinión, la razón consiste en que el caso Noara muestra las limitaciones de una concepción positivista y legalista del Derecho como la del propio Luigi Ferrajoli.

El dilema al que se verá abocado el positivista es el siguiente: o bien el positivista garantista aplica la regla tal como él mismo dice que han de aplicarse las reglas (i. e. mediante el ejercicio de la subsunción y al margen de valores morales); o bien inaplica la regla y, en tal caso, el positivista (también el constitucionalista juspositivista) se debate entre infringir el Derecho (inaplicarlo) o bien negar que lo está infringiendo (inaplicarlo diciendo que lo está aplicando). Ésta es la vía que gusta seguir el constitucionalista positivista como Luigi Ferrajoli o Luis Prieto. Supuestamente, estos autores podrían sostener, por ejemplo, que el valor de la justicia incorporado al art. 1.1 de la Constitución española de 1978 habría de permitir en el caso Noara excepcionar jurídicamente la prohibición a los menores de donar órganos. Sin embargo, esta vía tiene sus costes, pues con ella el positivista estará reforzando (veladamente en Ferrajoli, abiertamente en Prieto) la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho (la parte crítica del positivismo crítico ferrajoliano) y, haciéndolo así, comenzará a dar razones a quienes sostienen una visión interpretativa y argumentativa del Derecho (el constitucionalismo garantista o normativo habrá de retroceder ante el constitucionalismo argumentativo o principialista) y también dará razones a quienes afirmen que es imposible distinguir reglas y principios o a quienes afirmen que es imposible aplicar el Derecho de manera subsuntiva.

La razón es que este caso viene a demostrar que todas las normas (reglas y principios, bajo cualquier sentido) sólo son inteligibles interpretativa y argumentativamente mediante la inscripción del razonamiento jurídico en el razonamiento práctico general (sea ello reconocido o no en un precepto constitucional como el art. 1.1 de la Constitución española). Dar este paso significa abandonar

una concepción positivista del Derecho. El positivista jurídico sólo puede ante un caso como éste o bien negar la realidad (forzar lo que el Derecho dice en términos positivistas) o bien abandonar el juspositivismo (reconociendo que el Derecho dice cosas distintas de las que un positivista suele hallar en el Derecho). El caso Noara pone de manifiesto, así pues, las limitaciones de cualquier teoría positivista del Derecho y desearía indicar que lo hace en los dos elementos esenciales a los que se opone el constitucionalismo juspositivista y garantista de Luigi Ferrajoli. Por un lado, este caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el art. 4 de la Ley de transplantes) como reglas (i. e. normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral. A continuación, desearía referirme a estos dos aspectos centrales a los que hace referencia el trabajo de Ferrajoli: la distinción entre reglas y principios (implícita en la contraposición del constitucionalismo garantista o normativo al argumentativo o garantista) y la distinción entre positivismo y jusnaturalismo (implícita en la contraposición del constitucionalismo juspositivista al jusnaturalista). (García, 2011: 130-132).

Desde posiciones positivistas tradicionales, se aborda este tipo de casos (caso hipotético o el caso de Rocío y Noara) desde soluciones que pasan por la aplicación, hasta cierto punto, de la analogía, como de la consideración de causas de justificación, como el Estado de Necesidad, entre otras propuestas²⁴².

EJERCICIO

- Analice el caso de Rocío y Noara siguiendo los cuatro aspectos comentados en el caso hipotético:
- ✓ Razones subyacentes de las normas.
- ✓ Derrotabilidad de las normas.
- ✓ Ponderación (juicio equitativo).
- ✓ Solución de lagunas – restablecimiento del principio de universalidad.

Tema 3. Aportes desde el realismo crítico

El profesor Enrique Pedro Haba, quien ha sido una voz muy autorizada del enfoque realista del derecho, ha planteado fuertes críticas a lo que denomina *normativismo de los juristas*, el cual, más allá de una categorización de formalismo jurídico, ha cuestionado por producir una actitud acrítica, dogmática e irreflexiva de las posibilidades del derecho, tal como se desarrolló con amplitud en la Unidad II. Ahora corresponde transitar por la propuesta metodológica del doctor Haba, a partir de sus cuatro pasos.

242 Moreso, J. J. (2021). Aplicación del derecho y los casos de Noara y Jaffa Cakes (en diálogo con Luis Duarte d'Almeida). En: *Revista Discusiones*. N° 27, España.

Tema 3.1. Metodología realista crítica propuesta por E. P. Haba

En la exposición de su propuesta metodológica, el profesor Haba Müller parte de la premisa de que, a diferencia de lo que ocurre en la visión normativista, no existe el aludido “**único significado verdadero**” en el discurso jurídico.

Por el contrario, asumir una posición realista de derecho revela que las soluciones o decisiones jurídicas pueden ser diversas. No obstante, se insta al intérprete a *optar* por la decisión que estime más adecuada dirigida a ciertos objetivos sociales, así como juicios de valor —contemplados en los pasos tres y cuatro de su propuesta—. Pero lo medular es que la persona juzgadora que decide tenga la consciencia de que ella misma toma tal decisión, asumiendo la responsabilidad de la opción que se ha asumido.

Como punto de partida, el profesor Haba hace una referencia de cuáles problemas se pretenden abordar en cada uno de los momentos o pasos de su metodología:

Dichas vías pueden consistir, heurísticamente [...], en una secuencia de cuatro “momentos”. Se trataría, a mi juicio, de los pasos siguientes:

1) se empieza por trazar un cuadro de las interpretaciones jurídicas que en el presente sean posibles, de acuerdo con doctrinas jurídicas de recibo entre los juristas del medio, para los preceptos de derecho positivo traídos a colación [momento lingüístico-dogmático];

2) a continuación, se procede a reconstruir el discurso de los preceptos de derecho invocados y de dichas doctrinas, para hacerlo lo más transparente posible, esto es, sacando a luz la verdadera “gramática” de esos juegos lingüísticos y sobre todo haciendo ver sus principales “trampas” (indeterminaciones fundamentales, precomprensiones no tematizadas pero decisivas, alternativas ideológicas, alcances persuasivo-emocionales, etc.) [momento analítico-crítico];

3) después habrá que detenerse a delimitar con precisión la finalidad que el intérprete señale (decida) como objetivo práctico de esos preceptos, entre las jurídicamente posibles (de acuerdo con ideologías aceptadas) en su medio social para los preceptos invocados [momento axiológico-teleológico];

4) finalmente, relacionando entre sí los tres pasos anteriores, corresponde escoger, de lo reconocido en (1) y (2), aquella interpretación que sirva como el medio más eficaz para que el objetivo (3) pueda ser verdaderamente realizado en la práctica [momento empírico-instrumental]. (Haba, 2002, 32-33).



Tema 3.2. Paso inicial: Lingüístico-dogmático (el “marco” o “partitura” jurídico-positivos)

Como se recuerda de las Unidades II y III, en esta propuesta, es medular *poner sobre la mesa* todo el material proveniente de las normas de derecho positivo y las costumbres lingüísticas de la cultura jurídica que se trate en un entorno histórico-social dado. En otras palabras, en este paso, se muestran todas las posibilidades interpretativas y se empieza a perfilar cuál podría ser la opción que la persona juzgadora asuma, y se espera que sea una elección racional tomando en cuenta los criterios de los otros pasos:

La contestación jurídica acerca de una cuestión no es una respuesta libre. No lo es, pues se entiende que ésta ha de corresponder ni más ni menos que a unos juegos de lenguaje que constituyen determinado universo discursivo, alguna de las específicas “gramáticas” (Wittgenstein) de la región lingüística llamada derecho. Esos juegos son los dogmas, las bases convencionales a que está sometida la posibilidad de “hablar” en el idioma-derecho. Ellos conforman el “marco” normativo (Kelsen) [...] la “partitura” (Frank) [...], dentro de cuyos límites opta el jurista para dar esa clase de contestación, mientras este no evada su condición de tal.

Dicho universo lingüístico contiene básicamente tres órdenes de discursos en interacción: letra del derecho positivo, jurisprudencia, postulados doctrinarios; y también penetran ahí, desde luego, las ideologías generales suprajurídicas (“universos simbólicos” [...]) vinculadas íntimamente con ellos. Como todo eso da lugar, en numerosas situaciones, a interpretaciones divergentes, resulta que el marco en cuestión está conformado, para cada caso o tipo de casos, por aquellas respuestas que al respecto sean de recibo en el gremio de los juristas; esto es, tanto las que aceptan unos como las que aceptan otros, por más que ellas resulten relativamente contradictorias entre sí. Para buscar una respuesta de derecho (positivo) es indispensable, pues, empezar por reconocer ese marco en lo pertinente, detectar qué respuestas a la cuestión planteada caben en su interior. No se trata simplemente de buscar una solución que pueda resultar conveniente, útil desde algún punto de vista. Ella ha de estar en condiciones, primero que todo, de corresponder al lenguaje-derecho según es entendido de acuerdo con la conciencia lingüística jurídico-profesional del medio, ya sea por todos o parte de los especialistas en esta disciplina. La enseñanza universitaria del derecho consiste ni más ni menos que en eso: aprender a usar tal lenguaje especializado de la manera como esto se hace en el gremio de los juristas, o sea, proporcionar las habilidades lingüísticas necesarias para manejar profesionalmente los repertorios de topoi que constituyen los “dogmas” del universo-derecho. Por más encomiable que, desde algún punto de vista, sea una solución a determinado problema, tal solución no puede solicitarse jurídicamente, esto es, ante los tribunales o en general a las autoridades estatales, si ella no es susceptible de responder a lo que se reconoce como establecido en el universo lingüístico del derecho positivo vigente. Mas esos topoi no sólo son múltiples y variados, sino que incluso llegan a contradecirse entre sí: no configuran un “sistema” propiamente dicho, sino que brindan, llegado el caso, la posibilidad de elegir entre distintas opciones a los intérpretes de las leyes u otras disposiciones jurídicas [...].

En síntesis.– El primer paso propio de todo discurso jurídico es “ubicarse” en el derecho, vale decir, re-conocer las respuestas alternativas que caben dentro de él, de acuerdo con las costumbres lingüísticas manejadas al respecto en el gremio de los juristas. En otras palabras, es saber distinguir las respuestas jurídicas posibles, en un entorno histórico-social dado, de las que no lo son ya o de las que no lo son aún; todo ello en función de los márgenes que se toleren dentro de la conciencia jurídico-lingüística vigente en la práctica. Una vez reconocidas esas respuestas para el punto en discusión, el locutor jurídico, si actúa como tal, no tiene más remedio que optar entre estas mismas nada más, sea o no que haya otras posibilidades preferibles desde otros puntos de vista (religiosos, morales, políticos, utilitarios, etc., siempre que estos no sean reconocidos como parte también del propio universo-derecho). Los tres pasos que siguen consisten en requisitos para efectuar una elección racional entre esas respuestas posibles. (Haba, 2002: 33-36).

Tema 3.3. Segundo paso: analítico-crítico (“higienización” del discurso jurídico)

En este segundo paso, una vez que se han considerado las diferentes posibilidades interpretativas de las normas, debe realizarse la reconstrucción de cada una de dichas posibilidades tomando en cuenta la necesidad de analizar desde las características y propiedades del lenguaje, así como la apreciación de las vías interpretativas “limpiándolas” de paralogismos —con ocasión de la propuesta de Vaz Ferreira— pseudo desacuerdos lingüísticos —trayendo a colación, entre otros, a Genaro Carrió— buscando eliminar las indeterminaciones de cada ruta interpretativa, para que sean más intersubjetivas:

El momento anterior habrá permitido poner netamente sobre el tapete las alternativas de solución jurídica posibles, de acuerdo con el Derecho positivo considerado, como es entendido en la actualidad. Pero no pocas veces resulta que incluso las doctrinas invocadas contienen, a su vez, sus propias nociones indeterminadas. Es posible que también esas alternativas mismas, ya sea todas o algunas, no estén presentadas de modo suficientemente preciso. Aun ellas pueden acaso admitir, respectivamente, más de una interpretación concreta, por aparecer formuladas mediante unos giros lingüísticos (p.e.: “dignidad”, “soberanía”, “justo precio”, “razonable”, etc.) que dificulten saber a ciencia cierta si tales o cuales conclusiones prácticas se desprenden necesariamente de ellas mismas. Esa indeterminación de segundo grado, por así decir, no es inusual. Nada tiene de extraño, habida cuenta de que los discursos jurídicos —no solo los textos legales, sino inclusive las opiniones doctrinarias invocadas para interpretarlos— suelen recoger buena parte de las indeterminaciones propias del lenguaje corriente y también plegarse a sus ingenuidades (“trampas”) más corrientes. A menudo ellos contienen unos giros básicamente retóricos, sin que estas características propias del lenguaje vulgar sean advertidas, como tales, por sus locutores profesionales. Si no se empieza por tomar el cuidado de que inclusive dichas interpretaciones sean debidamente “higienizadas”, esto es, sacar a luz sus indeterminaciones claves y efectos emocionalizantes que las inmunizan contra todo cuestionamiento propiamente racional, no será posible manejarlas para niveles de examen científico-empíricos, de la manera requerida por los dos pasos siguientes, sobre todo el cuarto. De ahí que no pocas veces resultará indispensable “traducir” las alternativas presentadas a un lenguaje más preciso, reformulándolas de modo que tales o cuales de sus propias nociones claves ya no resulten susceptibles de ser manipuladas a piacere por unos o u otros locutores jurídicos.

Quiere decir que es necesario empezar por reconstruir el planteamiento de cada interpretación jurídica presente, en lo indispensable para determinar a ciencia cierta cuáles son específicamente las soluciones PRÁCTICAS que cada una implica. Para ello habrá que re-formularlas en un lenguaje netamente intersubjetivo y de inequívoca referencia empírica. El jurista realista tendrá que abocarse, antes de seguir adelante, a des-enredar unos “nudos” típicos como los siguientes (entre otros), en los discursos jurídicos presentes: distinguir netamente entre cuestiones de palabras y cuestiones de hechos (p.e., poner de manifiesto lo que son unas meras disputas sobre clasificaciones); diferenciar entre cuestiones explicativas y cuestiones normativas (como así también, de manera todavía más general, entre asuntos de “es” y de “debe”: desacuerdos valorativos encubiertos, etc.); no dejarse marear por falacias verbo-ideológicas (pero tampoco caer en el extremo opuesto: falsa precisión), aclarar conceptos jurídicos indeterminados y desenmascarar fórmulas vacías pseudonormativas; no sucumbir a la magia verbal y, en general, arrancar del “cielo” los planteamientos de orden esencialista (p.e., “naturalezas” jurídicas” o los discursos extrapragmáticos sobre “derechos humanos”), etc. etc. [...].

Este “momento” responde, pues, a una dirección que esencialmente es de carácter discursivo-analítico y crítico-razional [...] ANALÍTICO: en cuanto “desmenuza” (por así decir) las interpretaciones doctrinarias presentes, sacando a luz unas indeterminaciones claves que afectan básicamente la posibilidad de discernir en forma intersubjetiva a qué apunta en la práctica la formulación lingüística examinada. CRÍTICO: porque ese examen sirve para poner de manifiesto, a la vez, unos vicios de pensamiento –variadas falacias implícitas– que suelen “montarse” (por así decir) en confusiones típicas que dominan en el entendimiento lingüístico vulgar, de donde suelen ser incorporadas sin más a variadas formulaciones jurídicas. (Haba, 2002: 37-40)

Tema 3.4. Tercer paso: axiológico-teleológico (delimitación del objetivo práctico)

En este punto, el intérprete realista no solo ha hecho acopio de todo el material jurídico relacionado con el punto a ser resuelto, sino también ha procurado reducir la indeterminación de significados y equívocos de naturaleza lingüística, así como de formas de asumir la discusión de los diversos temas.

En este tercer paso, el intérprete debe tener claro que, al existir diferentes formas de abordar la toma de decisión, según la dirección que asuma, se producirán consecuencias que afectarán a diferentes grupos, según la dirección que se tome, de manera que corresponde resolver la interrogante de para qué deberían servir las disposiciones jurídicas en consideración, lo que presupone la obtención de fines prácticos, ya que, si se opta por unos, se favorecerán tales fines, pero, a su vez, se verán afectados otros.

En última instancia, la delimitación del fin práctico que se pretende alcanzar con la escogencia de una vía o ruta interpretativa es un juicio de valor donde debe tenerse claridad quiénes se beneficiarán y quiénes saldrán perjudicados con la decisión, de ahí que el tema de los fines prácticos que se pretende alcanzar es crucial:

Una vez determinadas netamente, en relación con la cuestión discutida, las respuestas jurídicas posibles de acuerdo con el Derecho positivo (los dos momentos anteriores), no hay otra salida, si nos mantenemos dentro de él mismo, que elegir entre ellas. Cualquiera sea la escogida, esta regulación ocasionará, al aplicarla en la práctica, ciertas consecuencias de hecho, para muchas o pocas personas. Por eso, si a diferencia del jurista dogmático no se razona como si las normas tuvieran su fin en ellas mismas, habrá que plantearse, en vista de su aplicación práctica, la pregunta principal: ¿para qué sirve, o debieran servir, las disposiciones jurídicas consideradas? Es poner sobre el tapete la cuestión de los fines PRÁCTICOS a que esté destinada tal o cual disposición.

