

GENARO CARRIO: COMO ARGUMENTAR RAZONABLEMENTE UN CASO

*Julián Fernando Trujillo**

RESUMEN

El artículo nace del trabajo pedagógico en seminarios y cursos de Lógica, Argumentación, Derecho y Filosofía del Derecho. Su propósito es, básicamente, pedagógico: busca aportar al desarrollo de la competencia argumentativa y la capacidad para analizar críticamente la argumentación jurídica. Aunque trata de aspectos obvios y elementales sobre la argumentación jurídica, muy conocidos por los juristas y profesionales del derecho, presenta sugerencias y explicaciones claves sobre como fundamentar una demanda (claim), presentadas de manera sencilla y breve, para que los interesados en estos asuntos puedan acceder a ellas, discutir las y adecuarlas a sus necesidades e intereses. Su tema eje es la argumentación en lengua natural y la cuestión que aborda es ¿Cómo argumentar un caso frente a un tribunal? La tesis central es: la argumentación jurídica implica una dimensión razonable o práctica que no se reduce al argumento puramente racional o lógico formal. Argumentar razonablemente implica algo más que observar la estructura lógica de un razonamiento. Argumentar presupone seguir las condiciones pragmáticas que posibilitan una argumentación inteligible y afortunada.

ABSTRACT

This article originates in the pedagogical work in seminars and courses of Logic, Argument, Law, and Philosophy of Law. Basically, its purpose is pedagogical: to contribute to the development of argumentative competence, and the ability to critically analyze legal argument. Although it deals with obvious and fundamental aspects of legal argument, well-known to legal experts and professionals in law, it offers suggestions and key explanations about how to prepare a claim, presented in a brief and straightforward way, so that interested parties may have access to them, discuss them, and adapt them to their necessities and interests. Its main topic is the argument in natural language, and the question is: How is a case argued in court? The central thesis is: Legal argument implies a reasonable or practical dimension which does not come down to purely rational argument or formal logic. To argue reasonably implies more than simply observing a logical structure of reasoning. Arguing presupposes the observation of practical conditions that make possible an intelligible and successful argument.

* Licenciado en Filosofía de la Universidad del Valle, especialista en Derecho Internacional Humanitario de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali, con maestría en filosofía de la Universidad del Valle. Es profesor del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Javeriana-Cali.

1. PREÁMBULO

El presente artículo nace del trabajo pedagógico en seminarios y cursos de Lógica, Argumentación, Derecho y Filosofía del Derecho. Una invitación de la Universidad ICESI, para participar como profesor asistente, me brindó la oportunidad de trabajar por primera vez, en detalle, la argumentación jurídica desde la perspectiva de la filosofía analítica del lenguaje. Invitado después como asistente de docencia del Licenciado Nelson Cuchumbé en sus cursos de Filosofía para estudiantes de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana Cali, regresé sobre mis apuntes y reseñas, y encontré que algunas hipótesis de partida se fortalecían frente a las críticas y refutaciones permanentes. La corroboración de algunas líneas de investigación me llegaron por vía del III Encuentro con la Justicia: Interpretación, Argumentación y Precedente. Una nueva Forma de entender el Derecho. Aquí no fui invitado, pero me di a la tarea de asistir, escuchar y aprender.

El rigor y la excelencia del maestro Enrique Haba fueron insuperables, aunque sus consideraciones sobre la Autoridad y su papel en la justificación de un resultado jurídico no están exentas de crítica. El profesor Juan Antonio García Amado se confesó de acuerdo con la concepción lingüística del derecho: “aquella que ve el Derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y provenientes de ciertas instancias o ‘fuentes’ reconocidas como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última, por la sociedad de que se trate”¹. El profesor Adolfo León Gómez continúa siguiendo los pasos de Perelman. El traductor al castellano del Imperio retórico de Perelman², se ha destacado por su formación en filosofía analítica y en el III encuentro le vemos, una vez más, elaborando reflexiones sobre la regla de justicia, desde la perspectiva de la teoría de la argumentación de Perelman-Olbrechts. Finalmente, la fortuna me permitió la posibilidad de ir un poco más allá, cuando logré discutir, conversar y exponer algunas de mis tesis al maestro Roque Carrión Wam³, quien desde hace mucho tiempo viene desarrollando un programa de

¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio; “*El argumento teleológico: las consecuencias y los principios*”, en Zuluaga Gil, Ricardo (Ed. y Comp.); *Interpretar y argumentar*; Librería Jurídica Sánchez; Pontificia Universidad Javeriana Cali; Santiago de Cali, 2004, p. 13

² PERELMAN, Chaïm; *El Imperio Retórico*, Norma, Bogotá, 1997. Traducción de Adolfo León Gómez.

³ Cf. CARRIÓN WAN, Roque; “*Interpretar y argumentar: hacia una pragmática del conflicto en el Derecho*”, en Zuluaga Gil, R; Op. Cit.

investigación alrededor de las bases argumentales de una semiótica jurídica aplicada. Su panorama sobre la tradición hermenéutica y la argumentación jurídica me dieron la última motivación para componer el presente texto.

No obstante, mi único propósito y, por tanto, la causa final del presente documento, son mis alumnos de Filosofía y Argumentación, quienes pueden utilizar con provecho algunas de las ideas que ahora presento. Este trabajo no constituye un avance acumulativo en el Derecho y tampoco reclama para sí ningún matiz de originalidad, ¿Por qué habría entonces que leerlo y para qué fue escrito? La respuesta es la siguiente: aunque trata aspectos obvios y elementales sobre la argumentación jurídica, muy conocidos por todos los juristas y profesionales del derecho, no siempre es posible encontrar sugerencias y explicaciones presentadas de manera sencilla y breve, para que los interesados en estos asuntos puedan acceder a ellos, discutirlos y adecuarlos a sus necesidades. Así pues, nuestro tema es la argumentación y la cuestión que ahora nos proponemos abordar es ¿Cómo argumentar un caso frente a un tribunal? El propósito es, básicamente, pedagógico. Nuestra tesis central es: la argumentación jurídica implica una dimensión razonable o práctica que no se reduce al argumento puramente racional o lógico formal. Argumentar razonablemente implica algo más que observar la estructura lógica de un razonamiento.