Probablemente resulte que si se aplica una de las interpretaciones se den ciertas consecuencias prácticas, mientras que si se aplica otra se produzcan consecuencias diferentes. Resulta, pues, que la primera interpretación coadyuva a realizar el fin A y la segunda al fin B, en la práctica. Esos fines pueden resultar, de hecho, más o menos incompatibles. Cuando el intérprete elige una interpretación, con esto acepta también, sea o no consciente de tal implicación, el fin práctico para el que sirve esta misma; y al rechazar una interpretación, está rechazando asimismo el fin práctico favorecido por esta otra. Si un fin propuesto es aceptado o rechazado, significa que al respecto se formula una apreciación de orden valorativo, sea en sentido positivo (aprobación) o negativo (desaprobación). Lo que el intérprete hace al elegir uno de los sentidos posibles, es ni más ni menos que efectuar, así sea implícitamente, un juicio de valor positivo respecto a las consecuencias prácticas que esa interpretación esté en condiciones de producir.

En efecto, el derecho está al servicio de valores. De ahí que las disposiciones jurídicas se interpreten, señaladamente cuando su contenido específico es objeto de controversias, según cuáles sean los valores a que el intérprete entienda, explícita o implícitamente, referida la finalidad de esa normativa. Pero los principales valores que normalmente se señalan para el derecho suelen indicarse mediante lo que son más bien unas fórmulas vacías: “justicia”, “libertad”, “bien común”, “intereses nacionales”, etc... La “vaciedad”, o en todo caso una semi-vaciedad, de esas fórmulas reside en el hecho de que pueden ser –y de hecho son!– entendidas de las más variadas maneras, según los intereses o las preferencias ideológicas de quienes las invocan en la retórica del discurso público, sea político, jurídico, religioso, etc. (nota 36) No hay ninguna respuesta dada a título de jurídica que no pueda presentarse, de una u otra manera, como dirigida a promover algunos de, cuando no todos, esos grandes valores.

La relación de una interpretación jurídica con la realización de tal o cual valor no puede apreciarse con cierta nitidez si no se empieza por fijarle características precisas al valor invocado, en cuanto a su aplicación para la cuestión práctica específica de que se trate. Esto es: el jurista realista necesita saber, de manera bien determinada, a qué grupos de personas y en qué “cosas” deba beneficiar concretamente la puesta en práctica de ese valor ahí; como así también cuáles grupos y en qué serán perjudicados por ella, y quiénes no serían tocados ni para bien ni para mal por la solución propuesta. Más que pensar en unos grandes valores en abstracto, la valoración básica que se adopte tiene que consistir, para poder sacar consecuencias netas de ella, en tener bien claro para qué fines prácticos ESPECÍFICOS –¿favorecer a quienes (muchos o pocos) y en qué?– se busca que sirva la interpretación jurídica por escoger.

Una vez que el intérprete haya adoptado su decisión sobre esto último, se le plantea otra pregunta decisiva: ¿cómo coadyuvar a que el cumplimiento de los fines escogidos, especialmente ellos, sea lo que realmente se produzca como un resultado de la normativa jurídica aplicable? Lo que él tiene que tratar de averiguar ahora, por tanto, es cuál de las interpretaciones jurídicas posibles ofrece las mejores probabilidades de servir para apoyar en la práctica la realización de esos fines justamente. Pero ésta, a diferencia de las dos preguntas anteriores, no es un asunto ni de orden esencialmente lingüístico ni tampoco de naturaleza básicamente valorativo- optativa. Constituye ni más ni menos que una cuestión de hechos. Para abordarla, es indispensable examinar la realidad social. De esto se trata en el momento siguiente, como etapa conclusiva indispensable para completar un razonamiento jurídico que consiga ser propiamente realista. (Haba, 2002: 40-44).

Tema 3.5. Paso final: empírico-instrumental (¡tomar en cuenta la realidad!)

En este paso, es importante que la forma y dirección en que se ha venido perfilando la decisión, entre varias posibles, se orienten también a la obtención de fines sociales a través de la consideración empírica de las mejores probabilidades de alcanzar el fin social en la práctica; es decir, de producir efectos prácticos deseados sobre la realidad.

Por ello, el realismo jurídico en general y el paso cuarto de esta metodología en particular se auxilian del conocimiento e insumos provenientes de otros saberes o disciplinas que orientan la toma de decisión hacia la consecución de fines prácticos.

Los tres pasos precedentes habrán permitido ya saber cuáles son las alternativas de solución jurídica entre las que el intérprete tiene que escoger (momentos 1 y 2) y determinar con suficiente precisión las finalidades prácticas (momento 3) que la solución por escoger ha de contribuir a hacer efectivas en el mayor grado posible en su medio social. Ahora bien, tal posibilidad no depende simplemente de los buenos deseos del intérprete autorizado. Depende sobre todo de cómo las gentes (pocas o muchas) con cuya conducta –acciones u omisiones– es indispensable contar para cumplir dichas finalidades

actúen en los hechos. Hasta donde esto pueda preverse, a veces con grados de probabilidad mayores y otras no tanto, eso se ocupan de investigarlo distintas ciencias sociales, cada una de las cuales trata en especial sobre cierto género de los múltiples aspectos en que se manifiestan los comportamientos humanos: antropología, sociología, economía, psicología, etc. Esas ciencias sacan a luz regularidades en tal sentido, ya sea de orden más general (tendencias universales de los seres humanos o las propias de un tipo de cultura o en cierto nivel de estratificación social, etc.) o más particulares (en una sociedad determinada o un grupo dentro de ella, o en cierta clase de ocasiones, o unos comportamientos típicos de las personas ubicadas en determinada capa social o los de determinado tipo psicológico, etc.).

Hay muchas cosas que son relativamente previsibles en la conducta de las personas, por lo cual cada quien sabe más o menos a qué atenerse en sus relaciones con los demás en numerosos aspectos. Claro, no pocas veces nos llevamos sorpresas al respecto; pero eso no quiere decir que siempre, y ni siquiera en la mayoría de los casos, sea así. Mucho de lo previsible son cosas que llegamos a saber simplemente por nuestra experiencia cotidiana. Mas también hay elementos decisivos de la realidad social que, no obstante constituir constancias básicas (por lo menos tendencialmente), resultan menos perceptibles “a simple vista”, aun cuando tales factores intervienen decisivamente para determinar lo que hacen o dejan de hacer amplios grupos de personas, configurándose así la “madeja” normal de comportamientos societales corrientes. Esto último, aquello que por lo general la gente no advierte pero obra por debajo y sobre los comportamientos captados por cualquiera, constituye el principal objeto de investigación en las ciencias sociales. Ellas ofrecen señaladamente dos rubros de conocimientos especializados: a) revelan ciertas tendencias de orden general actuantes en el seno de una sociedad o en determinado sector de ella, las cuales intervienen allí ya sea en forma bastante permanente o coyuntural; b) advierten qué efectos reales pueda tener, en función de semejantes tendencias, la ejecución de ciertas medidas destinadas a influir sobre la conducta de miembros de esa sociedad, sean muchos (instituciones u otros grupos sociales) o pocos (los protagonistas de determinado caso: p.e., una terapia psicológica para Fulano, una política comercial para la empresa X, etc.).

En cuanto a (b), se trata de situaciones donde, justamente, las medidas consideradas se examinan en relación con un fin, el de producir ciertas consecuencias prácticas, para las cuales dichas medidas puedan constituir (¡jo no!) un medio idóneo. El científico social está, o debiera estar, ahí para aclarar si el medio en cuestión sirve o no sirve para la finalidad perseguida. En tal sentido, su palabra constituye un juicio de valor de carácter instrumental [...], en el sentido cumplimiento de cierto fin práctico (formulado con suficiente precisión, claro está). del modelo weberiano de Zweckrationalität (racionalidad con arreglo a fines) [...] Los científicos sociales son los especialistas en este tipo de juicios cuando la realización del objetivo depende de si en la práctica sea viable lograr que se lleven a cabo de determinadas maneras unas conductas interpersonales. Tal, ni más ni menos, es también el caso de los fines perseguidos mediante una regulación jurídica. Cuando los medios para lograr esos fines no son obvios, o sea, si conocer tal cosa no está simplemente al alcance del “buen juicio” del ciudadano común, entonces nadie mejor que el científico social, de la rama pertinente, para aclararle al jurista cuál de las distintas soluciones jurídicas presentes, entre las interpretaciones posibles de los textos invocados, pueda estar en condiciones realmente de impulsar el efectivo

Síntesis.— En el cuarto momento, paso final del razonamiento jurídico realista, el intérprete examina, ya sea por su propia cuenta —si ello está al alcance del conocimiento corriente sobre la realidad social en su medio— o recabando la información pertinente de uno o más científicos sociales, cuál de las distintas interpretaciones lingüístico-dogmáticamente posibles para los textos jurídicos invocados (momentos 1 y 2) decide por la interpretación que tenga mayores probabilidades, científicamente sostenibles, de ser un medio eficaz para EN LA PRÁCTICA determinado fin social bien delimitado promete ser la más eficiente, o acaso la única eficiente entre ellas, como MEDIO práctico para realizar en los hechos cierto objetivo específico —valor/fin— netamente delimitado (momento 3). — Entre las interpretaciones posibles del derecho positivo vigente, el jurista común elige con la mirada puesta en algún “cielo” meramente dogmático-doctrinario. También el jurista realista elige entre aquellas

mismas, pero opta no en función de razones esencialmente “celestiales”, sino con base en unas consideraciones severamente empíricas: se conseguir realizar. (Haba, 2002: 44-48).

Tema 3.6. Aplicación de la metodología a un caso concreto

La exposición sobre la metodología del profesor Pedro Haba requiere para su comprensión ser contrastada con los elementos de análisis que puede brindar un caso o ejemplo específico. Se utilizará un ejemplo que el propio Pedro Haba calificó como una decisión que adolecía de los vicios y despropósitos de *normativismo judicial*²⁴³. Se trata del fallo n.º 428-1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, relacionado con la realización de debates entre candidatos a la presidencia de la república, durante el proceso electoral de febrero de 1998.

El profesor Haba realizó el análisis del caso en una conferencia celebrada en la ciudad de Caracas, hace algunos años. Dicha conferencia fue compilada por el Tribunal Supremo de Justicia de la República bolivariana de Venezuela en el año 2004. Se adjunta al texto como **Anexo n.º 4**.

EJERCICIO

- ✓ Se dará lectura al documento Anexo n.º 3.
- ✓ Se analizará la crítica del profesor Haba respecto a los errores cometidos por la Sala, por considerar y resolver el asunto desde el normativismo de los juristas.
- ✓ Se identificará, a partir de los comentarios de Haba, cada uno de los cuatro pasos de su metodología en el análisis del caso que conllevarían a una decisión realista.

387

Tema 4. Deberes internos de la práctica jurisdiccional²⁴⁴ y modelos de persona juzgadora

Una vez que se han caracterizado y analizado las propuestas postpositivista y realista crítica, se debe regresar a la figura de la persona juzgadora y contemplar los deberes internos a la práctica de la jurisdicción que se proyectarán, no solo a la adopción de un enfoque del derecho, como los estudiados, sino a la adopción de un modelo o, si se prefiere, un perfil o identidad propia de persona juzgadora. Con este cometido, se iniciará con la propuesta del profesor Josep Aguiló (2012):

En esta ponencia trataré de construir la imagen del juez no desde el poder que ejerce (la jurisdicción), sino desde el deber que recae sobre él (las garantías de la jurisdicción). Ello nos permitirá aislar los tres deberes en torno a los cuales giran los bienes internos²⁴⁵ a la práctica de la jurisdicción: el deber

243 Zerpa, L. & Delgado, J. (2004). *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.

244 Aguiló, J. (2021). Los deberes internos de la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *En: Revista Jurídica de les Illes Balears*. N.º 10, Palma de Mayorca.

245 La noción de «bienes internos» es común en el lenguaje de la «ética de las virtudes». Escribe MacIntyre que «una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente lograr cualquiera de tales bienes [...] los bienes externos son

de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad. El deber de aplicar el Derecho coincide con lo que suele llamarse «la garantía objetiva de la jurisdicción» y los deberes de independencia e imparcialidad con «las garantías subjetivas de la jurisdicción». Como se verá, este análisis nos permitirá mostrar dos cosas. Una, que en términos prácticos el incumplimiento de las garantías subjetivas tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva. Y dos, que en términos conceptuales, las nociones de independencia y de imparcialidad son dependientes de la concepción del Derecho que se tenga.

Tema 4.1. El poder de la persona juzgadora (lo que le es posible hacer)

El profesor Aguiló expone sus ideas a partir de una opción expresa por la visión postpositivista, desde la cual explica que se entienden los deberes internos de la jurisdicción de manera clara, temas que se desdibujan desde otras concepciones del derecho, en particular las que son escépticas hacia el derecho:

El poder del juez (lo que le es posible hacer)

El juez es la persona que ejerce el poder jurisdiccional del Estado, que consiste en el poder de aplicar el Derecho a los casos concretos resolviendo de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas. Es evidente que esta definición de juez puede resultar parcial o insuficiente para muchos contextos y/o discursos jurídicos. Pero lo interesante de la misma radica en que caracteriza al juez como el titular de un poder del Estado. Construye la imagen del juez desde el poder, desde lo que le es posible hacer al juez y que nos resulta imposible de hacer a todos los que no somos jueces.²⁴⁶³

La importancia de lo anterior radica en que ninguna concepción del Derecho se ha mostrado escéptica hacia el poder de los jueces. Ninguna cree que su poder sea falso, ficticio o imaginario. Todas asumen que a los jueces les es posible producir resultados (realizar acciones tales como dictar sentencias, condenar, absolver, embargar bienes, ordenar alejamientos, etc.) que tienen gran impacto sobre los intereses de las personas y que nos resultan imposibles de producir a los que no somos jueces. El poder de los jueces es, pues, un aspecto de la «realidad» del Derecho que es ineliminable de cualquier análisis y que a nadie le puede pasar inadvertido. Repito, ninguna concepción relevante del Derecho niega este dato de la realidad. De ahí, la extensión de la conciencia de la necesidad de controlar el poder de los jueces. Ahora bien y hablando de control, sí hay (y ha habido) corrientes de pensamiento jurídico que se han mostrado escépticas hacia el Derecho y su capacidad para controlar las conductas. Es decir, corrientes que niegan (o dudan de) la capacidad de las normas jurídicas para guiar (regular) la conducta de los individuos, en general, y de los jueces, en particular; o que niegan que las normas jurídicas puedan suministrar razones para tomar decisiones relativas a su aplicación; o que consideran que el Derecho es radicalmente indeterminado y que, por tanto, nunca o casi nunca, suministra una única respuesta correcta; o que piensan que en la aplicación del Derecho, en realidad, no hay solución, sino pura y simple decisión; o que sostienen que las motivaciones (las argumentaciones) de las decisiones judiciales no son más que meras racionalizaciones a posteriori,

típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son el resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad». Vid. MACINTYRE, A. *Tras la virtud* (trad. de A. Valcárcel). Barcelona: Editorial Crítica, 1987, p. 237. El bien interno por excelencia en la práctica de la jurisdicción es, naturalmente, la justicia.

246 El análisis de la situación institucional o normativa de cualquier autoridad jurídica exige distinguir entre cuáles son sus poderes normativos y cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. Es decir, exige distinguir entre «lo que le es posible hacer» a esa autoridad (qué resultados institucionales le es posible producir) y «lo que le está permitido hacer» (qué resultados institucionales producidos son correctos). Esta distinción es fundamental para poder construir adecuadamente la crítica a la actuación de las autoridades jurídicas. Por ejemplo, en el caso de los jueces resulta evidente que les es posible dictar «sentencias ilegales» o absolver al culpable, o condenar al inocente, aunque también lo es que no les está permitido hacerlo. Vid. Aguiló Regla. J. (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel.

en forma jurídica, que ocultan los verdaderos factores extrajurídicos que en realidad han provocado la decisión, etc. Desde cualquiera de estos parámetros, es decir, desde el escepticismo radical hacia el Derecho y hacia el método jurídico es realmente difícil hablar de «deberes jurídicos de los jueces». Además, desde estos parámetros, la atribución de valor a la práctica de «aplicar el Derecho» sólo podrá provenir de ver en ella una oportunidad para proteger y/o promocionar bienes que son externos al propio Derecho y a su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en las versiones fuertes del instrumentalismo jurídico, o en las corrientes del uso alternativo del Derecho o, más recientemente, en el movimiento de los Critical Legal Studies, etc.²⁴⁷ Podrá hablarse de «buen juez» o de un modelo de juez pero en un sentido externo al propio Derecho; en el sentido del juez «político», del juez «ingeniero social», del juez «economista», etc. En definitiva, si uno adopta una actitud fuertemente crítica y escéptica hacia el Derecho (hacia la capacidad del Derecho de guiar y controlar la conducta), entonces sólo puede atribuirse sentido y valor a la actividad del juez tomando en consideración bienes externos al propio Derecho. (Aguiló, 2012: 1-3).

Tema 4.2. El deber de la persona juzgadora (lo que le está permitido hacer)

En este apartado, Aguiló se centra en las garantías para la ciudadanía, objetivas, como la sujeción a la ley, así como las garantías subjetivas: la independencia e imparcialidad:

*Tratemos de mirar la jurisdicción centrándonos en las «garantías» para los ciudadanos de que los jueces «cumplen» con la función que tienen encomendada. [...] Los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman garantías objetivas y garantías subjetivas de la jurisdicción. La garantía objetiva principal es la legalidad de la decisión jurisdiccional y las garantías subjetivas fundamentales son la independencia y la imparcialidad del juez. [...] ¿Qué exigen de los jueces los principios de independencia y de imparcialidad? Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito, es decir, satisface la garantía objetiva: la legalidad de la decisión) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). **Por decirlo de manera breve, en el ideal (propio de un Estado de Derecho) de un juez independiente e imparcial hay algo muy semejante a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta (en nuestro caso, la decisión) coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones del juez independiente e imparcial; o, dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión.** Así pues, la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuáles el juez decide [...] Debe quedar claro, pues, que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. [...] **El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto del litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de que no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio del juez [...] ¿En qué se diferencian,***

247 Sobre algunas de estas corrientes, véanse las obras de PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2008). *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis; (1996). *El movimiento critical legal studies*. Madrid: Tecnos y «Teorías críticas del derecho», en LAPORTA, F.; GARZÓN VALDÉS, E. (coord.). (1996). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.

pues, la independencia y la imparcialidad? **La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales (patronales, sindicatos, cofradías, hermandades, etc.), frente a la Iglesia Católica y otros credos religiosos, etc. La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto del litigio. [...] Lo importante es darse cuenta de que en torno a estos tres deberes (el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad) hay que construir lo que podríamos llamar los «bienes internos» relativos a la práctica de la jurisdicción, a la práctica profesional del juez en el Estado de Derecho. En el marco del Estado de Derecho, estos tres deberes son «necesarios», definitorios del rol de juez. Quien ejerce la jurisdicción eludiendo el Derecho (esto es, no aplicándolo), o sometiéndose a personas o cumpliendo funciones de representación de grupos (es decir, no siendo independiente), o teniendo interés en favorecer a alguna de las partes del proceso o en el propio objeto del litigio (o sea, no siendo imparcial) bien puede decirse que «no es juez» o que «no ejerce de juez». Esto último, que puede resultar un tanto «chocante», no es más que proyectar sobre la profesión de juez lo que siempre se dijo de las diferentes profesiones; que el profesional no puede disponer de los fines de su profesión, pues respecto de ellos sólo cabe adhesión.[...] Se trata de mostrar que cuando construimos la imagen del juez no desde los poderes (desde lo que le es posible hacer), sino desde los deberes (desde lo que le está permitido hacer), entonces vemos que hay deberes y fines que no son disponibles. [...] En términos más generales puede decirse que la concepción que se tenga del Derecho [...] Si independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra, entonces las nociones de independencia e imparcialidad son conceptualmente dependientes de la concepción del Derecho (y de su aplicación). Por ello, puede decirse que quien es escéptico frente al Derecho lo es también frente a la independencia y la imparcialidad de los jueces. Ahora bien, esto que es así en términos conceptuales se invierte en términos de (des)legitimación: el incumplimiento por parte del juez de las garantías subjetivas de la jurisdicción (de los deberes de independencia e imparcialidad) tiene un mayor potencial deslegitimador de la decisión jurisdiccional que el incumplimiento de la garantía objetiva.[...]. (Lo resaltado no es del original). (Aguiló, 2012: 6-12).**

Tema 4.3. Los deberes de la persona juzgadora y la deslegitimación de la decisión jurisdiccional

En este punto, el profesor Aguiló, partiendo de la idea de garantías objetiva y subjetivas de la jurisdicción, expone un planteamiento muy original que desvela la magnitud o gravedad de la infracción a los diferentes deberes internos de la jurisdicción. Tales incumplimientos o infracciones no afectan de manera simétrica la función jurisdiccional, hay unos más graves que otros. Por otro lado, también visibiliza cuáles faltas representan al sistema de administración de justicia, problemas solucionables para los que el sistema tiene mecanismos y respuestas, así como cuáles representan patologías de difícil o imposible solución.

Nótese que resulta decisiva, a criterio de Aguiló, la actitud que se tenga hacia el derecho y a la propia función jurisdiccional por parte de la persona juzgadora, pues solo tiene relevancia para quienes tienen una actitud de aceptación hacia los fines del derecho, mientras que, para quienes son escépticos a los fines del derecho, no poseen criterios de corrección, solo simulación de corrección.

Obsérvese el siguiente cuadro y las combinaciones de situaciones que se ofrecen:

- A. El caso del juez «independiente e imparcial acertado» (es decir, correcto-correcto).
- B. El caso del juez «independiente e imparcial equivocado» (correcto-incorrecto).
- C. El caso del juez «no independiente o parcial, pero que decide conforme a la legalidad» (incorrecto-correcto).
- D. El caso del juez «no independiente y/o parcial y que, además, toma una decisión ilegal» (incorrecto-incorrecto).

CASO. TIPO DE JUEZ		MOTIVOS PARA DECIDIR	CONTENIDO DE LA DECISIÓN	ACEPTANTE. ACTITUD CRÍTICA	ESCÉPTICO. ACTITUD CRÍTICA
A	Independiente e imparcial acertado. (correcto-correcto)	Correctos	Correcto	Aceptación de la decisión	No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección.
B	Independiente e imparcial equivocado. (correcto-incorrecto)	Correctos	Incorrecto	Acatamiento sin aceptación. Crítica interna al contenido de la decisión	
C	No independiente y/o parcial pero legal. (incorrecto-correcto)	Incorrectos	Correcto	Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la aceptación de la decisión dada la simulación de corrección.	
D	No independiente y/o parcial e ilegal. (incorrecto-incorrecto)	Incorrectos	Incorrecto	Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la crítica interna del contenido de la decisión	

A. El caso del Juez «independiente e imparcial acertado» (es decir, correcto-correcto) ilustra la situación en la que, conforme a criterios internos al Derecho, se valora que la decisión que el juez ha tomado es la decisión correcta y, además, se considera que lo ha hecho por los motivos correctos (es decir, porque era su deber). Quien asuma el punto de vista del aceptante (adopte una actitud crítica

interna) y considere que éste es el caso, se ve constreñido a aceptar la decisión. El interés de este caso, sin embargo, no radica en determinar cuál es la actitud interna coherente (porque es bastante obvia), sino en que permite mostrar cómo, con independencia de los motivos concretos del juez que decide o del contenido de la decisión tomada, siempre cabe la adopción por parte del observador de una actitud escéptica hacia las decisiones y las argumentaciones judiciales. La actitud escéptica hacia las normas y las razones jurídicas genera una crítica externa a las decisiones judiciales. Por hipótesis, siempre hay una infinidad de propiedades del juez y/o del caso que pueden suministrar un esquema de interpretación y explicación de la decisión al margen de las razones jurídicas. El género, el origen de clase, la religión, la ideología, la prensa y un largo etcétera pueden utilizarse como base de las explicaciones y de las críticas externas. En este sentido, la crítica externa es siempre posible y, en alguna medida, ineliminable. Ahora bien, este tipo de crítica externa, que es el resultado de una actitud escéptica frente a las normas y las razones jurídicas, desemboca necesariamente en una actitud también escéptica hacia la independencia y la imparcialidad. Por ello, las críticas externas, que son sólo el producto de una actitud escéptica hacia el Derecho en general, en realidad no dicen nada a propósito de la deslegitimación de ninguna decisión en concreto, ni de ningún juez en particular. Como se verá inmediatamente, una cosa es la crítica externa al Derecho y otra, la crítica externa a una decisión en concreto. En efecto, la crítica externa a una decisión concreta que afirma la presencia de un factor de explicación relevante y extraño al Derecho, que habla de los motivos concretos de un juez para decidir en un determinado sentido, en realidad, deja de ser externa para pasar a ser normativa y deslegitimadora. La acusación de simulación de corrección adquiere tintes muy diferentes según sea el producto de una actitud escéptica del observador hacia el Derecho en general o el resultado de una observación sobre un cierto juez y una cierta decisión en concreto.

B. El caso del Juez «independiente e imparcial equivocado» (correcto-incorreto), resulta idóneo para ilustrar lo que es una típica crítica interna a una decisión judicial. No se cuestionan los motivos por los cuales el juez decidió, se asumen como correctos, pero se critica la decisión tomada. La incorrección de la decisión se atribuye a un error, no a una deficiente o desviada motivación subjetiva del juez. Como cuestión de hecho, es obvio que, desde una perspectiva interna, la magnitud del error puede configurarse como un indicio de haber actuado por motivos incorrectos. Pero, en general, en condiciones normales, la crítica a las decisiones judiciales suele ser interna; se critica la decisión pero no se deslegitima su autoridad: «se acata, pero no se comparte», suele decirse. Igual que en el caso anterior, la crítica externa al Derecho, o meramente escéptica, es siempre posible e ineliminable.

C. El caso del Juez «no independiente o parcial pero que decide conforme a la legalidad» (incorrecto-correcto), ilustra lo que es la deslegitimación de una decisión por la deslegitimación de quien la toma. Quien decidió no debió decidir por no reunir las exigencias esenciales para la legitimidad de la jurisdicción. Así vista, la presencia de los motivos correctos es condición necesaria para la aceptación o el acatamiento de la decisión. Desde la perspectiva interna, la creencia de que la decisión fue producida por motivos prohibidos lleva inexorablemente a la consideración de que la «motivación» de la decisión es pura simulación de corrección; es decir, lleva a la misma conclusión del escéptico, pero con la diferencia de que no es el producto de una actitud general frente al Derecho, sino de la interpretación de la concreta conducta de un juez en una ocasión determinada. Sin imparcialidad o sin independencia, la decisión del juez carece de autoridad.

D. El caso del juez «no independiente y/o parcial y que además toma una decisión ilegal» (incorrecto-incorreto), faltan las dos condiciones básicas para la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales: independencia e imparcialidad (es decir, motivos correctos), por un lado, y legalidad (es decir, aplicación correcta de la ley), por otro. Aquí ocurre igual que en el caso anterior, la actitud interna hacia el Derecho lleva a realizar una crítica externa al contenido de la decisión, de forma que la argumentación de la decisión se ve como pura simulación de justificación (pura racionalización, en el sentido peyorativo de la expresión). [...] (Aguiló, 2012: 12-18).

De la clasificación propuesta por el profesor Aguiló, surgen importantes conclusiones que, desde la consideración de los deberes internos de la jurisdicción, resultan graduables la gravedad e impacto sobre la Administración de Justicia, desde la persona juzgadora que actúa con fidelidad a los deberes de imparcialidad e independencia; pero que falla en sus consideraciones jurídicas, hasta quien resuelve contra derecho simulando que lo hace con independencia e imparcialidad. La concepción jurídica que la persona juzgadora adscriba permitirá visualizar con mayor claridad los deberes de la función jurisdiccional, si no se tiene una visión escéptica acerca de los fines del derecho.

EJERCICIO

- ✓ Elabore un ejemplo hipotético de cada una de las cuatro combinaciones ofrecidas por Aguiló en el cuadro precedente.
- ✓ Tomando en cuenta el delito de prevaricato (artículo 357 del Código Penal):
- ✓ “Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.
- ✓ Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores”.
- ✓ ¿Cuáles de las combinaciones propuestas por Aguiló serían susceptibles de ser sancionadas por este delito? Justifique su respuesta.

Tema 4.4. Modelos de persona juzgadora desde el movimiento “*Critical Legal Studies*” por Duncan Kennedy

Una vez vista la perspectiva de Josep Aguiló en el tema anterior, la cual parte de una consideración ética o deontológica de cómo deberían comportarse las personas juzgadoras a partir de la exigencia de los deberes internos de la función jurisdiccional, resulta un buen contrapunto tomar como parámetro otra perspectiva de orden descriptivo —cómo se comportan las personas juzgadoras en la realidad— en este caso, la del movimiento “*Critical Legal Studies*” que surgió en la cultura jurídica estadounidense es escéptica al derecho y la posibilidad de un discurso justificativo de las decisiones judiciales, pues parte del carácter político de la Administración de Justicia:

TRES MODELOS DE JUEZ

Duncan Kennedy, quizás el más caracterizado representante del movimiento «Critical Legal Studies», presenta aquí (Kennedy 1997) una tipología de jueces que actúan estratégicamente, en relación con un problema de interpretación y en un proceso de apelación. Con ello se refiere a los jueces que no se limitan a ser «fieles» al Derecho (ésa sería para él una conducta no estratégica), sino que tienen una clara preferencia ideológica, externa al Derecho, y tratan de dar a los materiales jurídicos (a las normas jurídicas) una interpretación (de entre las varias posibles) acorde con esa opción ideológica. Por lo demás, Kennedy entiende que la manera como operan esas preferencias de los jueces (el que

sean conservadores o liberales —en el sentido estadounidense de la expresión) ha de entenderse de acuerdo con lo que Sartre llamaba «mala fe». Eso quiere decir que los jueces son semi-conscientes (conscientes e inconscientes al mismo tiempo) de su comportamiento estratégico. Al negar que las ideologías jueguen un papel en su actuación en cuanto jueces, no están simplemente mintiendo, sino negando el conflicto (entre hacer justicia y seguir el Derecho), presentando una imagen de la función judicial que les resulta psicológicamente más comfortable; a ellos y a la comunidad jurídica que les sigue el juego. Ocultan la verdad (el Estado de Derecho, el imperio de la ley, no guía su comportamiento, sino que simplemente pone unos límites a la persecución de sus objetivos políticos) porque les resulta incómoda; su actitud les sitúa, pues, entre la buena fe y el cinismo.

**Estrategizar la conducta estratégica
en la interpretación jurídica [...]
Tres tipos judiciales**

Juez o jueza activista (restringido)

Los abogados conceptúan a algunos jueces como activistas restringidos, refiriéndose con ello a la imagen que ellos (los abogados) tienen de cómo obran los jueces, una imagen que usan para predecir lo que esos jueces harán. He aquí mi versión de la imagen de los abogados. Supongamos que el juez, en una primera aproximación al caso, tiene una idea clara acerca de cuál es la regla de common law aplicable y de cómo interpretarla. Pero supongamos que, si fuera un legislador, no desearía que esa regla se aplicara a ese tipo de casos y la cambiaría (prospectiva o retrospectivamente) añadiéndole una excepción.

Supongamos además que, si se le pidiera que explicara su disconformidad con «el Derecho» y la dirección en la que lo cambiaría, ofrecería una crítica política de la regla y una justificación política de la excepción propuesta que uno identificaría con la «ideología conservadora». Finalmente, supongamos que ese juez tiene una opinión crítica similar, políticamente conservadora, de muchas otras reglas y que nunca o casi nunca critica las reglas en un sentido que pueda hacerle parecer como un liberal.

Este juez no tiene intención de desobedecer el Derecho. Lo que hace de él un activista restringido es que dedica una gran cantidad de tiempo y de energía a elaborar una interpretación jurídica distinta a la que en principio parece la mejor. [...] Llamo a este juez activista porque tiene un motivo «extrajurídico», es decir, la consecución de un resultado justo [...] Nótese que esta forma de activismo está orientada hacia las reglas jurídicas. [...] En el curso de su trabajo, el juez va y vuelve entre las razones a favor de su nueva interpretación jurídica y las mejores razones en su contra, con un espíritu de fidelidad a los materiales. Pero hace esto con una finalidad: la de establecer que la solución legislativa que prefiere es la solución jurídica correcta. En la persecución de esta finalidad, no es neutral a la hora de usar sus recursos. Ha empleado mucho tiempo inventando una estrategia, sumergiéndose en los libros, manteniéndose todo el tiempo alerta para eventuales pedazos de material que pudieran ser útiles para construir su argumentación. En el desarrollo de la mejor argumentación contra su posición, su motivo ha sido defensivo. Es decir, ha tratado de pensar en lo que diría sobre su alternativa alguien que estuviera tan dispuesto a mantener la primera impresión como él lo está a derribarla. Cuando considera que tiene una respuesta satisfactoria a las objeciones en las que puede pensar, detiene su investigación y se pone a la tarea constructiva de reforzar su propia posición, imaginando otra objeción para refutar. Verdaderamente, el juez ha asumido en este proceso un riesgo de buena fe de ser persuadido por la opinión opuesta. [...] Si llega a la conclusión de que el Derecho exige la interpretación «incorrecta», luchará contra esa conclusión, pero se someterá a ella si no puede presentar una buena argumentación jurídica en sentido contrario. Si concluye con una sensación de que las argumentaciones a favor de las distintas interpretaciones están tan equilibradas que hay un elemento de decisión al elegir entre ellas, lo hace de acuerdo con su sentido (previsiblemente conservador) de lo que es justo dadas las circunstancias y redacta una motivación con las mejores razones posibles en el sentido de que ese resultado era el requerido por el Derecho. [...].