2. ARGUMENTACIÓN Y FILOSOFÍA ANALÍTICA: LA TRADICIÓN DE CARRIÓ

La bibliografía sobre el tema es extensa y diversa, los enfoques y marcos teóricos son múltiples y no siempre compatibles, sin embargo, de *La lógica jurídica y la nueva retórica* de Chaïm Perelman⁴ hasta el *Derecho como argumentación* de Manuel Atienza⁵, pasando por *Retórica y Estado de derecho* de Neil MacCornick⁶ y la *Teoría de la argumentación jurídica* de

⁴ PERELMAN, Chaïm; *La lógica Jurídica y la Nueva Retórica*; Civitas, Madrid, 1988. Traducción de Luis Díez – Picazo.

⁵ ATIENZA, Manuel; *Derecho y argumentación*; Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1997.

⁶ MCCORNICK, Neil; “*Retórica y Estado de Derecho*”, en *Isegoría*, No. 21, Revista de filosofía y política, Madrid, 1999. pp. 5-21

Robert Alexy⁷, el planteamiento es el mismo: el derecho es un actividad argumentativa. He aquí nuestra segunda tesis.

Ahora bien, aunque mi acercamiento al tema de la argumentación posee motivaciones provenientes de la epistemología y la filosofía del lenguaje, la labor docente e investigativa me condujo al ámbito de la argumentación jurídica, que es un contexto privilegiado y fundamental para entender la actividad comunicativa mediante la cual razonamos consensuadamente en lengua natural. Cuando tenemos el propósito de persuadir o convencer a un determinado auditorio mediante las técnicas discursivas que sirven para presentar y fundamentar una tesis, realizamos la acción de argumentar. Este tipo de actividad discursiva, que busca lograr o acrecentar la adhesión de nuestros interlocutores a las interpretaciones que proponemos para su asentimiento, es lo que conocemos con el nombre de argumentación.

El presente ensayo es una contextualización filosófica (estado del arte) y una síntesis comentada (reseña crítica) del texto *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*⁸, producto de una serie de charlas que dictó el maestro Carrió en los cursos de iniciación profesional ofrecidas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires entre los años 1972 y 1976. Se publicaron inicialmente en la revista Jus de la Plata y posteriormente aparecieron en una versión retocada que publicó Abeledo-Perrot a finales de los 80.

Mi primer contacto intelectual con Genaro Carrió se remite a mis años de pregrado en Filosofía. Mi maestro, el profesor Danilo Guzmán, que había estudiado en Inglaterra la filosofía analítica del lenguaje cotidiano, me puso en contacto con la obra del profesor J. L. Austin. La gran dificultad que ofrecía las distinciones lingüísticas detalladas en lengua inglesa por parte de este gran filósofo de la Universidad de Oxford, se vio aminorada por la labor salvadora de la traducción al español de las conferencias William James, *Cómo hacer cosas con palabras*⁹, oportunamente presentada por Eduardo Rabossi y Genaro Carrió a finales de los 80.

⁷ ALEXY, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*; CEC, Madrid, 1989. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Cf. también "La tesis del caso especial", en Isegoría No. 21, pp. 23-35

⁸ CARRIÓ, Genaro; *Cómo estudiar y argumentar un Caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

⁹ AUSTIN, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras*; Paidós, Barcelona, 1990. Trad. de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi.

Carrió es heredero de la tradición analítica argentina, que tiene entre sus primeros representantes a Tomás Moro Simpson, que también se interesó desde muy temprano por la lógica y la filosofía del lenguaje. Este autor ha sido considerado por Eduardo Rabossi como uno de los pioneros de la filosofía analítica en Latinoamérica¹⁰. Simpson publicó una cuidadosa antología de Semántica filosófica¹¹ que constituye un aporte a la difusión de la tradición analítica y resulta un clásico obligado sobre el tema en castellano. Allí se pueden encontrar textos de Frege, Russell, Searle, Strawson, Quine, Church, Sheffler, Carnap, Hintikka, Davidson, Rescher y Putnam, pero en medio de este panorama aparecen también algunas traducciones de Carrió, “Expresiones indicadoras” de Bar-Hillel¹² y “Enfoque inscripcional de la cita indirecta (una réplica nominalista a la objeción de Church)” de Sheffler¹³.

Carrió recibió el título de abogado en la Universidad Nacional de la Plata en 1944, obtuvo el Master of Law in Comparative Laws en la Universidad de Dallas, y adelantó estudios de doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires en 1959. Posteriormente realizó otros estudios de Postgrado en la Universidad de Oxford (1968-1969). Obtuvo becas por parte de varias instituciones y se le otorgó el premio al mejor jurista del año 1974 y otro por ser presidente de la Fundación KONEX. Fue miembro de la Comisión Interamericana de la OEA (1964-1968), presidente de la Corte Suprema de Justicia (1983-1985), miembro fundador de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) y fundador del Centro de Estudios Jurídicos Landaburd-Carrió. Es autor de varios libros y numerosos artículos, además de una amplia serie de traducciones del inglés al castellano sobre temas de filosofía del derecho y filosofía analítica del lenguaje.

Genaro Carrió pertenece a esa primera generación de filósofos del derecho con orientación analítica, quienes están interesados por el lenguaje jurídico natural y formalizado, y utilizan el análisis del lenguaje en función de problemas que aparecen en el derecho. Entre ellos se destacan, con una obra ya reconocida en Hispanoamérica, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulyguin, Ernesto Garzón Valdés y Eduardo Rabossi, entre otros. Estos son seguidos

¹⁰ VALDÉS GARCÍA, Felix; “Panorama de la filosofía analítica en Latinoamérica”, en *Filosofía en América Latina*, Ed. Felix Varela, La Habana, 1998, pp. 339-369

¹¹ MORO Simpson, Thomas; *Semántica filosófica: problemas y discusiones*; Siglo XXI, Buenos Aires, 1973.

¹² *Ibidem*, pp. 95-118.

¹³ *Ibidem*, pp. 335-341

por otro grupo más reciente entre los que se encuentran Carlos Nino, Martín Farrel, Antonio Martino, Ricardo Caracciolo y Ricardo Guibourg, sin que esto signifique un bloque homogéneo que suscriba una única doctrina, ya que algunos optan por las técnicas del análisis del lenguaje ordinario, como es el caso de Genaro Carrió, mientras otros prefieren las técnicas lógico-formales como Alchourrón y Bulyguin¹⁴.