Juez o jueza del término medio

[...] La postura del juez del término medio es, desde el punto de vista de un observador externo, más pasiva que la del activista restringido. Tiene un sentido desarrollado de la manera como los grupos actúan en un conflicto ideologizado a través de la creación judicial de Derecho. Está orientado hacia este aspecto de la jurisdicción exactamente de la misma manera que los otros participantes. Pero utiliza ese conocimiento para calcular lo que los «ideólogos», sus colegas activistas restringidos, verían como la interpretación óptima de la regla desde la perspectiva liberal y conservadora, y entonces elige una interpretación que se sitúa entre las dos. Esto es posible, porque la estructura ideológica de los materiales es un continuo. La regla liberal y la conservadora son polos de ese continuo y en el medio hay una serie de posiciones «moderadas». Esto no resulta inconsistente con el «o/o», «sí/no» o carácter binario de la jurisdicción. Es cierto que una parte o la otra vence, pero generalmente habrá varias reglas de interpretación bajo las cuales vence el demandante y varias que suponen la victoria para el demandado. El juez del término medio tiene que ver con la estructura de la regla, más bien que con las partes particulares. Lo que entiendo por término medio es elegir una formulación de la regla, una interpretación más bien que una parte, que es «moderada» desde el punto de vista ideológico. [...].

Juez o jueza bipolar

El juez bipolar combina rasgos de los otros dos. A veces, trabaja duramente para desarrollar una posición fuertemente liberal en un problema, como lo haría un activista restringido. Pero en el próximo caso se muestra igual de decidido a favor de una posición conservadora, también como un activista restringido, pero con el compromiso opuesto. El observador externo entiende que el juez tiene el proyecto de hacer una carrera judicial que se sitúa en el término medio más que defender una opinión en un caso particular que suponga eso. [...] Lo que hace a este juez bipolar es que tiene una tendencia consistente a alternar entre una y otra ideología a lo largo del tiempo. Supongamos que uno es un abogado practicante que concurre ante él con un caso ideológicamente cargado en un momento en el que él ha actuado como un liberal varias veces a lo largo de una serie de casos. Hay una probabilidad mucho mayor de que el juez optará por una regla de interpretación conservadora en ese caso, de la que habría si el mismo caso le hubiese llegado al juez al final de una serie de decisiones conservadoras. Puede haber muchos aspectos particulares del caso que uno puede predecir que resultarán atractivos a su particular temperamento judicial o a su modelo previo de alternancia entre los extremos. Pero también es verdad que su temperamento judicial tiene una estructura general que es independiente de esos aspectos particulares. Él es bipolar. No pertenece, de hecho, a un campo ideológico. Pero, como en relación con el juez del término medio, predecimos su conducta sobre la base de nuestro conocimiento de las representaciones ideológicas de otras gentes [...] A diferencia del juez del término medio, «se deja ir» y participa activamente para construir posiciones realmente ideológicas respecto de las cuales él es al mismo tiempo «independiente» (Kennedy 1997: 180-186). (Atienza, 2013: 84-86).

La descripción que ofrece Kennedy de la conducta de las personas juzgadoras resulta interesante y útil en términos de apreciarla como un insumo más en la construcción de un modelo personal o estilo de la persona juzgadora que se desea ser.

Autores como Manuel Atienza sugieren considerar que la interpretación del derecho, de la Constitución exige una filosofía moral y política, la cual, en algún sentido, forma parte del derecho y, que por ello, es posible sostener una actitud de objetividad en el derecho y las decisiones jurisdiccionales.

EJERCICIO

- ✓ De los tres tipos de actitud estratégica en las personas juzgadoras, ofrecidas por Dunkan Kenney, ¿cuál le resulta la más adecuada? Argumente su respuesta.

Tema 5. Concepción del derecho y su impacto en la persona juzgadora

De seguido se hace una recapitulación de las ventajas que los postpositivistas y los realistas observan en sus propuestas, considerando que, a lo largo de este texto, se ha sostenido la idea de que la función jurisdiccional se entiende y practica de diferente forma, según la concepción jurídica que se asuma.

Tema 5.1. Orientación postpositivista

Siguiendo —una vez más— al profesor Josep Aguiló (2012), se puntualizará en algunas ideas que promueven las ventajas del enfoque postpositivista o constitucionalismo en la función jurisdiccional:

El postpositivismo principialista sostiene que en el Derecho no sólo hay reglas —normas jurídicas que excluyen la deliberación práctica— sino que también hay principios. **Los principios** son un tipo de normas que dotan de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes a las reglas y cuya aplicación, a diferencia de lo que ocurre éstas, exige siempre deliberación práctica. Por tanto, **además de subsunción, la aplicación del Derecho exige «ponderación»**; y ésta es una operación esencialmente valorativa, práctica. Por otro lado, conforme a esta concepción, **el Derecho no debe ser visto sólo como un conjunto o un sistema de normas; es también una «práctica social» que no se entiende en toda su dimensión si se la reduce a lo que sería su puro aspecto externo o convencional**. Participar en una práctica no es sólo reproducir una conducta ya pautada, es también desarrollarla coherentemente cuando la convención resulta, en algún sentido, insuficiente. Por tanto, el Derecho no es algo que simplemente está ahí, objetivado fuera de los sujetos con unos perfiles nítidos y acabados. **La idea de coherencia normativa, que es central en todo el postpositivismo, va perfilando los límites de lo jurídico a medida que es necesario, entre otras cosas porque «el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general»**. En consecuencia, para el postpositivismo, la distinción relevante ya no es la que opone caso regulado (resuelto por las reglas) a caso no regulado (no resuelto por las reglas), sino la que opone caso fácil a caso difícil. Un **caso es fácil** cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un **caso es difícil** cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que encontrarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. **Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (jurisdictio, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (jurisprudencia, ponderar el Derecho para el caso)**. Desde esta concepción, la discrecionalidad del juez, o del aplicador en general, no se concibe ya como libertad de elección entre las opciones permitidas, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades. **¿Cómo quedan la independencia y la imparcialidad? [...] tres ideas que, en mi opinión, resultan esenciales. La primera idea, para el postpositivismo, los predicados «independencia» e «imparcialidad» vuelven a concebirse plenamente como relativos a los sujetos llamados a aplicar la ley o a deliberar sobre la solución del caso. No se predicán ya de los resultados de la aplicación de la ley o de la solución. El juez es el que debe ser independiente e imparcial, no tanto la aplicación de la ley. En consecuencia, se recuperan la independencia y la imparcialidad como**

genuinas garantías subjetivas de la administración de justicia. **La segunda idea** a destacar es que, conforme al postpositivismo, no cabe en absoluto reducir todo el Derecho a la ley (o, en términos teóricos, todo el Derecho a las reglas jurídicas). Por tanto, no cabe tampoco ver la aplicación del Derecho como si fuera una cuestión eminentemente teórica y/o avalorativa. **En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero hay también principios; y guiarse por (o aplicar) principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo y que, además, es siempre valorativo.** Ahora bien, lo realmente significativo es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por la autoridad edictora. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. La diferencia más importante en relación con las anteriores formas de entender el Derecho radica en la consideración de que **ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque las reglas no son sólo manifestaciones de voluntad de la autoridad edictora), sino serlo a sus razones subyacentes, al balance de principios que las reglas pretenden reflejar (es decir, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos).** La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero el Derecho está compuesto por principios y por reglas. Por ello, incluso la máxima lealtad a las reglas presupone la realización de valoraciones. [...] **La tercera idea** [...] el ideal de un juez independiente e imparcial alude a un juez en quien la explicación y la justificación de la decisión coinciden; es decir, un juez en quien los motivos por los que decide coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión. O lo que es lo mismo, aunque dicho de otra manera: que no tiene más motivos para decidir que aquello que lo justifica. Si ello es así, entonces el ideal de un juez independiente e imparcial presupone el ideal de que es posible encontrar en el Derecho una solución para cada caso. La diferencia entre el postpositivismo y el formalismo radica en que, mientras que éste último construye la aplicación del Derecho como una cuestión teórica no comprometida en términos prácticos y/o valorativos (es decir, neutral), el postpositivismo la construye como una cuestión eminentemente práctica y valorativa. (Lo resaltado no es del original) . (Aguiló, 2012: 29-32).

Tema 5.2. Orientación realista crítica

Desde la acera del realismo jurídico, se presentará la recapitulación final en palabras del profesor Enrique Pedro Haba, quien, insistiendo en la necesidad de que las personas juzgadoras asuman su responsabilidad ante las diferentes posibilidades interpretativas del derecho, cierra su propuesta metodológica con el siguiente epílogo:

Epílogo: Realismo jurídico como ética de la responsabilidad judicial (¡Contra la Razón jurídica trunca y la ideología judicial de “lavarse las manos”!)

Toda reflexión sobre el Derecho conlleva implicaciones éticas. Es así, quiérase o no, por cuanto ella destaca tales o cuales conductas, sean solamente en el orden intelectual o también considerando aspectos materiales sociales, llevadas a cabo por los operadores jurídicos. Esas conductas pueden ser las que ya están ahí u otras que se señalan como posibles cambios. Con ello queda implicado, al menos en forma implícita, que es bueno o no tan bueno, conveniente o inconveniente, etc., que el jurista razone así.

Comparando el razonamiento jurídico realista con la fundamentación jurídica normativista resulta que, a pesar de todo, tienen en común algo fundamental: ambos caminos constituyen formas del pensamiento jurídico. ¿Por qué, y en qué, son específicamente “jurídicos” tanto el uno como la otra? Si recordamos los cuatro pasos que componen el itinerario de la fundamentación jurídica realista, vemos que en el primer “momento” son decisivas, y a partir de allí lo son también para marcarle límites a los

otros tres momentos, justamente unas ideas con que nos encontramos asimismo en razonamientos normativistas: los topoi pertinentes de textos oficiales y de textos doctrinarios, llamados a colación para resolver una cuestión de derecho. La diferencia entre ambas aproximaciones no reside en la peculiaridad de basarse especialmente sobre semejantes topoi, sean unos u otros, sino en que: a) el trabajo con dichos topoi es encarado por los realistas en función de dos presupuestos [supra: § 4] que, por el contrario, los normativistas no toman en cuenta; b) y sobre todo, los realistas no se quedan trancados en el primer momento, como los normativistas, sino que, con base en él, aquellos se preocupan por seguir adelante en el esfuerzo por arribar a la respuesta jurídica más adecuada, prosiguen la investigación jurídica completándola mediante tres momentos más que no asoman (por lo menos conscientemente) en el horizonte normativista. En cambio, el discurso normativista procede a amurallarse en una especie de “cielo” de conceptos y buscar esencialmente allí toda respuesta jurídica. El normativismo de los juristas consiste, pues, ni más ni menos que en restringir el tratamiento de las cuestiones jurídicas a los planteamientos propios de una Razón amputada, encerrándola dentro del primer momento. Son razonamientos truncos, ya que se dan por satisfechos con, se autoconfinan a, NO ir más allá del primer paso para responder a esas cuestiones.

Ello tiene consecuencias prácticas de primordial importancia. El juez normativista, basándose en que le basta con hurgar en ese cielo, “no levantar los ojos” de ahí, no considera necesario tomar en cuenta, para justificar la decisión jurídica por él sostenida, qué repercusiones ésta pueda tener, o no, en los hechos. Piensa más o menos así (pero, por supuesto, no lo dirá con tanta franqueza): “Lo de las consecuencias prácticas, ¡eso no me incumbe a mí! La decisión a que llego en la sentencia, y las razones en que la fundamento, nada de eso lo he decidido yo mismo, me lo impone indefectiblemente lo establecido al respecto en el dominio soberano [cielo] de las “verdades” jurídicas, del cual simplemente soy un oyente atento y servidor leal”. — Así, el juez se lava las manos en cuanto a los efectos reales de sus fallos.

El normativismo es una trampa para la Razón práctica en general. Entre los juristas, esa trampa se hace “falsa conciencia” que funciona como ideología profesional típica de su gremio (nota 39). Ya lo dije, el normativismo jurídico es una forma de “lavarse las manos”. Con esto quiero señalar que no se trata apenas de un error intelectual. No es simplemente una forma engañosa, por no decir mentirosa, de presentar las cosas (Superstición del Único Significado Verdadero, Basic Legal Myth, etc.). Tampoco es una cuestión simplemente valorativa, como tantas, o sea, cierta opción ni más ni menos justificable, como tal, que otras. Se trata también, y sobre todo, de mucho más, de algo que la mayoría de los errores y la mayoría de los juicios de valor no conllevan necesariamente: es “huirle al bulto” de la responsabilidad práctica que tiene la función judicial. El normativista dice: “Yo no tengo la culpa, no tuve más remedio que resolver así”. ¡Pero eso no es cierto! Cuando se presentan posibilidades distintas dentro del marco legal, las opciones de interpretación, no es verdad que el juez “no puede” resolver de una u otra manera, entre interpretaciones lingüísticamente viables. No, no es que “no podía”: él NO QUISO resolver de manera distinta [...] ¡pero “se lava las manos”! Quiere decir que la “técnica” de fundamentación normativista implica una ética de ir-responsabilidad para los jueces, en cuanto a los efectos que para los seres de carne y hueso ocasionan las decisiones judiciales.

Por el contrario, las fundamentaciones realistas presuponen aceptar una ética de la responsabilidad de los propios jueces por buena parte de las consecuencias prácticas que acarrearán sus fallos, ya que el jurista realista no tiene ambages en reconocer que a menudo el “marco” legal tolera márgenes de interpretación y que estos permiten al intérprete autorizado inclinarse ya sea por unas u otras soluciones jurídicas. Ante aseveraciones tan francas se ha objetado que hacerles tomar a los jueces

conciencia de tal cosa conllevaría poner en sus manos la potestad de decidir arbitrariamente. Se dice que una vez armados de semejante poder, esto provocaría que, en la práctica, ellos no titubearían en fallar incluso más allá del “marco” legal. Tampoco hay seguridad alguna, se agrega, de que esta arbitrariedad vayan a utilizarla para elegir soluciones más justas y de mayor practicidad para alcanzar valiosos fines sociales, sino que posiblemente sus decisiones serían, a menudo, todavía menos adecuadas que las resultantes de razonamientos normativistas, además de ser mucho más inseguras que estas. Así se saca la consecuencia de que, justamente desde el punto de vista práctico, lo mejor es que los jueces sigan creyendo en la ficción del Único Significado Verdadero, como auto freno a la tentación de usar arbitrariamente su libertad. — Si tal observación fuera correcta, mal podría decirse que la fundamentación realista es más “responsable” que la normativista. Pero, ¿cómo saber quién tiene razón? Si de lo que se trata es de juzgar las consecuencias prácticas de adoptar una u otra de esas dos orientaciones, las pruebas al respecto no pueden ser de tipo apriorista y consistir simplemente en unas suposiciones. Las pruebas, para ser tales, es indispensable recabarlas de la experiencia judicial misma.

En cuanto al normativismo, las comprobaciones sobre su ajenidad a la práctica son tan frecuentes y han sido señaladas de manera tan abundante, que la evidencia cae por su peso; no veo qué más se pueda pedir para enterarse de ello. Desde luego, eso no quiere decir que todas, y seguramente ni siquiera la gran mayoría, de las sentencias normativistas han de ser, por fuerza, contraproducentes en la práctica. Muchas de ellas, posiblemente la mayoría, podrían ser refrendadas hasta por un razonamiento jurídico realista; pero este, para ser tal, tendría que fundamentarlas, cuando fuera necesario, de manera menos “trunca”. El verdadero punto en discusión no es si sea posible acertar también por vías meramente normativistas, en muchos casos, sino dos cuestiones de base: i) si tales vías, el normativista, constituyen la mejor manera, en el plano intelectual, de fundamentar resoluciones prácticas de orden jurídico; y ii) si ello no abre la puerta para que en no pocos casos (aunque no sean la mayoría) se yerre, desde el punto de vista práctico, justamente por caer en déficits de racionalidad que una fundamentación realista permitiría evitar.

La verdad es que, si bien hay abundante prueba empírica de yerros imputables al normativismo de los jueces, no menos cierto es, también, que falta “testar” suficientemente en la práctica las alternativas de razonamiento realista para los casos señalados. Tales pruebas escasean porque, justamente, los juristas no suelen presentar sus argumentaciones de esa manera. Por lo general, los jueces no invocan fundamentos realistas, sea o no que los tomen en cuenta en su fuero íntimo, ni tampoco los abogados de las partes se atreven a plantear las cosas francamente así (también, entre otros motivos, por temor a chocar con el normativismo de los jueces).

De todas maneras, si se examinan numerosas resoluciones judiciales cuestionables por sus consecuencias prácticas, no es difícil darse cuenta de que, en la mayoría de ellas, podría haberse acudido a una alternativa realista de fundamentación que evitase las consecuencias indeseables acarreadas por yerros imputables a estrecheces normativistas en que incurre el juez. Y el normativista debería estar en condiciones de ofrecer incluso la prueba inversa: exhibir unos fallos fundamentados realísticamente, o en todo caso una fundamentación realista presentada como alternativa en estudios de teoría jurídica, donde las consecuencias prácticas sean perjudiciales de una manera que, precisamente, se evitase razonando al modo normativista.

No se ve por qué los jueces realistas fueran a “abusar” de su libertad, que es inevitable, más de lo que en general hacen jueces normativistas. No menos unos que otros están limitados, en la práctica, por dos fuertes vallas. a) En general, los jueces se sienten sujetos por su propia conciencia profesional, moral, ideológica, etc. ¿Por qué la de los realistas habría de ser más “floja” que la de los normativistas? Y además, por si no alcanzara con esa, su propia conciencia: b) los jueces están vigilados por factores de su entorno social, tanto los institucionales como los de orden público general y múltiples “presiones” personales, todo lo cual no les permite “salirse” habitualmente del marco legal y ni siquiera elegir con total libertad dentro de él. ¿Por qué estos factores no habrían de “pesar” igualmente sobre jueces realistas?

Dado que la argumentación realista obliga a poner abiertamente “las cartas sobre la mesa”, así resulta que tanto los principios – “axiomas” valorativos en posición de fines– como las referencias a la realidad social –los medios de eficacia práctica– van a quedar, de tal manera, netamente sometidos a la posibilidad de un claro control público de racionalidad, dentro y fuera del tribunal. Las fundamentaciones normativistas escapan a semejante posibilidad. Se conforman con refugiarse en su cielo dogmático, cuyas figuras son por principio no menos ajenas que inmunes a pruebas y contrapruebas de orden empírico-social. En cambio, las razones realistas pertenecen al orden de la racionalidad fáctica. Tales razones, al ser intersubjetivamente controlables, hacen así plenamente responsable a quien las presenta, mientras que las fundamentaciones normativistas se basan en unas “evidencias” iusmísticas. Estas últimas, por escapar a la posibilidad de ser verificadas o falsadas intersubjetivamente, hacen que el elegir entre una y otra respuesta jurídica venga a ser, al fin de cuentas, una cuestión de “gustos” doctrinarios, queda diluida la responsabilidad intelectual de quien recurre a ellas.

* * *

En síntesis.– 1) Es por demás abundante la prueba empírica de la existencia de fallos judiciales que, justamente por haber sido producidos con base en un enclaustramiento normativista del pensamiento jurídico, han tenido efectos muy contraproducentes en la práctica. 2) En cambio, no se sabe de pruebas semejantes en cuanto a que, para aquellos mismos casos u otros, una fundamentación realista lleve a consecuencias prácticas similares o aún peores.

Por todo lo señalado, en realidad la alternativa no está planteada entre menor libertad con jueces normativistas y mayor libertad con jueces realistas. Tan libres son, de hecho, los unos como los otros (nota 40). La gran diferencia es:

- entre fallos para el “cielo” y fallos para la “tierra”;
- entre fundamentaciones trucas y fundamentaciones plenamente racionales;
- entre fundamentaciones en clave de *me-lavo-las-manos-por-lo-que-pase* y fundamentaciones en clave de *reconozco-que-elegí-yo-mismo-lo-que-pasará*.

En definitiva, dos éticas judiciales. Una de ellas, esencialmente dogmática y escapista: normativismo. Pero enfrente queda abierta la posibilidad, metodología realista-crítica, de sacar adelante una ética de la plena RESPONSABILIDAD intelectual y social del juez, como sujeto moral de sus propios fallos. (Haba, 2004; 48-58).

Tema 5.3. ¡Usted elije!

Al llegar al final de este texto, en muchas temáticas relevantes del razonamiento jurídico, de forma transversal, desde la Unidad I, han estado presentes las propuestas superadoras de los dos enfoques alternativos del derecho que se han expuesto.

Ahora bien, este ejercicio se ha venido realizando sin tomar partido —al menos de forma explícita— por alguno de ellos, ya que corresponde ahora, a quien ha transitado por estas páginas tomar una decisión y adscribir las ideas que resulten más adecuadas y útiles en la definición de la identidad que, como persona juzgadora, debe construirse para el ejercicio de la judicatura.

No se podría cerrar esta discusión, sin requerir del sabio consejo de Vaz Ferreira, quien diría que, dejando de lado el «**pensar por sistemas**» y asumir el «**pensar por ideas para tener en cuenta**», superando

también la «**falsa oposición**» de buenas ideas que, aunque provengan de enfoques distintos, pueden resultar convergentes en la definición de esa idea modélica de persona juzgadora que, para satisfacer las demandas de la población hacia la Administración de Justicia, se debe ir construyendo.

Bibliografía

- **Aguiló, Josep.** (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. En: Revista Jurídica de les Illes Balears. N.º 10, Palma de Mallorca.
- Disponible en internet:
- <https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2013/07/RJIB-10.pdf>
- _____ (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En: Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa. N.º 30. Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras>
- _____ (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- **Atienza, M.** (2015). Razonamiento jurídico. (Cap. 39). En: Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. II. (Coord. Fabra, J. & Rodríguez, V. Universidad Nacional Autónoma de México).
- _____ (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- **Atienza, M. & Ruíz Manero, J.** (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. En: Revista Isonomía. N.º 27. ITAM, México.
- **Canale, D. & Tuzet, G.** (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Lima: Editorial Palestra.
- **García, A.** (2011). Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. En: Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa. N.º 34. Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10151/1/doxa25_15.pdf
- **Haba, E. P.** (2008). Del «subjetivismo» en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. En: Revista Jurídica Estudiantil Hermenéutica. N.º 15. San José: Impresos Chico.
- _____ (2002). Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. En: Cuadernos de Filosofía del Derecho - Revista Doxa. N.º 25. Universidad de Alicante.
- Disponible en internet: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10151/1/doxa25_15.pdf
- **Moreso, J. J.** (2021). Aplicación del derecho y los casos de Noara y Jaffa Cakes (en diálogo con Luís Duarte d'Almeida). En: Revista Discusiones. N.º 27, España.
- _____ (2016). Con la plomada de Lesbos. Celano sobre Rule of Law y particularismo. En: Revista Iberoamericana de Argumentación. N.º 13, Madrid.
- **Zerpa, L. & Delgado, J.** (2004). *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.

1	<p>DERROTABILIDAD / DERROTABLE</p> <p>La derrotabilidad como un problema del derecho contemporáneo -en tanto trata sobre la existencia de excepciones en las normas generales-, se puede entender como una propiedad lógica del derecho asociada a una inferencia especial, una inferencia no monótonica...Se entiende por derrotabilidad de la norma cuando el mismo sistema ofrece supuestos de hecho que restringen su aplicabilidad.</p> <p>https://www.academia.edu/26544332/Derrotabilidad_de_las_normas_jur%C3%ADdicas_y_su_aplicabilidad_un_concepto_general</p> <p>*Ejemplo: las causas de justificación como eximentes de la responsabilidad penal.</p>
2	<p>DOXA / DOXÁTICO</p> <p>El concepto, procedente del griego, alude a una opinión o a un punto de vista. En el ámbito de la filosofía, se entiende como doxa al conocimiento que no brinda una certeza absoluta. La doxa, por lo tanto, es un saber aparente y no un dato objetivo. Dicho de otro modo: la doxa no constituye un verdadero conocimiento de la realidad. Varios filósofos griegos se centraron en el asunto de la doxa. Parménides empleó la noción para aludir a la “vía de la opinión”, diferente de la “vía de la verdad”. Platón, por su parte, consideraba que la doxa era un conocimiento engañoso desarrollado a partir de la imaginación y de la fe. De esta forma se oponía a la episteme, un conocimiento que podía justificarse como verdad.</p> <p>https://definicion.de/doxa/</p>
3	<p>ECLÉCTICO / ECLECTICISMO</p> <p>Eclecticismo es la tendencia a formarse un criterio o plan de acción a partir de la combinación de doctrinas, teorías, sistemas, ideas o estilos de diferentes corrientes, sin elegir un único punto de vista.</p> <p>El término proviene de la expresión griega eklegein, que quiere decir ‘escoger’. Así, aquellas personas que para juzgar una situación o actuar, en lugar de decidirse por una sola doctrina o sistema, deciden combinar elementos de corrientes diferentes, o que pretenden conciliar distintos puntos de vista, se dice que practican el eclecticismo.</p> <p>El eclecticismo se caracteriza, así, por no acogerse de manera estricta a ninguna doctrina en su estado “puro”, sino a aquellos elementos de varias doctrinas que resultan convenientes para complementar información o para dejar abiertas las posibilidades de nuevos paradigmas.</p> <p>https://www.significados.com/eclecticismo/</p>

4 **EMPÍRICO / EMPIRISMO**

1. adj. Perteneiente o relativo a la experiencia.

Ant.: teórico.

2. adj. Fundado en la experiencia.

Sin.: experimental, práctico, probado.

Ant.: teórico.

<https://dle.rae.es/emp%C3%ADrico?m=form>

Se conoce como empirismo a un movimiento filosófico que confía en las experiencias humanas como las únicas responsables por la formación de ideas y conceptos existentes en el mundo.

El empirismo es una doctrina filosófica y epistemológica que alude que todo conocimiento que posee o adquiere el hombre es producto de la experiencia, bien sea interna o externa, y por ello es visto como una consecuencia de los sentidos.

Como tal, el empirismo niega que la verdad absoluta sea accesible al hombre, ya que este debe de ponderarla, y es a partir de la experiencia que se puede obtener con firmeza si la misma es cierta, o por el contrario, corregirla, modificarla o abandonarla. El conocimiento empírico consiste en todo lo que se sabe sin poseer un conocimiento científico, por ejemplo: se sabe que el fuego quema porque ya se vivió esa experiencia.

En consideración a lo anterior, se puede concluir que la experiencia es la base, origen, y límites del conocimiento. Por lo tanto, para el empirismo un conocimiento es admitido únicamente si es aprobado por la experiencia, quien es la base del conocimiento, como ya se hizo referencia.

<https://www.significados.com/empirismo/>

5 RAZONABILIDAD /RAZONABLE

1. f. Cualidad de razonable (|| conforme a razón).

Sin.: equidad, moderación, lógica, naturalidad, prudencia.

<https://dle.rae.es/razonabilidad?m=form>

1. adj. Adecuado, conforme a razón. Respuesta razonable.

Sin.: racional, cerebral, justo, sensato, prudente, ecuánime, equitativo, procedente, moderado, lógico, cabal, natural, mesurado.

Ant.: irracional.

2. adj. Proporcionado o no exagerado. Distancia razonable.

Sin.: suficiente, módico, proporcionado, prudencial.

Ant.: exagerado.

<https://dle.rae.es/razonable#DJFUu5p>

Cualidad de lo que se ajusta a la facultad de conocer, saber o reflexionar. || Modo de lo que está conforme a la capacidad de pensar. || Carácter de lo que es justo o equitativo. || Forma o condición de la persona, cosa o situación que puede ser aceptada o admitida en virtud de su necesidad, idoneidad o proporcionalidad.

<https://dictionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/razonabilidad>

6 STARE DECISIS

El término “stare decisis”, traducido del latín como “mantener lo que se ha decidido”, se refiere al principio legal de que los tribunales deben seguir fallos anteriores al adjudicar casos similares.

Este principio establece la autoridad de los precedentes judiciales y es fundamental para la coherencia y estabilidad del sistema jurídico

Hay dos tipos principales de stare decisis:

Vertical: Se refiere a la obligación de los tribunales inferiores de seguir las decisiones de los tribunales superiores en casos similares. Este tipo de stare decisis garantiza la coherencia dentro de un sistema judicial jerárquico.

Horizontal: Se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propias decisiones anteriores en casos similares. Esto significa que un órgano jurisdiccional está vinculado por sus propias decisiones anteriores.

<https://www.aurum.com.br/blog/glossario-juridico/stare-decisis/>

*En el sistema jurídico anglosajón es un principio de vinculación obligatoria. En la tradición romano-germánica o continental, este principio es relativo, vincula sólo por expreso mandato normativo. En Costa Rica es el caso de las resoluciones de la Sala Constitucional.

7 TALANTE

1. m. Modo o manera de ejecutar algo.

2. m. Semblante o disposición personal.

Sin.: humor, actitud, disposición, temple, carácter, temperamento, condición, índole.

<https://dle.rae.es/talante?m=form>

El término “talante” abarca dos significados fundamentales. En primer lugar, se refiere al estado de ánimo o disposición emocional de una persona en un momento dado, influyendo en su actitud y forma de enfrentar situaciones. Por otro lado, también alude a la voluntad o grado de compromiso con el que se realiza una acción específica. En definitiva, “talante” engloba tanto la disposición emocional como la voluntad y grado de compromiso en una tarea determinada.

<https://www.definiciones-de.com>

8 TOPOI

En retórica clásica, la topoi son fórmulas de stock (como juegos de palabras, proverbios, causa y efecto y comparación) usado por retors para producir argumentos. Singular: topos. También llamado temas, lociy lugares comunes.

El termino topoi (del griego para “lugar” o “turno”) es un metáfora introducido por Aristóteles para caracterizar los “lugares” donde un hablante o escritor puede “localizar” argumentos que son apropiados para un tema determinado. Como tal, los topoi son herramientas o estrategias de invención.

En el Retórica, Aristóteles identifica dos tipos principales de topoi (otemas): El general (Koinoi Topoi) y lo particular (idioi topoi). Los temas generales (“lugares comunes”) son aquellos que se pueden aplicar a muchas materias diferentes. Los temas particulares (“lugares privados”) son aquellos que se aplican solo a una disciplina específica.

<https://es.peopleperproject.com/posts/24151-definition-and-examples-of-the-topoi-in-rhetoric#:~:text=Tambi%C3%A9n%20llamado%20temas%2C%20loci%20y%20lugares%20comunes.%20El,los%20topoi%20son%20herramientas%20o%20estrategias%20de%20invenci%C3%B3n.>

ANEXO N.º 1

COMIC EL «CASO DE JUANCHO»



A finales del mes de octubre, en una zona rural, montañosa, cafetalera, en época lluviosa en Costa Rica. En esos días está el OIJ haciendo investigaciones en la zona, relacionadas con las condiciones de trabajo de trabajadores estacionales de etnia indígena.



Escenario del crimen

Es hallado el cadáver de una mujer, dentro de un cafetal a 50 metros de una pulpería y bar de la comunidad.

Elementos relevantes para la investigación:

1) El cadáver de una mujer se encuentra sobre el suelo, boca arriba (decúbito supino) en medio de un trillo que atraviesa el cafetal, el cuerpo de la mujer presenta múltiples heridas que parecen que son congruentes con arma punzocortante. Las heridas se observan principalmente en el tórax. Hay salpicaduras de sangre, tanto en las ropas del cadáver, un charco de sangre al lado del cadáver, así como salpicaduras de sangre en el suelo e incluso en las hojas de los cafetos cercanos al cuerpo.

- “una colilla de cigarro marca “Furris” sobre el cuerpo de la occisa.
- “Un teléfono celular apagado”.



El cuerpo fue hallado por el señor A.B.C. mientras transitaba por el trillo del cafetal a eso de las 20:35 horas, avisó a la Policía de inmediato. Cuando entrevistan al señor A.B.C. menciona que, de previo al ingreso del cafetal, había estado jugando pool en el Salón Comunal con los señores: E.F.G. y H.I.J. Los tres escucharon gritos de una mujer como 10 minutos antes de que se diera el hallazgo del cuerpo. Los testigos no escucharon el sonido de motores (carro o motocicletas) que pasaran por el lugar, tampoco el paso de caballos, en los momentos previos o posteriores a la escucha de los gritos de la mujer. El señor A.B.C. explica que encontró el cadáver mientras se dirigía caminando a su casa por ese atajo o trillo.

La Policía Judicial se hizo presente al escenario del delito, pasados 25 minutos de que se diera el hallazgo del cuerpo (21:00 horas), pues se encontraba por la zona y fue alertada vía radio.



Los oficiales X, Y, Z se reúnen para establecer la hipótesis de investigación a seguir. El oficial X hace la siguiente conjetura:

1. El testigo ABC escuchó gritos de una mujer 10 minutos antes del hallazgo del cuerpo. Eso ubica el momento de la agresión a las 20:25 horas.
2. Hemos llegado al escenario a las 21:00 horas, de manera que a este momento (21:15 horas) han pasado 50 minutos de la agresión.
3. Si asumimos que la persona o personas responsables de la muerte de esta mujer, se han desplazado a pie (no se escucharon motores o paso de caballos).
4. En un terreno como este, no podrían haber avanzado más allá de 5 kilómetro, de manera que propongo un perímetro de búsqueda de 5 kilómetros del punto donde se ha encontrado el cuerpo.



El oficial Y propone:

5. Que se dé búsqueda a personas que muestren salpicaduras de sangre en sus ropas, pues la dinámica del ataque es coincidente con el uso de armas punzocortantes.
6. También sugiere que las personas responsables podrían portar consigo armas punzocortantes.