Genaro Carrió nos presenta en una de sus conferencias un análisis sobre el significado de la expresión "principio jurídico" y sus usos, acto seguido pasa al estudio del sentido de la expresión "positivismo jurídico" y los aportes de dos autores, Kelsen y Hart, con los cuales polemiza. Tanto aquí como en *Sobre los límites del lenguaje normativo*¹⁵, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*¹⁶ y *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*¹⁷, es evidente su inclinación por la aplicación de los procedimientos de la filosofía lenguaje ordinario en el estudio de problemas del Derecho. Hoy en día, Argentina cuenta con una reconocida y abundante producción enmarcada en la tradición y la concepción analítica de la filosofía, de la que son muestra fehaciente publicaciones como la revista "Análisis filosófico" que publica semestralmente la SADAF desde 1981, y otras como la "Revista Latinoamericana de Filosofía" y los "Cuadernos de Ética"¹⁸.

3. ¿CÓMO SE DEBE ESTUDIAR UN CASO? Y ¿QUÉ ES UN CASO?

Ahora bien, sin más preámbulos, vamos al asunto que aquí nos ocupa. Frente a la pregunta: "¿Cómo se debe estudiar un caso?", podemos responder de dos maneras igualmente insuficientes. La primera consiste en replicar con otra pregunta: "¿Qué caso?". La segunda consiste en contestar con una prudente aseveración: "Debe estudiarlo bien y lo mejor que pueda". La primera respuesta resulta comprensible, ya que dada la amplia variedad de casos en los que un abogado puede intervenir, no habría forma de establecer un procedimiento genérico aplicable a todos los casos. Lo más razonable sería

¹⁴ Valdés García: "Panorama de la filosofía analítica..." op. cit.

¹⁵ CARRIÓ, Genaro; *Sobre los límites del lenguaje normativo*; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, 1ª reimpresión, 2001.

¹⁶ CARRIÓ, Genaro; *Notas sobre Derecho y lenguaje*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

¹⁷ CARRIÓ, Genaro; *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

¹⁸ VALDÉS GARCÍA: op. cit

clasificar los distintos tipos de casos y luego proceder a mirar los problemas que el estudio de cada uno de ellos plantea. Esto no es lo que hace Genaro Carrió en sus conferencias sobre *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, y tampoco es lo que nosotros haremos aquí. Carrió sigue la línea de desarrollo que abre la segunda respuesta: “el caso debe ser estudiado bien, lo mejor posible”¹⁹.

En virtud de la gran variedad de casos y las limitaciones que podrían establecerse para clasificar los casos en función de los distintos tipos de problemas que su estudio plantea y luego decir algo útil de ellos, tenemos que recurrir a una teoría general del caso. Sin olvidar que cada caso tendría sus particularidades y que sólo se trata de forma de acercarnos a las condiciones de posibilidad para toda argumentación y estudio de un caso.

Comúnmente se dice que los jueces no estudian las sentencias o que mejor se debe tratar de ser buen amigo del juez. Comentarios peregrinos como estos no contribuyen en nada al desempeño profesional de los abogados, a mejorar la imagen del derecho y a fortalecer las instituciones jurídicas. Lo mejor es seguir otra vía más ética y profesional, por ello diremos que los abogados deben esmerarse más para presentar sus argumentos, llegada la oportunidad, de la manera más clara y concisa posible, y prepararse para refutar con eficacia y solidez las malas sentencias que con cierta frecuencia se dictan²⁰.

Cuando un cliente se presenta por primera vez y narra su situación, el joven abogado no entiende y por más conceptos que tiene en su cabeza, adquiridos con esfuerzo y disciplina en su formación universitaria, no visualiza como debe proceder ni la situación del cliente, puesto que en la universidad no le han enseñado el oficio de abogado ni las reglas técnicas propias del oficio. Preguntemos entonces, ¿Qué es un caso? La respuesta es sencilla: Un caso es un problema práctico²¹.

Una persona C (el cliente), que se encuentra en circunstancias H (hechos), desea obtener un resultado R (un cierto estado de cosas). El cliente C, acude a un abogado para que este le consiga el resultado R, o al menos le indique

¹⁹ Carrió: 1989, p. 13.

²⁰ Ibidem. p. 19.

²¹ Ibidem. p. 22.

como hay que hacer para conseguirlo. El conjunto de medios que permiten llegar a R partiendo de H constituyen la solución S. Tales son, según Carrió, los aspectos constitutivos de un caso²².

El resultado R a que aspira el cliente puede ser, entre una inmensa variedad de posibilidades, algunos de de estos:

- Salir absuelto de una causa penal.
- Hacer un testamento.
- No pagar un dinero que otro le reclama.
- Divorciarse.
- Formar una sociedad apta para ciertos fines.
- Obtener una reliquidación de los impuestos.
- Conseguir la libertad de un amigo o familiar detenido, etc.²³

Los medios para alcanzar los resultados que se buscan pueden ser los más diversos. Desde redactar una denuncia hasta elaborar una tutela. Las notas distintivas de la tarea del abogado y de los casos en el que ellos intervienen son dos: por un lado, A) El resultado R, lo que el cliente desea obtener, aunque sea sólo un medio para otro fin que sólo al cliente le concierne, que consiste en: 1) recibir una ventaja otorgada por el orden jurídico y apoyarse en éste para lograr cierta meta; o 2) evitarse un mal, impuesto por el orden jurídico; o 3) una combinación de estas dos cosas. Y, por otro lado, B) los conocimientos jurídicos necesarios y suficientes para alcanzar el resultado y la familiaridad con el derecho vigente y sus complejidades²⁴.

En este sentido, la labor de los abogados es una labor técnica; consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación problemática inicial determinada²⁵. Usa su conocimiento del orden jurídico y las normas que él no ha creado para alcanzar ciertos resultados particulares. No obstante, el punto de vista del abogado no agota el discurso jurídico y su perspectiva argumentativa no es la única que debe tomarse en cuenta. El orden jurídico puede ser abordado desde distintas perspectivas e intereses.