El oficial Z propone:

7. Observar la suela de los zapatos que calcen personas que resulten sospechosas, a efectos de su comparación con las huellas levantadas alrededor del cuerpo de la mujer.
8. Observar la tenencia de cigarrillos para su comparación con la colilla encontrada sobre el cadáver de la mujer.



9. Dentro del perímetro de búsqueda, a 3,8 kilómetros del escenario del delito, habiendo transcurrido tan solo 10 minutos de su búsqueda, se logra la ubicación de un sospechoso, quien se encuentra en la entrada de una parcela, a unos 20 metros de una casa de habitación, dentro de la parcela.
10. Al momento de ser abordado por la Policía, el sujeto se encuentra fumando un cigarrillo que resulta ser de la misma marca que el hallado sobre el cuerpo de la víctima, en uno de los bolsillos de su pantalón, porta un paquete de cigarrillos al que solo le faltan dos cigarrillos y sonde la misma marca que los del escenario del delito.
11. Cuando el sujeto observa la patrulla y los agentes descender de esta, el sujeto se pone nervioso, apaga el cigarrillo con su zapato y trata de huir del lugar.
12. El calzado que lleva el sospechoso coincide con el diseño de la suela hallada en las huellas encontradas al lado del cadáver, de igual manera coincide en cuanto a su talla o tamaño.
13. El sospechoso tiene en sus ropas salpicaduras de un líquido rojizo. También hay algunas manchas en la cara y donde comienza el cabello.



Una vez que el sujeto es detenido, vía radio los oficiales actuantes se comunican con el oficial X para pedirle instrucciones sobre cómo proceder una vez detenido el sospechoso.

El oficial X indica: “[...] tráiganlo a la Fiscalía, ya no hace falta buscar más, éste es el homicida que buscábamos [...]”.



El sujeto es detenido y llevado a la Fiscalía de la zona. Durante la indagatoria, se abstiene de declarar.

El fiscal del caso remite el expediente y al detenido ante el Juzgado Penal, a efectos de que se resuelva una solicitud de prisión preventiva.

Durante la audiencia el fiscal habla de la existencia de:

“[...] elementos de convicción para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él [...]”. Artículo 239 inciso a del Código Procesal Penal.

Afirma que la probabilidad es muy alta y que faltan pruebas por ser procesadas como:

- a) Pericia de ADN de la saliva de la colilla del cigarrillo hallado sobre el cuerpo de la occisa.
- b) Pericia de ADN de las manchas de sangre en las ropas y cuerpo del imputado.
- c) Levantamiento de huellas dactilares y evidencias biológicas del teléfono.
- d) Apertura del teléfono celular para determinar su contenido y datos de abonado.



Escenario del delito: cuerpo de mujer apuñalado, manchas de sangre que salpicaron los alrededores, huellas de calzado, colilla de cigarrillo de una marca rara (Furris).

Imputado detenido: dentro del perímetro de búsqueda estimado por la Policía, con salpicaduras de un líquido rojizo en su ropa y cara, talla y diseño de suela de sus botas coincidentes con las del escenario del crimen. Portaba una cajetilla de cigarrillos de la marca extraña que coincide con la colilla que estaba en el cuerpo de la occisa además que al paquete o cajetilla le faltaban dos cigarrillos (el que estaba fumando cuando fue detenido y el que posiblemente sea el que estaba sobre la occisa).

Por lo tanto, es altamente probable que el acusado sea quien haya dado muerte a la ofendida [...]. solicita SEIS MESES DE PRISIÓN PREVENTIVA para el imputado.

: rechazo los cargo, voy a explicar cada una de las cosas que ha dicho el fiscal:

- 1) Sobre que yo me encontraba dentro de un perímetro de búsqueda, no entiendo a qué se refieren con eso, lo único que puede decir es que al salir de trabajar todos los días me voy a cenar a la casa de mi mamá, sitio donde fui detenido por la policía. De manera que yo no me encontraba ahí por estar huyendo de un delito, sino porque acababa de cenar con mi mamá.*
- 2) El que estuviera fumando, nada tiene que ver con la muerte de esa muchacha, pues mucha gente fuma en la zona y casi todo el mundo consume esa marca de cigarros, sean los cigarros “Furrís”, pues hace como tres meses empezaron a vender esos cigarros, los traen de Panamá, parece que los hacen en China y cuestan la mitad de los otros. (En efecto en la comunidad hay muchos fumadores y el cigarro más vendido es de la marca “Furrís”)*
- 3) Que me vieron en actitud nerviosa y buscando fugarme cuando vi a los policías, desde luego que es cierto, en esa comunidad viven dos mujeres con las que tengo hijos y se ponen de acuerdo para meterme preso por el tema de las pensiones alimentarias, a cada rato me detienen producto de que no siempre puedo pagar, esos días no ha podido pagar, por lo que al ver la policía me asusté dado que siempre tengo esos problemas.*
- 4) Respecto a mis zapatos, debo aclarar que andaba botas de hule dado que esta zona es cafetalera y llueve mucho en el mes de octubre. Por eso prácticamente toda la gente usa esas botas, son marca “Colibrí”. (En efecto alrededor del 75% de la comunidad calza botas “Colibrí”, el 65% de los hombres usa la misma talla del sospechoso, que es igual a la que apareció en la en la escena del crimen)*
- 5) Respecto a las salpicaduras de color rojizo que tengo en mis ropas y el cuerpo, debo aclarar que en efecto son manchas de sangre, pero eso se debe a que yo destazo ganado en el matadero de la comunidad, yo destazo chanchos y reses. Luego de salir del trabajo paso a visitar y a comer con mamá, antes de ir a mi casa. Esas manchas no tienen que ver con la muchacha muerta.*
- 6) Ahora que el fiscal mencionó que había un teléfono celular decomisado, me acordé de un dato que podría ser relevante, y es que mi teléfono me lo robaron antier. Es decir, dos días antes de que me detuvieran.*

ESCENARIO A

JUICIO – ESCENARIO A

PRUEBA RESTANTE

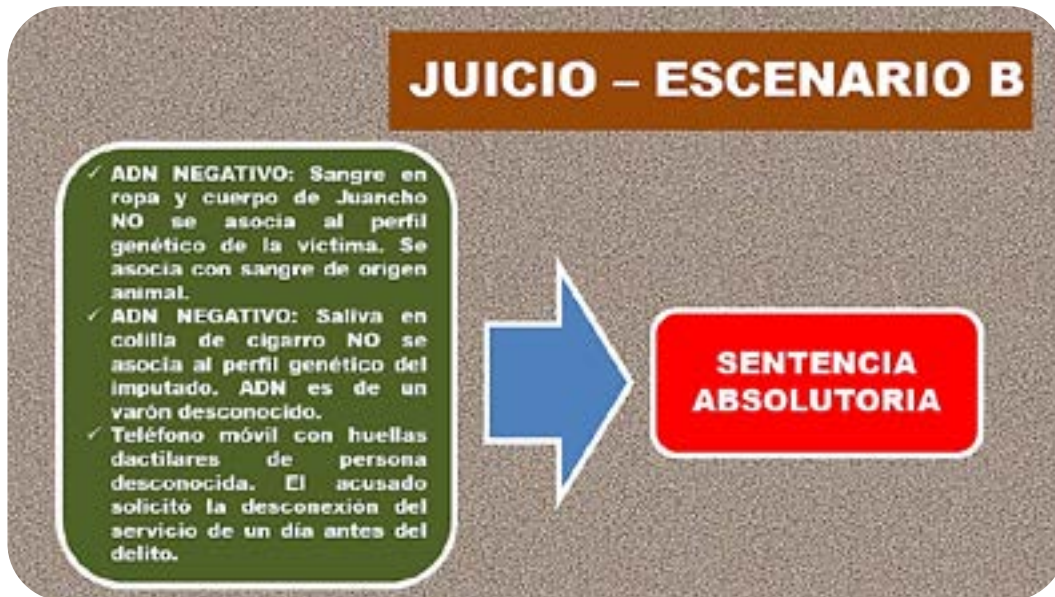
- ✓ **ADN POSITIVO:** Sangre en ropas y cuerpo de Juancho se asocia con el perfil genético de la víctima.
- ✓ **ADN POSITIVO:** Saliva en colilla de cigarro se asocia con el perfil genético de imputado.
- ✓ Teléfono móvil sólo con huellas dactilares del imputado y fotografías de la víctima instantes antes de morir.



**SENTENCIA
CONDENATORIA**



ESCENARIO B



EJERCICIOS UNIDAD IV — COMIC SOBRE EL CASO JUANCHO (ANEXO N°1)

1. Tomando como base el ejemplo de “Estudio en Escarlata” de Las Aventuras de Sherlock Holmes (Tema 5.2: Abducción, como resultado o proceso.) Grafique, usando como modelo las imágenes del ejemplo, la forma en que se plantearon las hipótesis de investigación los oficiales de policía en el Caso Juancho. Utilice como referencia el escenario primero (tesis inculpativa que finaliza en una sentencia condenatoria para Juancho).
2. Sobre el escenario segundo del Caso Juancho (tesis exculpativa que finaliza en una sentencia absolutoria a favor de Juancho), cuál sería la explicación del por qué la investigación falló en el objetivo de determinar quién mató a la muchacha. (Temas 5.2 y 5.3). Justifique su respuesta.
3. Haga un recuento de los indicios o elementos de prueba disponibles al momento en que Juancho es conducido a la Fiscalía. ¿Cómo se relacionan los elementos de prueba recopilados con la acusación que se le hace a Juancho en términos inferenciales? ¿Se trata de inferencias deductivas o inductivas? Justifique sus respuestas.
4. Haga un nuevo recuento de indicios o elementos de prueba, incluyendo las explicaciones que brindó Juancho ante el Juzgado Penal. ¿Cambia la estimación de probabilidad de responsabilidad penal de Juancho cuando se incorporan los elementos y explicaciones de Juancho? ¿Cómo se relaciona la inclusión de nuevos elementos y explicaciones aportadas por Juancho con las características y propiedades de los razonamientos deductivos e inductivos (tema 2.2.)? Justifique sus respuestas.
5. Elabore dos esquemas de silogismo judicial sobre el Caso Juancho, que correspondería a una sentencia condenatoria, (escenario A), y a una sentencia absolutoria (escenario B), según los esquemas de razonamiento expuestos en la unidad IV.

ANEXO N.º 2

UN EJEMPLO DE ANÁLISIS DE UN ARGUMENTO JURÍDICO: ELEMENTOS FORMALES, MATERIALES Y PRAGMÁTICOS DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.

Antes se ha señalado que para dar cuenta cabal de los argumentos jurídicos se necesita combinar los tres enfoques a los que me he referido en los anteriores apartados. Y acabo de decir también que al enfoque pragmático habría que darle una cierta preeminencia. Trataré de mostrar más en detalle lo que significan esas dos afirmaciones, tomando un ejemplo de argumento jurídico: el argumento de autoridad.

En el Derecho, los argumentos de autoridad son relevantes tanto en relación con la premisa normativa como con la premisa fáctica; de hecho, existen no sólo autoridades prácticas (sobre cursos de acción), sino también autoridades teóricas (sobre creencias). Empecemos con los argumentos jurídicos de autoridad de carácter práctico

Si uno entendiera los argumentos de autoridad (prácticos) en un sentido amplio, como aquellos basados en enunciados (premisas) autoritativos, entonces todos los argumentos jurídicos aplicativos lo serían (contendrían una apelación a la autoridad). Pero hay también un sentido más estricto de esa noción. Tarello habla de un tipo de argumento interpretativo (de los enunciados normativos) que denomina “autoritativo o *ab exemplo*”: sería aquel por el cual a un enunciado normativo se le adjudica el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por este solo hecho. Considera que es uno de los argumentos tradicionales de la retórica y que coincidiría con los que Perelman llama argumentos a partir del ejemplo. Se basan en el principio de inercia, o sea, en la tendencia a conservar el modelo de comportamiento establecido.

La estructura lógica de un argumento (práctico) de autoridad (en sentido amplio o en sentido estricto) es simple. Podría esquematizarse así:

-X ha establecido que en las condiciones C debe hacerse A (por ejemplo, seguir el sistema de fuentes vigentes, o interpretar [el enunciado] I en el sentido I').

-X tiene autoridad sobre Y (que se encuentra en las condiciones C).

Pero el argumento de autoridad también es importante en contextos jurídicos teóricos (relativos a hechos, a cuestiones probatorias). La apelación a la autoridad teórica, a los expertos, es de gran relevancia en la argumentación legislativa. Y también en la argumentación judicial y de los abogados: en los problemas de prueba, la apelación a los expertos, el uso de la prueba pericial, puede tener un carácter decisivo. El manejo de ese argumento exige una particular habilidad en el caso de los sistemas acusatorios en los que se practica el interrogatorio cruzado.

El análisis a hacer del mismo, en términos formales, es paralelo al del argumento en contextos prácticos. Walton, por ejemplo, lo esquematiza así:

-E es experto en D.

-E afirma que A es verdadero.

-A está dentro del dominio D.

-Por lo tanto, A(plausiblemente) es verdadero.

La única diferencia en relación con lo que resultaría de trasladar aquí el otro esquema es que ahora se añade una premisa, la que hace referencia al dominio o campo de pericia, que sería equivalente al ámbito en el que se tiene autoridad práctica; y la aclaración (contenida en la conclusión) de que se trata de un argumento plausible o derrotable. Pero esos dos elementos aparecían también cuando utilizábamos para representar el argumento de autoridad práctico el esquema de Toulmin, si bien es importante precisar que el sentido en el que puede considerarse derrotable una norma jurídica es distinto a cuando se trata de un enunciado teórico: Por un lado, en relación con los principios, cuando uno de ellos resulta derrotado al efectuar la ponderación, ello no quiere decir que pierda su validez, que deje de ser un principio válido del ordenamiento; a diferencia, por tanto, de lo que ocurre con un enunciado teórico que resulta derrotado. Y, en relación con las reglas, ellas presentan una resistencia típica a ser derrotadas, muy superior a la que puede encontrarse a propósito de los enunciados teóricos.

En todo caso, también aquí podríamos usar el esquema de Toulmin. La pretensión sería que A es verdadero. Las razones, las premisas del razonamiento. La garantía, el enunciado general de que si un experto en un campo hace una afirmación relativa a ese campo, entonces la misma es (probablemente) verdadera. El respaldo, los métodos usados en ese campo de conocimiento. Y las condiciones de refutación, las circunstancias que anularían lo anterior como, por ejemplo, que hay otro experto que, con mejores credenciales, afirma lo contrario, o que se ha efectuado una prueba empírica que desmiente la afirmación del experto.

También aquí cabe construir una serie de reglas pragmáticas a seguir en el uso del argumento, centradas en varias preguntas críticas. Walton lo sistematiza en las 6 siguientes: 1) ¿Cae el juicio del experto dentro de su campo de especialidad?; 2) ¿Se trata realmente de un experto?; 3) ¿Cómo de experto es?; 4) ¿Hay desacuerdos con otras autoridades en la materia?; 5) ¿Avalan las pruebas objetivas existentes al respecto la opinión del experto?; 6) ¿Se ha interpretado bien lo dicho por el experto?

FUENTE:

Atienza, M. (2015). Razonamiento jurídico. (Cap. 39). En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. II. (Coord. Fabra, J. & Rodríguez. V. Universidad Nacional Autónoma de México). Pp: 1443-1446.

ANEXO N.º3

UN MÉTODO PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

El análisis y la evaluación de los argumentos requiere (cuando se trata de argumentaciones complejas) un método que permita representar adecuadamente el conjunto de los elementos que constituye la argumentación (y que no sólo son argumentos en sentido estricto). De acuerdo con lo que se ha dicho, ese método tendría que hacer posible la representación no sólo de la forma, la estructura, de la argumentación, sino también de las razones que se esgrimen en una argumentación (indicando sus diversos tipos, el peso relativo de cada una, etc.) y de los elementos pragmáticos de la misma. Quizás sea imposible dar cuenta completa de todos esos elementos; o, si se quiere, para lograrlo habría que idear un método que probablemente sería excesivamente complejo o engorroso como para que pudiera ser manejable y, por tanto, de utilidad para el jurista. De manera que hay que pensar en algún modelo razonablemente simple y que, sin embargo, sea también suficientemente completo.