²² Ibidem. p. 22

²³ Ibidem. pp. 23-25

²⁴ Ibidem. p. 22-26

²⁵ Ibidem. p. 26

Una perspectiva es la que hemos señalado, la del abogado, otra es la del legislador, que aunque también es de carácter técnico, a diferencia del abogado, que usa su conocimiento de normas que él no ha creado (así como otros conocimientos), para lograr determinados resultados particulares, el legislador crea normas generales para alcanzar resultados generales. Finalmente está la perspectiva del juez, quien emplea normas generales para justificar decisiones particulares y concretas. Se trata de tres formas distintas de ver el derecho y usar sus normas²⁶. El problema es que el Derecho en nuestras universidades no siempre se enseña desde alguna de estas perspectivas y generalmente no se les permite a los estudiantes observar al derecho en sus contextos prácticos. Se presentan las cosas desde el punto de vista de la cátedra universitaria, esto es, desde el punto de vista del profesor de Derecho. Punto de vista que tiende a excluir la dimensión práctica y formular en términos puramente abstractos el Derecho. “Los legisladores, los jueces y los abogados, nos dice G. Carrió, usan normas jurídicas. Los profesores hablan de ellas”²⁷.

4. EL ABOGADO COMO SOLUCIONADOR DE ROMPECABEZAS Y JUGADOR DE AJEDREZ

La mirada que Carrió sugiere sobre el tema que aquí tratamos es pragmática y lo hace desde el punto de vista de los abogados, sus consideraciones son acerca de este punto de vista. Nosotros nos circunscribimos a esta óptica y, adicionalmente, adherimos a la tesis según la cual para ser un buen abogado es necesario conocer el Derecho, pero no es suficiente conocerlo para ser un buen Abogado. Con todo, decir que el oficio del Abogado es técnico no significa que su labor sea la de un solucionador de acertijos o un jugador de ajedrez. Hay quienes sostienen que los casos jurídicos, vistos desde el punto de vista de los abogados, son análogos a un juego de ajedrez. El objetivo es dar jaque mate en el menor número de jugadas y con el menor número de pérdidas. Dar jaque es aquí equivalente a obtener el resultado (R) que el cliente quiere o desea. La posición inicial de las piezas es equiparable a las circunstancias de hecho (H) en las que el cliente se encuentra. Hay además un

²⁶ Ibidem. pp. 26-27

²⁷ Ibidem. p. 28

conjunto de reglas cuyo uso correcto está presupuesto. La jugada ganadora es análoga a la solución (S) del caso²⁸.

Sin embargo, a diferencia de los juegos de ajedrez, en el caso jurídico no hay una solución, sino varias. El asunto es encontrar la más simple, segura y rápida. En un caso jurídico puede que no haya ninguna solución que lleve desde H hasta R o que las soluciones posibles sean tales que ni el abogado ni el cliente estén dispuestos a alcanzar el resultado por medio de ellas. En un caso jurídico el resultado R que el cliente quiere alcanzar puede ser inalcanzable o alcanzarlo puede conducir a consecuencias inconvenientes o demasiado onerosas y, por ello, el abogado debe aconsejar o sugerir resultados alternativos que, si son aceptados, cambian la configuración del caso. En un caso jurídico la situación problemática inicial nunca puede ser descrita totalmente; generalmente no hay acuerdo respecto a la situación inicial o el alcance de las reglas, por ello es necesario apelar a un tercero que sirva de árbitro imparcial para que decida acerca de las cuestiones controvertidas. La solución puede alterar completamente el caso o la posición inicial. Las reglas del derecho, a diferencia del ajedrez, son numerosas y frecuentemente complejas, ambiguas y vagas. Pueden presentarse factores adicionales que alteren el supuesto hecho inicial, las reglas aplicables, y aun el resultado que se considera deseable. Los casos jurídicos se insertan en un contexto relevante para su adecuada solución (políticos, sociales etc.). A diferencia del ajedrez, la solución de un caso tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso. En conclusión, no se pueden mirar los casos jurídicos como si fueran un juego de ajedrez, el abogado no es alguien que juegue (play) con un sistema de reglas en el marco de un juego (game) claramente definido. No podemos caer en el error de mirar los casos jurídicos como si fueran problemas de ajedrez, a la hora de resolverlos cada uno tiene su complejidad²⁹.

5. EL SILOGISMO JURÍDICO Y LA LÓGICA JURÍDICA

Ahora bien, la “labor técnica” del abogado no es tampoco una pura subsunción lógica o una mera aplicación de un sistema normativo y sus reglas

²⁸ Ibidem. p. 30

²⁹ Ibidem. pp. 29-34

a casos particulares. Algunos juristas consideran que el procedimiento judicial es una especie de silogismo práctico en el que la premisa mayor es una norma que asigna una consecuencia jurídica (C) a un supuesto de Hecho (H) y la premisa menor es el enunciado resultante de una inferencia -la calificación jurídica de los hechos- según la cual los hechos enunciados y probados F constituyen un caso particular de H³⁰:

- (1) H → C
 (2) F es un caso de H
 (3) F → C

Esta lógica jurídica, tal y como la entienden autores clásicos como Kalinowski³¹ y Klug³², constituye un puro análisis lógico formal de las nociones y estructuras que se encuentran subyacentes en los razonamientos de los juristas. Desde este enfoque, la estructura general del razonamiento jurídico puede ser formulada desde la teoría lógico formal del cálculo de predicados de primer orden. Si partimos de la teoría del silogismo aportada por la lógica clásica, la forma básica del razonamiento jurídico es la aplicación de la figura silogística bárbara³³:

Todos los M son P
Todos los S son M
 Luego, todos los S son P

La forma del razonamiento jurídico responde a este esquema de razonamiento y se caracteriza porque la premisa mayor contiene una directiva legal genérica, mientras que en la premisa menor se subsume el hecho concreto. La conclusión ofrece como resultado un juicio que debe ser concreto. Pero, puesto que el silogismo clásico no posee términos singulares, el razonamiento debe ser entendido como un esquema general para evaluar casos concretos. Un ejemplo ficticio muestra como se aterrizaría este esquema, según Klug³⁴:

³⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina; *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*; Marcial Pons, Madrid, 1999. p. 73

³¹ KALINOWSKI, G; *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1965. *Einführung in Die Normenlogik*, Frankfurt, 1972.