Una posibilidad, sin duda, es la de recurrir a la lógica formal clásica, como han hecho muchos autores (incluidos los representantes de la teoría estándar de la argumentación jurídica: como MacCormick o Alexy). El formalismo de la lógica es, obviamente, un expediente útil para muchos propósitos, pero la representación que proporciona no resulta satisfactoria cuando se trata de argumentos jurídicos de cierta complejidad, y no sólo en relación con los casos estrictamente difíciles. Por diversas razones: no da cuenta del flujo de la argumentación, o sea, lo que se representa no es el proceso, la actividad de argumentar, sino exclusivamente el resultado; no da cuenta de la diferente fuerza que tienen cada una de las razones, de los argumentos (en la lógica formal estándar, todas las premisas -no superfluas- valen lo mismo); no da cuenta de la variedad de actos de lenguaje en que consiste la argumentación; y la representación que ofrece es, cabría decir, lineal, mientras que las argumentaciones reales se asemejan más bien -como a veces se ha dicho- a la trama de un tejido (es una metáfora de Perelman) o a las patas de una silla (Wisdom). Tampoco cabría proponer una representación basada en las razones, en lo que hemos llamado elementos “materiales” de la argumentación, puesto que el sentido de esas razones no sería comprensible si se dejaran fuera los elementos estructurales y los pragmáticos. De manera que la mejor alternativa parece que tendría que ser la de un modelo que asumiera más bien la perspectiva pragmática de la argumentación pues, como se señaló en el capítulo anterior, esa perspectiva no es reduccionista, esto es, permite dar cuenta también de los elementos formales y materiales de la argumentación. Un ejemplo de esto último es el esquema ideado por Toulmin y al que ya se ha hecho referencia varias veces. Y otro, el propuesto por el procesalista estadounidense John Wigmore, a partir de la segunda década del siglo XX, que denominó “*chart method*”, y que ha sido desarrollado (y simplificado) recientemente por Twining, Anderson y Schum.

El método que aquí se propone se basa en la utilización de diagramas de flechas y, hasta cierto punto, podría considerarse como un desarrollo del de Toulmin y puede complementarse con el de Wigmore, al que me acabo de referir, si bien este último se aplica únicamente a la argumentación en materia de hechos. No da cuenta, por supuesto, de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos. En el mismo se refleja tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de esos pasos. Por lo demás, permite también captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos. Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial el problema que da lugar a la argumentación -y la respuesta a la misma--la solución. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones -como ya se ha dicho- no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.

El punto de partida consiste en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Ese flujo se puede representar mediante líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis. Además de estos argumentos, a los que cabe llamar simples, se pueden representar diversos tipos de argumentos complejos; o sea: puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor.

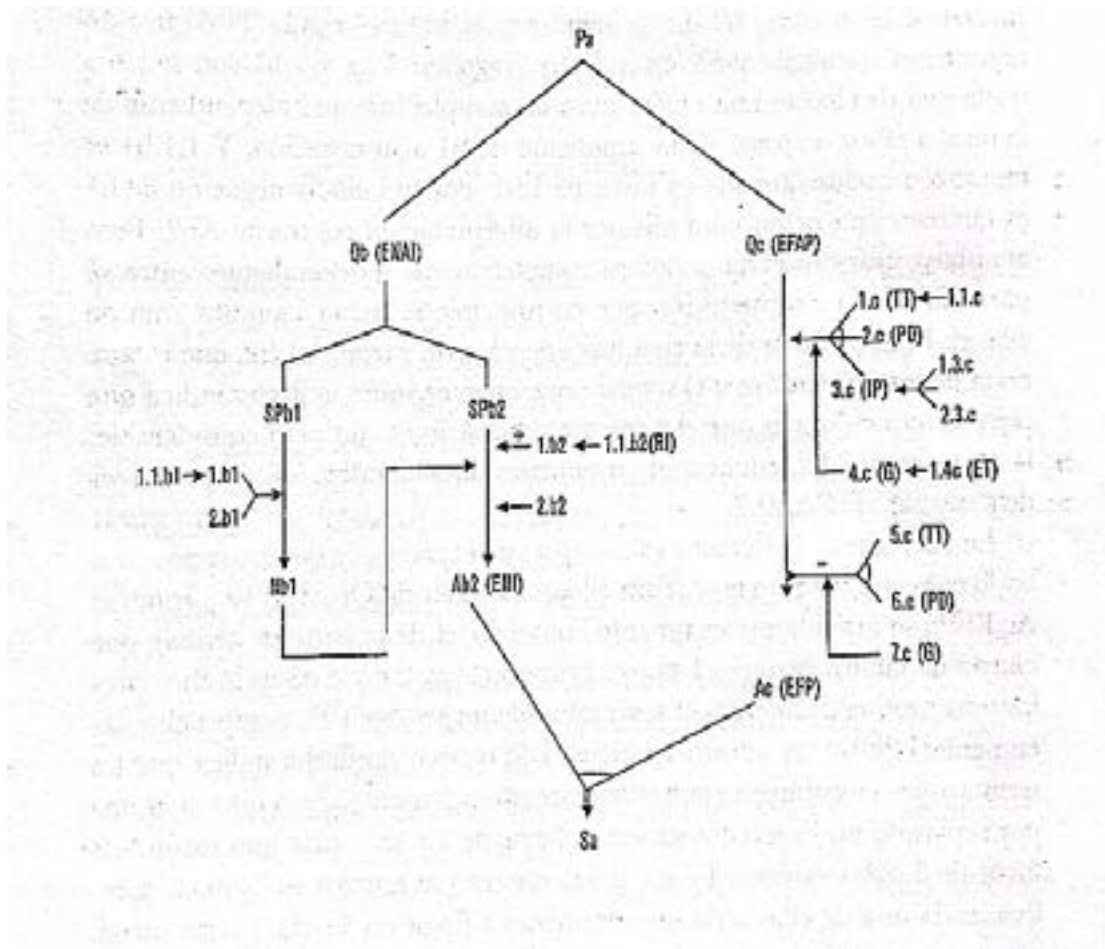
En cuanto al contenido proposicional (el elemento material en sentido amplio de las argumentaciones), algunos expresan razones, pero otros no; o sea, hay oraciones lingüísticas que forman parte de una argumentación y que no son un argumento -una razón- en sentido estricto: por ejemplo, una pregunta. Ahora bien, además del contenido proposicional, el esquema puede dar cuenta (cuando resulta de interés) de los diversos tipos de enunciados -de premisas y de conclusiones- que se contienen en una argumentación jurídica. Como anteriormente se ha señalado, algunos de esos enunciados forman parte del sistema jurídico, y otros no. Los que pertenecen al sistema pueden ser de carácter teórico, como las definiciones, o práctico, como las normas o los valores; las normas pueden ser reglas o principios, etcétera. Entre los que no forman parte del sistema, puede distinguirse, a su vez, entre enunciados interpretativos, teóricos (de la dogmática o de la teoría del Derecho), jurisprudenciales, empíricos, valorativos, etcétera.

Por lo que se refiere a la dimensión pragmática, el esquema trata de captar el aspecto ilocucionario, esto es, los diversos tipos de actos de lenguaje que tienen lugar dentro del acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Así, además del acto de plantear un problema y de proponer una solución, tienen particular importancia las preguntas que el argumentador se va haciendo a lo largo del proceso argumentativo y que, a

su vez, podrán clasificarse, por ejemplo, en cerradas u orientadas (pueden concebirse como una disyunción entre dos o más miembros y cuya respuesta-que no es la respuesta final- consistirá, por lo tanto, en optar por uno de ellos) o bien abiertas (la pregunta está formulada de manera que no están delimitadas de antemano las respuestas posibles entre las que habría que elegir). Además, una argumentación incluye también suposiciones, afirmaciones o negaciones. El modelo no permite dar cuenta de todos los aspectos retóricos y dialécticos de una argumentación (por ejemplo, si se utiliza un lenguaje más o menos preciso, cargado emocionalmente, etcétera), pero sí de algunos de ellos: del orden de la argumentación, de la concentración del esfuerzo argumentativo en ciertos lugares o momentos y, hasta cierto punto, de la interacción dialéctica que tiene lugar cuando sobre un mismo problema se han producido diversas argumentaciones.

Finalmente, el esquema está pensado partiendo de un tipo característico de argumentación jurídica, la justificación judicial, pero es suficientemente flexible como para, a partir de ahí, poder extenderlo (con alguna que otra modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas.

El siguiente diagrama, referido a un ejemplo ficticio de argumentación, puede servir para aclarar todo lo anterior:



La argumentación se abre con el planteamiento de un problema, representado con la mayúscula P, que modaliza un contenido proposicional, a. Por ejemplo, si una persona debe ser o no condenada, si a alguien se le declara o no propietario de un determinado bien, etc. (los problemas judiciales están, por lo general, planteados en términos binarios). A partir de ahí, la argumentación se abre en dos ramas, lo que quiere decir que la solución del problema depende de dos cuestiones (representadas cada una por la Q mayúscula que se antepone a la letra proposicional): la de la izquierda es de tipo interpretativo: cómo debe entenderse un contenido proposicional, b, que representa un enunciado normativo a interpretar (es lo que señalan las letras que aparecen entre paréntesis, tras la letra proposicional); la de la derecha es una cuestión probatoria: ¿ha tenido lugar un hecho descrito en la proposición c —lo que aparece entre paréntesis a su derecha caracteriza el tipo de enunciado: un enunciado fáctico que tiene que ser probado—?

La cuestión de la izquierda (la cuestión interpretativa) lleva a plantearse dos suposiciones (SP), o sea, ese enunciado puede entenderse de dos maneras: como b1 o como b2. La primera suposición es negada (Nb1) por un argumento complejo que consta de tres razones: 1.b1 y 2.b1 son razones (cada una de ellas es una razón, pero no completamente independiente de la otra) a favor de pasar de la suposición de b1 a su negación. Y 1.1.b1 es una razón exclusivamente en favor de 1.b1. Por su lado, la negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria: Ab2. Pero aquí hay otras dos razones, ahora completamente independientes entre sí, para afirmar la interpretación que en principio se había supuesto: una de ellas es 1.b2, en favor de la cual hay además otra razón, 1.1.b2, que es una regla de interpretación; y el signo + que aparece sobre la flecha indica que esa es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable; la otra razón, 2.b2, enuncia un argumento simple, independiente, en favor de pasar de SPb2 a Ab2.

La cuestión de la derecha es resuelta en el sentido de que se da por probado el hecho descrito en c. Para ello, para pasar de Qc (EFAP) a afirmar c: Ac (EFP), se articula un argumento complejo (el de la parte de arriba), que consta de cuatro razones. Las tres primeras, 1.c, 2.c y 3.c son hechos probatorios: respectivamente, el testimonio de un testigo (TT), una prueba documental (PD) y un informe pericial (IP); el arco de flecha indica que las tres razones constituyen conjuntamente un argumento, pero que cada una por separado no lo sería; a su vez, a favor de 1.c se aporta una razón, y a favor de 3.c dos razones, 1.3.c y 2.3.c, conectadas entre sí en forma disyuntiva: cada una de ellas sería un argumento a favor de 3.c. La cuarta razón, 4.c, es un enunciado general (por ejemplo, una máxima de experiencia), a favor de la cual hay una nueva razón, 1.4.c, que es un enunciado teórico (por ejemplo, una doctrina dogmática); esa razón (como pasa con las garantías en el esquema de Toulmin) da fuerza para pasar del conjunto de las anteriores a la afirmación de que c ha tenido lugar (Ac). Pero hay además otro conjunto de razones (5.c y 6.c son de nuevo hechos probatorios y 7.c un enunciado general) en el que el sentido de la flecha está invertido; quiere decirse con ello que esas tres razones constituyen un argumento en contra de dar como probado el hecho (de pasar de Qc a Ac); pero un argumento más débil que el anterior (lo que se señala con el signo "-"), y de ahí que se concluya afirmando c.

El tramo final representaría lo que sería la justificación interna de una decisión judicial: a partir de una norma (un enunciado normativo interpretado en un cierto sentido: Ab2(ENI)) y de un hecho considerado probado (un enunciado fáctico que enuncia un hecho considerado probado: Ac(EFP)), se concluye en forma deductiva (representado con la doble línea de la flecha) que la solución debe ser a (Sa): que tal persona debe ser condenada o que debe ser considerada propietaria de tal bien.

FUENTE:

Atienza, M. (2015). Razonamiento jurídico. (Cap. 39). En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. II. (Coord. Fabra, J. & Rodríguez, V. Universidad Nacional Autónoma de México). Pp: 1446-1451

ANEXO N.º4

UN EJEMPLO MUY NETO DE NORMATIVISMO JUDICIAL

(Conferencia de Enrique Pedro Haba)

He subrayado que si el juez toma el camino de elegir en forma realista sus fallos, se le abre también el campo de las ciencias sociales para contribuir a decidirlos y a fundamentarlos. Pero no pocas veces, ni siquiera será necesario que recabe la opinión de unos expertos de ellas, ya que las circunstancias fácticas que rodean el caso pueden requerir, apenas ciertos conocimientos muy elementales, del dominio público inclusive. Entonces resulta todavía más patente adónde conduce la perspectiva normativista, su radical extrañamiento respecto al mundo real. Voy a señalar acá un caso de esos, paradigmático si se quiere, para permitirles apreciar, de manera bien neta, la ceguera que se autoimpone el pensamiento normativista. Pero no tengo más remedio, por razones de tiempo, que limitarme a referir tal caso judicial en forma muy elemental; de manera que quienes quieran conocerlo más en detalle, más a fondo, les recomiendo leer esa sentencia de manera integral. Como aquí traigo eso simplemente a título de ilustración, me tomo la libertad de exponerlo en una forma simplificada. Es una decisión que tomó la Sala Constitucional de Costa Rica.²⁴⁸ Veamos de qué se trataba:

Sucedió sobre el final de la campaña para las elecciones presidenciales y parlamentarias de ese país, a principios del año pasado. Se habían puesto de acuerdo los canales de televisión y los principales periódicos en organizar un debate televisivo entre los dos candidatos que tenían realmente posibilidades de ganar. Se pensaba organizar ese debate como se hace corrientemente, para que cada uno de los dos expusiera sus puntos de vista enfrentados a los del otro, con lo cual prácticamente se cerraría dicha campaña. Entonces el candidato presidencial de un partido minoritario, del cual se sabía que era prácticamente imposible que pudiera terciar en esas elecciones (pertenecía a un partido y estaba muy, pero muy lejos de aquellos otros dos en intenciones de voto de los ciudadanos, según todas las encuestas), interpuso un recurso ante la Sala Constitucional contra la realización de tal debate. Alegó que, si éste se llevaba a cabo de la manera como estaba programado, no se le daba oportunidad de intervenir a los partidos minoritarios, con lo cual se violarían los principios constitucionales del proceso electoral democrático. Argumentó que al electorado debe permitírsele conocer *todas* las posiciones, para que pueda hallarse realmente en condiciones de elegir en forma democrática. Por lo demás, dado que había un alto porcentaje de indecisos (también eso lo revelaban

248 Fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 26.1.1998, Exp. N°0378-P-98 N°428-98.

las encuestas), existía también una amplia posibilidad —sostenía él— de que ellos se decidieran en función del debate justamente. Por todo eso, también otros partidos, no sólo los dos aparentemente mayoritarios, debían tener la posibilidad de informar sobre sus respectivas posiciones, en una ocasión tan decisiva, a los potenciales votantes; de lo contrario, el elector no iba a tener realmente derecho a saber de qué se trataba y no podría elegir democráticamente.

Esas eran, a *grosso modo*, las razones en que se fundamentó el recurso interpuesto. Por el otro lado, los organizadores de ese debate habían señalado públicamente que si no podía efectuarse con sólo los dos candidatos principales, no lo llevarían a cabo. Decisión que no ha de achacarse, en este caso, necesariamente a una parcialidad de los medios en favor de dichos candidatos, pues la verdad es que lo económicamente rentable, para los organizadores, era un debate entre aquellos dos solos; además, estaba previsto que duraría no más de dos horas o tres horas (el tiempo en televisión es muy caro), de manera que un mayor número de participantes no podrían, de hecho, pronunciar más que dos o tres palabras cada uno. Un debate general no era negocio, pues para la generalidad de la gente no tendría la atracción del debate programado y; por tanto, muy probablemente no obtendría la amplia audiencia que los organizadores necesitaban para hacer rentable el evento. No existía más alternativa *real*, por consiguiente, que ésta: con o sin razón, el debate televisivo se efectuaba limitándolo a los dos candidatos ampliamente mayoritarios o del todo no habría debate público.

En definitiva, la Sala le dio la razón a quien interpuso el recurso, prohibió que el debate tuviera lugar entre dos candidatos solamente; ordenó que se hiciera con la participación de todos ellos, ¡nada menos que trece!²⁴⁹ ¿Cuál fue el resultado práctico de esta resolución? Por supuesto, paso lo que todo el mundo sabía que iba a pasar si el recurso se fallaba así: ¡no hubo debate! La Sala no puede obligar a unas entidades privadas, como son las televisoras y los periódicos involucrados, a realizar una actividad equis. Aquella puede, si acaso, prohibir que se pase tal o cual programa (digamos, por atentar contra la moral o las buenas costumbres), pero no puede obligar al dueño del canal a incluir específicamente cierto programa, y mucho menos hacerle el guión y ponerle los protagonistas. Desde luego, los magistrados de la Sala no ignoran esto, pero...

¿De qué manera razona el normativista ante un asunto como el planteado? Lo cierto es que podría resolverlo dándole razón a cualquiera de las dos partes. Por supuesto, la Constitución costarricense no habla de los debates televisivos, ni reglamenta los debates político-electorales en general diciendo cuántos participarán en ellos y cómo determinar quiénes serán. Lo que la Sala hace, en un caso como éste, simplemente es interpretar el principio general de que el proceso electoral ha de ser «democrático»²⁵⁰. Pero éste es uno de esos conceptos que, justamente, admiten distintas interpretaciones; no digo que las admitan en todo respecto (por ejemplo, nadie argumentará, por lo menos en Costa Rica y en muchos otros países, que es «democrática» una elección donde no se permite inscribirse más que a un solo candidato), pero sí en cuanto a muchos aspectos organizacionales (por ejemplo, cuántas circunscripciones electorales habrá y cómo serán determinadas, etc.). También la Constitución, recordémoslo una vez más, no suministra sino un «marco» dentro del cual el intérprete opta; y, desde luego, habrá argumentos normativistas tanto para entender que la Constitución quiso decir A como para entender que quiso decir no-A, cuando reconocidos constitucionalistas sostienen lo primero y otros lo segundo. El caso que estamos examinando no es una excepción al respecto.

No puede decirse que, contempladas las cosas en un plano puramente normativista, el fallo de la Sala esté equivocado; pero tampoco lo hubiera estado, aun enclaustrándose siempre dentro de ese mismo plano, si ella hubiera resuelto lo contrario, si rechazaba esa solicitud de prohibición. Así como hay argumentos reconocidamente jurídicos para apoyar lo primero, tampoco escasean para apoyar lo segundo (así, los

249 «Se ordena a los recurridos que, en caso de celebrar el debate impugnado, deben en condiciones generales de igualdad».

250 Uno de los magistrados encaró la cuestión desde otro ángulo y salvó su voto. Pero lo interesante es que también la argumentación de él fue *exclusivamente* normativista, de orden procesal por su parte: sostuvo que la Sala era incompetente para resolver ese asunto

presentados por la parte perdidosa). La «metida de pata» (permítaseme decirlo en esta forma tan poco elegante pero gráfica) de la Sala no está ubicada *dentro* del plano normativista, pues en este plano cabe, en efecto, invocar razones como las siguientes: país democrático, la Constitución quiere que todos puedan expresarse, el electorado tiene derecho a enterarse. En fin, son buenos argumentos, razones plausibles, si los consideramos en sí mismos; no son tonterías, ni mucho menos (si bien, claro está, cada uno de ellos puede ser entendido, a su vez, de muy variadas maneras). Pero la cuestión es que el normativista se quedó *ahí*, solamente ahí. Amparado en La Superstición del Único Significado Verdadero, le pareció que ya no hacía falta *nada más* para decidir: ni otros argumentos jurídicos, los contrarios a los retenidos por él (pues éstos, en homenaje a dicha superstición, no podían sino estar equivocados), ni muchísimo menos fijarse en las posibles consecuencias *reales* de aquella decisión. La Sala *eligió* los argumentos jurídicos que la mayoría de sus integrantes prefirió; lo que luego pueda pasar en la práctica, dieron por presupuesto sus magistrados, no es asunto *nuestro*.

Un juez realista no encara la cosa así. El realista se hubiera dicho: «Yo puedo resolver a favor del que interpone ese recurso, ya que, naturalmente, existen argumentos jurídicos para ello; claro que sí, ¿cómo no voy a poder encontrar tales argumentos? Pero también los hay, puedo encontrarlos igualmente, para resolver en contra; por ejemplo, fundamentarme en la libertad de expresión, señalar que no se puede obligar a alguien a que en su propia casa (digámoslo así) deje hablar a quién él no quiere, etc.». Pero el realista no se detiene ahí, ni tampoco tiene por qué concluir que al fin de cuentas se trata de simplemente de decidir lo que a él mismo le venga mejor en gana. No, él se preguntará también qué cabe entender razonablemente como un objetivo fundamental de la Constitución para la materia electoral. (Dejemos de lado la discusión acerca de si la Constitución pueda tener, ella misma, alguna verdadera «voluntad», cosa muy dudosa; pero supongamos que sí, no importa cómo la averigüemos, y admitiendo aquí equis objetivo constitucional como hipótesis de trabajo simplemente, sea o no sea una ficción.)

Ese objetivo podría ser que la discusión pública electoral sea lo más amplia y participativa posible. Incluso es muy posible que el normativista esté de acuerdo con el realista en sostener eso. Y hasta podemos estar todos de acuerdo en cuanto a que, suponiendo que la Constitución pueda decidir el asunto, para ella lo mejor sería logra que haya la mayor amplitud de información y de participación. Admitido todo esto, resulta que, en cuanto a qué «dice» la Constitución sobre qué sea lo más deseable *idealmente*, acaso no haya mayor discrepancia entre el normativista y el realista, Pero la verdadera pregunta, para el realista, viene a continuación. **Esa pregunta, justamente aquella que ni siquiera asoma en el razonamiento normativista (por lo menos en el de la Sala), no es otra que ésta: saber si semejante objetivo constitucional es plenamente realizable tal cual. Pero cuando no es realizable plenamente, el realista trata de ver en qué medida, hasta qué punto sea posible realizarlo, aunque sea parcialmente (¡qué más remedio!). Entonces opta por aquella decisión jurídica que esté en condiciones de coadyuvar realmente, de veras, para alcanzar en la práctica ese punto.**

Para el realista, si no se puede alcanzar el máximo, siempre vale la pena contribuir a alcanzar, por lo menos, cuanto se aleje lo menos posible de ese máximo: ¡más vale poco que nada! Para el normativista, por el contrario, en casos como el presente pareciera que jurídicamente la cuestión no puede sino ser planteada en términos de todo-o-nada. Bueno, yo no digo que él se la plantee conscientemente así; más aún, lo más probable es que ni siquiera se la plantee. Pero lo cierto es que, lo quiera o no, su forma de razonar conduce a que la respuesta jurídica quede irremisiblemente encerrada en semejante alternativa de hierro: ¡si no es todo, que sea nada!

Y muchas veces, como en el caso que estamos viendo, para resolver jurídicamente en forma realista no es ni siquiera necesario-repito-que el juez acuda a unos expertos de otras disciplinas para que lo ilustren sobre tales o cuales circunstancias de la realidad social, basta con el conocimiento de prácticamente cualquier lego que viva en ese medio. La alternativa real, ahí, no era otra, absolutamente *ninguna otra* que ésta: hay debate entre dos o no hay debate. Pero el razonamiento normativista se lava las manos, diciendo así (en sustancia): «Como lo ideal es que la democracia funcione brindando exactamente las mismas oportunidades

a todos, etc., etc., significa que es la propia Constitución, por ser democrática, quien, sin duda, *ordena* que ahí intervengan todos los candidatos presidenciales; por tanto, nadie más que ella misma es quien prohíbe excluir a ninguno de aquellos» (aunque el espacio de dos horas hubiera que repartirlo, ¿por qué no? entre Cuatrocientos ochenta y tres postulantes, si fuera del caso). «No, no soy yo, el juez constitucional, quien manda tal cosa, pues no hago otra cosa que prestar oídos a la inmarcesible voz de la Constitución, en sí misma, sea o no sea viable tal solución».

La consecuencia real del normativismo, en éste y en muchos otros casos (no digo que en todos), es lograr lo contrario de lo que supuestamente se quería. El juez normativista procuró, real o supuestamente, que hubiera más democracia (debate amplio), pero lo que de esa manera logró, en la práctica, fue provocar un resultado mucho menos democrático todavía (¡cero debate!) que si aquél no hubiera intervenido. Por querer exigir un 100%, o digamos un 90%, mediante invocaciones a un cielo normativista, hizo que de hecho se redujera al 0% (en vez del, digamos, 30 o 40% viable) el cumplimiento del objetivo social que, real o supuestamente, la Sala buscaba alcanzar por esa vía.

Ese caso, aunque es muy grueso —pero no por ello menos real... ¡y no es el único, ni en esa ni en otras Salas Constitucionales! — muestra claramente (y sería muy ilustrativo poder discutir también más en detalle cada uno de los argumentos del tribunal) cómo el normativismo puede llevar a discurrir y a resolver de maneras tales que la fundamentación ofrecida se evade completamente del contexto práctico. Y fíjense que en el caso presentado ni siquiera estaba en discusión, a diferencia de lo que no pocas veces se da en otros, qué sería lo más deseable, en abstracto. Quién iba a argumentar que lo deseable es que no se sepa nada más que cuanto que tuvieran a bien decir los candidatos mayoritarios? Ni siquiera los partidarios de éstos sostenían tal cosa, todo el mundo estaba de acuerdo en que lo mejor es que haya la mayor información, etc. Pero la pregunta clave no era otra. que la siguiente, también en el plano jurídico: ¿cómo conseguirlo, teniendo en cuenta que las condiciones sociales son tales y no cuáles? (condiciones que, de hecho, es imposible cambiarlas de la noche a la mañana). Sobre esto, que era lo único importante aquí y ahora, el fallo de la Sala se lavó normativísticamente las manos.

Más de un ciudadano llegó a preguntarse si es que la Sala apartó la vista intencionalmente de las consecuencias prácticas reales que su fallo tendría, aun siendo públicas y notorias, justamente para no tener que responsabilizarse de ellas mismas. En otras palabras: ¿iusmisticismo o más bien normativismo simulado? ¿Será que el tribunal decidió así nada más que por ceguera, o simplemente indiferencia, ante la *realidad* que tenía ante sí? ¿Fue *únicamente* por temor de creer a pie juntillas —normativismo «puro»— que la interpretación «verdadera» de la Constitución costarricense no podía ser ninguna otra que esa de pedir un imposible, sean cuales fueren los perjuicios así ocasionados a las posibilidades electorales de uno específicamente de los dos partidos políticos que podían ganar la presidencia? No hay ninguna manera empírico-racional de contestar a estas preguntas mediante un análisis de la fundamentación que presenta la propia sentencia, puesto que esta, justamente en virtud de su extremo normativismo, no «desciende» a examinar, ni mucho menos discute sobre, las posibilidades *de hecho*.

Pueden o no, llegado el caso, levantarse suspicacias frente a una sentencia; eso no depende sólo de ella misma, sino principalmente de circunstancias reales que la rodeen. Sin embargo, cuando aquellas se dan, sea con razón o sin razón, la fundamentación meramente normativista no ayuda a levantarlas, sino todo lo contrario. Como el normativismo, por su propia naturaleza, no puede argumentar sino en términos de una racionalidad *truncada*, o sea, dejando «en la oscuridad» las cuestiones fácticas decisivas, exactamente la misma argumentación (celestial) podemos hallarla tanto en labios de un normativista «puro» como usada con otros propósitos. Lo cierto es que corrió mucho el rumor, en ese caso, de que se quiso favorecer precisamente a uno de los dos candidatos mayoritarios; en tal caso, ahí el normativismo de la Sala habría sido del tipo oportunista. Si lo fue o no lo fue, sólo pueden saberlo los propios magistrados. Lo que a mí me importa hacer ver, con este ejemplo, es que precisamente el propio normativismo es quien da alas a las suspicacias, en este caso como en cualquier otro donde un tribunal no argumenta en atención a la realidad, por más injustas que ellas pudieran ser. Para que ustedes puedan comprobar, mediante este ejemplo, hasta

qué punto el razonamiento normativista es mutilante, veamos cuáles fueron esas circunstancias prácticas, las decisivas, de las cuales la Sala no se ocupó en la fundamentación de su fallo.

Era público y notorio que uno de los dos candidatos mayoritarios no tenía ningún interés en que se realizara el debate. Había estado tratando de eludirlo hasta donde pudiera, sobre ello se venía negociando desde tiempo atrás. En esa tramitación previa, entre los medios y los delegados de los candidatos, los representantes de aquel pusieron múltiples obstáculos para llevar ese acontecimiento a cabo; y para lograr, cuando menos, que la mecánica pactada para este fuera tal que probablemente impidiese poner a dicho candidato en dificultades serias ante la audiencia, sometiéndolo el evento a condiciones que lo tornaran lo menos peligroso posible para aquel. Esto se debía al hecho de que en las encuestas aparecía una sensible diferencia en intenciones de voto favorables a él, estaba alrededor del diez por ciento por encima de su adversario; de modo que todo hacía pensar que en un debate que vería prácticamente todo el país, aquél no tenía ni poco ni mucho que ganar, sino acaso bastante que perder. Entonces, sea por lo que fuere, mucho antes de la sentencia y con independencia de la sentencia, la tendencia de ese candidato había tratado de poner no pocas trabas al acontecimiento programado. Desde luego, nunca se pronunciaron públicamente en forma abierta porque no se hiciera el debate, pero nadie ignoraba que ellos estaban tratando de neutralizarlo en la mayor medida posible.

Por lo que acabo de señalar, puede verse que la discusión jurídica sobre si «todos o sólo dos» no era ahí una cuestión meramente de *principios*, saber cómo hacer para ser más o ser menos «democrático», sino que lo que realmente estaba en juego era ni más ni menos que algo tan concreto como esa pugna específica de *intereses* partidarios entre dos candidatos: a uno le convenía el debate, al otro no. Con su fallo, la Sala le daba, intencionalmente o no, «una manito» a este último. En cambio, lo cierto es que en ese asunto no podía estar sobre el tapete en juego ninguna ventaja electoral real para ninguno de los candidatos minoritarios ni para sus potenciales electores, ya que el espacio televisivo disponible para cada uno, si se hubiera realizado el debate bajo las condiciones establecidas por la Sala, sería tan exiguo que difícilmente hubiera podido ocasionar algún cambio sensible en las preferencias previas del electorado. Los -derechos- que reclamaba el querellante eran, de hecho, completamente inocuos, no menos ineficaces si la Sala le daba razón que si se la negaba.

En síntesis, desde el punto de vista práctico: 1) las perspectivas electorales de los partidos minoritarios no dependían para nada, prácticamente, de que el debate se realizara o no se realizara, ni de que ellos estuvieran o no estuvieran presentes allí; 2) el debate entre nada más los dos candidatos mayoritarios se creía que favorecería al candidato B., el que estaba en segundo lugar de las encuestas (lo pensaban así no sólo los partidarios de éste. Sino igualmente los de su contrincante A; 3) tanto la realización del debate con todos los candidatos como su no realización, favorecería al candidato A; 4) en cuanto a las posibilidades de obtener conocimientos por parte del electorado mismo, caía por su peso que si semejante posibilidad existía mediante un debate televisivo, aunque fuera en alguna pequeña medida, tal posibilidad era mayor si el debate se realizaba entre dos que si no se realizaba del todo. Esos eran los hechos.

La argumentación de la Sala no examinó *ninguno* de estos cuatro puntos, los verdaderamente decisivos en la *práctica*. El *único* aspecto de la *realidad* electoral que la fundamentación llega a mencionar, es que los «indecisos» conforman «un importantísimo número de ciudadanos». Pero a continuación, de ese dato real se salta sin más a afirmar la siguiente hipótesis, sin base en absolutamente ningún estudio empírico de ciencia social que lo haga ni siquiera mínimamente plausible: la Sala dice, como si fuera la cosa más obvia del mundo, que mediante el debate «existe la clara posibilidad [ii !!] de ser inducido por cualesquiera de los trece [ii !!] partidos ... no sólo para decidir quién será el próximo presidente de Costa Rica, sino, también, para decidir cómo se integrarán la Asamblea Legislativa y los gobiernos locales»²⁵¹. Esto último, insisto, es una afirmación de orden empírico, no una cuestión de buenos deseos y ni siquiera una tesis de carácter valorativo, ni tampoco es una comprobación de orden semántico. Pero, no sólo fue presentada sin ofrecer prueba científica alguna, sino que, a diferencia de los cuatro puntos que acabo de señalarles, no era algo tan

251 Pasajes extractados del Considerando V.

obvio que, por ser del conocimiento general, podría eventualmente invocarse sin ofrecer tales pruebas. Lo de la «clara posibilidad» resulta tan poco plausible; por lo menos a primera vista, que da toda la impresión de haber sido no mucho más que el producto de un pensamiento-por-deseos (*wishful thinking*) en apoyo de la impronta normativista central.

En fin, que la Sala se atrincheró tras una fundamentación netamente normativista, no cabe la menor duda, ya que a) parte, así sea implícitamente, de La Superstición del Único Significado Verdadero, pues los magistrados imputan esa respuesta a la Constitución, no a una opción política elegida por *ellos mismos*; b) no resuelve con base en la *realidad* pertinente (dada sobre todo por los cuatro puntos que señalé); c) en cambio, decide en función simplemente de unos *ideales* normativos, los cuales, por lo demás, podrían ser interpretados también de otras maneras. De modo que, no menos en este caso que en tantos otros de normativismo («puro» o no), ahí estamos ante un fallo cuya fundamentación se presenta sustancialmente *truncada*. En síntesis: la Sala se contentó con discurrir —normativísticamente— acerca de unos *ideales* (que, por lo demás, ni siquiera eran impugnados como tales), en vez de ponerse a examinar —realísticamente— los *hechos* decisivos y la o las mejores soluciones *viabiles*.

FUENTE:

Zerpa, L. & Delgado, J. (2004). *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.