³² KLUG, Ulrich; *Lógica Jurídica*, Temis, Bogotá, 1990. Trad. J. C. Gardella. *Juristische Logik*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1951.

³³ *Ibidem*. p. 61

³⁴ *Ibidem*. p. 62

Todo el que encubre un hurto debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años

Todos los acusados en el proceso penal contra A y coautores son encubridores de un hurto

Luego, Todos los acusados en el proceso penal contra A y coautores deben ser penalizados con privación de libertad de hasta 2 años

Estos tres juicios articulados en el razonamiento anterior son juicios universales, en el sentido de la teoría silogística clásica. Pero la premisa mayor en los razonamientos jurídicos, nos dice Klug³⁵, adopta la forma de un juicio singular. El silogismo tomaría entonces la siguiente forma:

Todo el que encubre un hurto debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años

El acusado A es un encubridor de un hurto

El acusado A debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años

Ulric Klug³⁶ considera que hay un avance en las dificultades que plantea la demostración de este tipo de razonamientos al hacer uso de los desarrollos de la lógica moderna, específicamente del cálculo de predicados. En el cálculo lógico estos razonamientos abandonan el terreno de la evidencia psicológica y pasan al campo de la lógica formal pura que permite demostraciones impecables y criterios claros para evaluar la validez de este tipo de inferencias. En un gesto de optimismo logicista, U. Klug³⁷ reformula este razonamiento de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} \forall x Ex \rightarrow Px \\ \exists x Ex \rightarrow Px \\ \exists x Ex \rightarrow Px \end{aligned}$$

Donde:

$Ex = x$ encubren un hurto

$Px = x$ debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años.

En este orden lógico formal, resulta entonces que la premisa mayor, que representa una ley, en conjunción con la premisa menor, el hecho regulado por la norma, permiten como consecuencia lógica una decisión o fallo

³⁵ Ibidem. p. 62

³⁶ Ibidem. p. 63

³⁷ Ibidem. p. 66, p. 68

previsto por la ley: la autorización de comportamiento o la pena por violar su prohibición. Esta concepción es la que permite a Shreiber³⁸ decir que el razonamiento jurídico se rige por reglas de sustitución y reglas de inferencia. La regla de sustitución determina que en una proposición se pueden sustituir las variables por constantes individuales que pertenecen al rango de las variables. Las reglas de inferencia nos permiten afirmar que de la validez de una implicación y de su antecedente, puede inferirse la validez del consecuente. El modus ponens de razonamiento, mediante el cual afirmando el antecedente se afirma el consecuente y la tabla de verdad del condicional, constituye, según este enfoque, el esquema general del razonamiento jurídico.

Para todos x, si x encubre un hurto, entonces x debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años

Pedro Pérez es un encubridor de un hurto

Pedro Pérez debe ser penalizado con privación de libertad de hasta 2 años

Sin embargo, el despliegue lógico formal de esta concepción ya no deslumbra a nadie y su conocimiento detallado por parte de juristas y filósofos del derecho permitió poner en evidencia sus inconsistencias y limitaciones. El optimismo logicista de estas formulaciones sobrevive aún entre ciertos apasionados de la lógica formal, quienes no dudan en advertir los peligros de la ambigüedad, vaguedad e imprecisión del lenguaje natural. Con todo, la anterior digresión sólo busca brindar los elementos necesarios para contrastar este esquema reduccionista con la visión pragmática que sostiene Carrió y otros filósofos analíticos herederos de la tradición del lenguaje ordinario.

6. EL DEBATE EPISTEMOLÓGICO SOBRE LAS HIPÓTESIS Y LOS MÉTODOS DE PRUEBA PARA EL RAZONAMIENTO

La concepción tradicional del razonamiento que hunde sus raíces en la antigüedad griega, se prolonga en el siglo XVII con nuevas presentaciones en los sistemas filosóficos de Bacon y Descartes. Aristóteles distinguió tres grandes tipos de raciocinio: la deducción, la inducción y la abducción. La

³⁸ SHREIBER, R. *Lógica del derecho*, 2a ed., Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Ediciones Sur, Buenos Aires, 1967. *Logik des Rechts*, Berlin, 1962.

deducción establece una regla general que se aplica a casos particulares, a partir de lo cual deriva una conclusión. La inducción procede desde los casos particulares y se eleva hasta la regla universal. Mientras Descartes consideró la deducción como el procedimiento más fidedigno para llegar hasta la verdad; Bacon, por su parte, sostuvo que sólo la experimentación y el caso particular pueden conducirnos hasta algún tipo de verdad.

El estagirita y discípulo de Platón llamó abducción al proceso de definición que expresa lo que es una cosa, explicando porque la cosa es lo que es. Abducción es el argumento o raciocinio que Aristóteles contraponía tanto a la deducción como a la inducción (Primeros Analíticos II). En este argumento una vez establecida una regla como hipótesis, desplegamos los elementos necesarios para realizar una deducción según la cual, si la regla es correcta, todo resultado demostrará que esa cosa es. La *apagôgê* es la inferencia que se hace “cuando es cierto que el primer término conviene al término medio, pero no es cierto que éste convenga al último término, aunque sí es más probable, o no menos probable que la conclusión” (Primeros Analíticos II, 69a 20).

En línea con el idealismo kantiano que trata de contener los fundamentalismos y escepticismo racionalistas y empiristas, Peirce³⁹ identificaba Abducción con *apagôgê*, incluso llegó a pensar que esta forma de razonar domina todo tipo de conocimiento, incluida la percepción (Peirce: 5.181) y la memoria (Peirce: 2.625). Mientras que la inducción es la inferencia de la regla a partir de un caso y un resultado, la hipótesis o abducción es la inferencia del caso a partir de una regla y un resultado. El asunto es como obtener el caso y la regla al mismo tiempo. Peirce llamó, a veces, inferencias presuntivas, a las hipótesis o abducciones. Con el nombre de reducción o retroducción reconoce J. Lukasiewicz⁴⁰ en Aristóteles este tipo de prueba indirecta. La conclusión que la Abducción presenta es una conjetura acerca de la realidad que requiere ser confirmada mediante prueba experimental. Inducción e Hipótesis parten de aceptar hipótesis porque los hechos observados son tal como resultarían necesaria o probablemente, consecuencias de la hipótesis que se asume como cierta: “La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la

³⁹ PEIRCE, Charles Sanders; *Collected Papers of Ch. S. Peirce*, Ed, Charles Hartshorne, Paul Weiss y Arthur W. Burks. Harvard University Press, Cambridge, 1935-1966, 8 vols. En lo sucesivo citaremos la numeración técnica de esta edición. 5.171, 5.189, pp. 116 y 117.

⁴⁰ LUKASIEWICZ, Jan; *La silogística de Aristóteles desde el punto de vista de la lógica formal moderna*; Taurus, Madrid, 1977. Traducción e Josefina Fernández Robles.

abducción, la consideración de los hechos sugiere hipótesis. En la inducción, el estudio de las hipótesis sugiere los experimentos que sacan la a luz los hechos auténticos a que ha apuntado la hipótesis” (Peirce: 7.218).

En forma sencilla diríamos que:

1. Se observa cierto fenómeno sorprendente, P.
2. P sería explicable claramente si H fuera cierta.
3. Por tanto, hay razones para pensar que H es cierta.

P → es probable que H

P

Luego, es probable que H

Se observa un hecho sorprendente P; si la hipótesis H fuese verdadera, explicaría que haya producido P; por tanto, hay razones para pensar que H es verdadera⁴¹. No se trata de una consecuencia necesaria, puesto que, a pesar de su forma deductiva, no podemos concluir necesariamente H. Si un silogismo posee una premisa mayor que es una ley probabilística no se puede derivar más que una consecuencia probable. Estamos en presencia de una prueba indirecta de hechos que suele concebirse como una forma de inducción; pero se trata de una abducción que consiste en hacer conjeturas razonables – adelantar hipótesis probables –a propósito de hechos, a partir de una regla y unos hechos ciertos.

Popper y los neopositivistas lógicos llevaron hasta los límites más polémicos el intento kantiano por fundir Deducción e Inducción en el marco de la prueba científica basada en el contraste y la discusión de hipótesis⁴². Frente al dilema de, por un lado, el uso indiscriminado de la verificación apoyada en el esquema del modus ponens, cuya monotonía no permite concluir nada que no esté en las premisas e incurre en petición de principio o en círculo vicioso; y, por otro lado, la imposibilidad de resolver el problema de la inducción planteado por Hume y establecer con claridad las bases que permiten corroborar o incrementar el grado de probabilidad de todos los casos

⁴¹ GASCÓN ABELLAN. op. cit.p. 106.

⁴² Cf. POPPER, Karl; *La lógica de la investigación científica*. Tecnos, Madrid, 1962., véase también *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Paidós, Buenos Aires, 1965.Traducción de Néstor Míguez.

particulares que subsume una formulación de carácter universal, Popper plantea un método hipotético deductivo: la falsación, estructurada según el modus tollens. No es posible exigir que una teoría o conjetura sea susceptible de confirmación definitiva y concluyente por medio de la corroboración o la verificación en casos particulares, pero si es posible seleccionar, en un sentido negativo, por medio de contrastes, tests, pruebas empíricas, los casos particulares que refutan o están en contradicción con las hipótesis formuladas. En consecuencia, por medio de inferencias puramente deductivas es posible argüir de la verdad de enunciados particulares o singulares a la falsedad de conjeturas y proposiciones universales. Para Popper la actividad científica consiste en partir de un problema (P), ofrecer una hipótesis, teoría o conjetura (H) como solución, y luego someterla crítica, falsación o refutación (F), lo que nos conduce a nuevos problemas. Popper resume su concepción en un esquema sencillo⁴³:

$$P \rightarrow H \rightarrow F \rightarrow \text{Nuevo P}$$

Esto quiere decir que, en vez de utilizar el esquema de verificación por el caso particular:

$$\begin{array}{l} \forall x Ex \rightarrow Px \\ E(a) \\ \hline P(a) \end{array}$$

Karl Popper sugiere utilizar el esquema de negación por el caso particular:

$$\begin{array}{l} \forall x Ex \rightarrow Px \\ \neg P(a) \\ \hline \neg E(a) \end{array}$$

Para Popper el conocimiento racional se desarrolla por medio de intentos explicativos y contraargumentaciones, como un proceso inacabado de

⁴³ Cf. POPPER, Karl; *Conocimiento objetivo*; Tecnos, Madrid, 1982. Véase también *El cuerpo y la mente*; Paidós, Barcelona, 1997.

búsqueda de la verdad a través de la formulación de hipótesis y conjeturas que luego son sometidas a refutación y discusión crítica⁴⁴. Popper dice que es un racionalista, pero entiende por racionalista a un hombre que quiere comprender el mundo y aprender mediante la discusión con otros; criticándolos, suscitando sus críticas y tratando de aprender de ellas⁴⁵. Karl Popper se interesa por el desarrollo del conocimiento científico y la elección racional entre diversas teorías. Su tesis central es que tenemos un criterio de progreso en el campo de la ciencia, puesto que aún antes de colocar a prueba una teoría sabemos con antelación como tendrá que ser una mejor teoría científica. Esta primera tesis de Popper implica que disponemos de un criterio de satisfactoriedad potencial relativa que puede aplicarse a alguna teoría, incluso antes de que sepamos que es una teoría realmente satisfactoria⁴⁶.

El criterio de elección racional que implica la tesis central de Popper caracteriza como preferible a la teoría que nos dice más, tiene mayor contenido, es decir, mayor cantidad de información empírica; es más fuerte en su forma lógica; tiene mayor poder explicativo y predictivo y, por tanto, puede comprobarse con mayor severidad. El contenido informativo de una teoría o fuerza lógica de una teoría establece que el contenido informativo de la conjunción a y b (a.b), de dos afirmaciones a= “el viernes lloverá” y b= “el sábado hará buen tiempo”, siempre será mayor, o por lo menos igual, a la de cualquiera de sus componentes. Si escribimos Ct(a) para representar “el contenido de a” y Ct(b) para representar el contenido de b, y Ct(a.b) para representar “el contenido de la conjunción a.b”, tenemos entonces la siguiente fórmula: $Ct(a) \leq Ct(a.b) \geq Ct(b)$, que se opone a y contrasta con la correspondiente ley del cálculo de probabilidades: $P(a) \geq P(a.b) \leq P(b)$. Para Popper la relación entre el contenido informativo de una teoría, la probabilidad y la comprobabilidad es que a mayor contenido de información menor grado de probabilidad y esto equivale a un alto grado de falsedad potencial o refutabilidad. En conclusión, la satisfactoriedad potencial equivale a la comprobabilidad o improbabilidad de una teoría⁴⁷.

⁴⁴ Cf. POPPER, Karl; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Paidós, Buenos Aires, 1965. Cap. 1

⁴⁵ Cf. “Prefacio de 1956”, en *Realismo y el objetivo de la ciencia*; Tecnos, Madrid, 1983.

⁴⁶ POPPER, Karl; 1965, Cap. 10, p. 266

⁴⁷ Ibidem. p. 267

De la anterior argumentación podemos derivar como consecuencias lógicas dos implicaciones: 1) Si el desarrollo del conocimiento científico significa que operamos con teorías de contenido cada vez mayor, también debe significar que operamos con teorías de decreciente probabilidad, o 2) Si el desarrollo del conocimiento científico significa que operamos con teorías cada vez más improbables también debe significar que operamos con teorías de un alto grado de contenido empírico⁴⁸. En este sentido, para Popper la más duradera contribución del desarrollo del conocimiento científico que puede lograr una teoría es suscitar nuevos problemas; puesto que el proceso de conocimiento empieza siempre con problemas y termina siempre con problemas; problemas de profundidad cada vez mayor y de una fertilidad creciente al sugerir nuevos problemas. Las formas básicas de la argumentación científica son, según Popper, las siguientes:

1. La explicación: se presenta cuando nos planteamos el problema de encontrar cuales son las hipótesis generales, las condiciones iniciales o las leyes universales a partir de las cuales podemos deducir un determinado pronóstico sobre los fenómenos, hechos o situaciones.
2. La predicción: se da cuando consideramos las leyes, hipótesis y condiciones iniciales como dadas, en lugar de algo que hemos de encontrar, y las usamos para anticipar o deducir un pronóstico y conseguir así una información nueva.
3. La experimentación: la selección de las hipótesis que han superado bien las pruebas y test o la eliminación de aquellas hipótesis que las han superado mal, y que, por tanto, quedan rechazadas, pueden interpretarse como intentos de refutar o extirpar teorías falsas, de encontrar puntos débiles de una teoría para rechazarla. En este caso, consideramos alguna de las premisas (leyes universales, hipótesis generales o condiciones iniciales), como problemáticas y el pronóstico como algo que se ha de comparar con los resultados de las pruebas⁴⁹.

Para Popper siempre se trata de falsar y no de verificar nuestras hipótesis. Tratar de constatar el valor de verdad de una hipótesis general o una proposición universal, consiste en la comprobación o confirmación de dichas

⁴⁸ Ibidem. p.-293-205

⁴⁹ POPPER, Karl; 1962.

hipótesis y proposiciones con base en pruebas empíricas que permitan incrementar el grado de probabilidad o constatar su veracidad en todos los casos particulares que implica. Sin embargo, no es posible exigir que un sistema científico sea susceptible de una decisión definitiva y concluyente por medio de la confirmación o aplicación a todos los casos particulares; pero si es posible seleccionar, en un sentido negativo, por medio de contrastes o pruebas empíricas los casos particulares que refutan una hipótesis o teoría científica dada. Pues estas no son jamás deducibles de enunciados singulares pero si pueden estar en contradicción con estos últimos. En consecuencia, por medio de inferencias puramente deductivas es posible argüir de la verdad de enunciados singulares a la falsedad de las proposiciones universales⁵⁰.

Suponiendo que el contenido de verdad y que el contenido de falsedad de dos teorías T1 y T2 sean comparables entre sí, podemos decir que T2 se acerca más a la verdad que T1, si y solo si:

- 1) El contenido de verdad, pero no de falsedad de T2, excede al de T1, y
- 2) El contenido de falsedad de T1, pero no su contenido de verdad, excede al de T2.

Con base en la suposición que el contenido empírico y el contenido de verdad de una teoría (a) son, en principio, mesurables, se puede ir más allá y definir la verosimilitud o semejanza con la verdad de (a) así: $Vs(a) = Ctv(a) - Ctf(a)$. Esta idea es importante en los casos en que tenemos que trabajar con teorías de las que sabemos bien que no pueden ser verdaderas y que son, a lo sumo, aproximaciones. Sin embargo, ¿cuáles son los seis (6) tipos de criterios que nos permiten dictaminar que una teoría T1 ha sido superada por T2 o que nos inclinaría a decir que T2 es más verosímil que T1? La respuesta de Popper se articula a partir de seis criterios⁵¹:

1. T2 hace afirmaciones más precisas que soportan más tests.
2. T2 abarca más hechos que T1 y los explica.
3. T2 detalla más los hechos que T1.
4. T2 resiste test en los que T1 ha fracasado.

⁵⁰ POPPER, Karl; 1965

⁵¹ Ibidem. p. 285-286

5. T2 sugiere nuevos tests experimentales y los resiste.
6. T2 vincula problemas que antes estaban desvinculados⁵².

Esta concepción de la ciencia y la comunicación científica como una permanente discusión crítica, abierta a la formulación de conjeturas y la realización de refutaciones, fue puesta en duda por Kuhn⁵³, quien mostró con casos históricos y análisis sociológicos, que la ciencia no se distingue por su carácter revolucionario y de discusión crítica sino más bien por su aptitud conservadora, dogmática, sometida a paradigmas establecidos. En su conferencia *La lógica del descubrimiento o la psicología de la investigación*⁵⁴, presentada en el marco de un Congreso de filosofía de la ciencia en Londres, Kuhn pasa revista a sus puntos de vista y los compara con los de Popper. Esto le conduce a consideraciones de carácter sociológico que identifican y describen la importancia fundamental de los valores y compromisos de una comunidad en la elección de teorías.

Para Kuhn la ciencia normal convierte a una comunidad de científicos en solucionadores de acertijos, adecuadores de los hechos a los modelos y parámetros establecidos por su comunidad. Sólo frente a la reiteración de ciertas anomalías y problemas insolubles el investigador contemplaba la posibilidad de teorías, conjeturas y modelos alternativos. Entonces la ciencia normal entra en crisis y los científicos se ven obligados a reconstruir su paradigma y sus acuerdos por medio de argumentaciones persuasivas que tratan de lograr la adhesión de sus interlocutores a las interpretaciones que proponen como modelos, teorías o hipótesis de trabajo. Kuhn puso de presente la imposibilidad de fundar el conocimiento en la base empírica y los hechos, la observación no puede separarse de la teoría y el paradigma con el que interrogamos al mundo; par Kuhn resulta insostenible distinguir entre el contexto de descubrimiento (condiciones históricas, sociales, culturales y psicológicas en las que surgen las hipótesis y teorías) y el contexto de justificación (el ámbito de la investigación científica y sus formas de razonamiento). El procedimiento usado para formular una teoría y sus implicaciones socioculturales, políticas e históricas son tan relevantes como el

⁵² Ibidem. p. 284

⁵³ Cf. KUHN, T. S.; *La estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E, México, 1975.

⁵⁴ KUHN, T. S.; *La tensión esencial*, F.C.E, México, 1982. Cap. XI, pp. 290-216

problema de las condiciones de su aceptabilidad, veracidad o verosimilitud. Frente a la probabilidad como fundamento del conocimiento fidedigno, que aunque no puede apelar a la certeza absoluta ni garantizar con toda seguridad que el enunciado es verdadero, pero ofrece un grado de confirmación que suministra una medida de la probabilidad de su verdad, una base para su aceptabilidad y credibilidad, Kuhn propone una argumentación persuasiva que busca el consenso razonable (a nivel axiológico, ontológico, instrumental, lingüístico y metodológico) de una comunidad, con respecto a los conflictos de interpretación, la elección de teorías y la toma de decisiones.

En su conferencia Machette dada en la Furman University el 30 de noviembre de 1973, Kuhn revisa críticamente los criterios que sugiere Popper para elegir entre teorías rivales. La toma de decisiones interpretativas a la hora de abandonar una teoría por otra no puede resolverse mediante pruebas demostrativas. La decisión que toma un grupo científico no puede basarse en algoritmos de elección compartidos o estructuras deductivas de ninguna clase. Los debates frente al conflicto de la interpretación obligan a usar la persuasión y los juicios de valor, basados en una mezcla de factores objetivos y subjetivos o de criterios compartidos y criterios individuales. Los criterios que más influyen son: máximas, normas, valores, modelos y principios metafísicos. Las generalizaciones simbólicas de la lógica y la matemática sólo funcionan si el acuerdo es unánime frente a ellas. En este sentido, según Kuhn, hablamos de “técnicas de persuasión, o de argumentos y contrargumentos, en una situación tal que no puede haber prueba”⁵⁵.

7. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO, EL LENGUAJE NATURAL Y LA NUEVA RETÓRICA

En el mismo sentido de Hart⁵⁶ y Perelman⁵⁷, Carrió⁵⁸ considera que la argumentación jurídica no es una inferencia en el sentido de la deducción formal efectuada conforme a reglas preestablecidas. La argumentación jurídica se desarrolla en el marco de la lengua natural, en contextos

⁵⁵ Cf. KUHN, T. S; “Objetividad, juicios de valor y elección de teoría”, en *La tensión esencial*, Ed.cit.

⁵⁶ HART, H.L.A., *El ámbito de lo jurídico*. Lecturas del Pensamiento jurídico contemporáneo; Crítica, México, 1994.

⁵⁷ PERELMAN, Chaïm; Op. Cit; Cfr. “*The rational and the reasonable*”, en Proceedings of the international Symposium on « Rational Today », Editions de L’Univerité d’Ottawa, 1979.

⁵⁸ Ibidem. p. 12

intersubjetivos y comunicativos, está sujeta a controversia, posee presupuestos, implícitos, valores y no puede evitar la ambigüedad, la polisemia y la múltiple interpretación.

Para Hart⁵⁹, estamos forzados a aceptar que hay casos típicos claros y casos límites discutibles o casos difíciles. A primera vista puede parecer que el enunciado de un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en reglas, y no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, y cuyo peso varía de caso a caso⁶⁰. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de las funciones generales del comportamiento como de los casos particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones estándar variables, no exigen de aquellos una nueva valoración de caso a caso.

Se necesitan entonces recursos: uno es la legislación (herramienta dada por el lenguaje). La mayor importancia de esta radica en la el carácter que se le da a un enunciado. Los enunciados pueden ser obvios, o pueden llevarnos a un proceso de interpretación. Otro es el precedente (herramienta basada en decisiones pasadas) muy presente en la teoría de Hart⁶¹, aunque pueda dejar dudas metódicas. Esta teoría deja muchos aspectos para resolver al sentido común. Tanto el precedente como la legislación nos pueden llevar a un punto de textura abierta (indeterminación de algunas pautas o criterios de conducta en algún punto de su aplicación).

En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando los contenidos o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que solo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. No obstante:

⁵⁹ HART, H.L.A.; *El Concepto de Derecho*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. Traducción de Genaro Carrió. p. 158ss

⁶⁰ *Ibidem*. p. 164ss

⁶¹ *Ibidem*. p. 157

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha do en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano (...) los lenguajes naturales – tal como el idioma inglés- muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta⁶².

Pero aparte de esta relación de dependencia con el lenguaje natural, un lenguaje específico, no genérico, perfecto, exento de ambigüedades, múltiples interpretaciones y la flexibilidad propia de la textura abierta, no es ni siquiera deseable. Concebir reglas tan detalladas y precisas en donde la cuestión de si debe ser aplicada o no estuviera resulta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicarla, un abanico de interpretaciones o una nueva elección entre alternativas, convertiría al derecho en algo estático y ajeno a las circunstancias concretas y las demandas de un mundo y una sociedad cambiante.

... el error fundamental consiste en creer que los conceptos jurídicos son precisos y cerrados, en el sentido de que es posible definirlos en términos de condiciones necesarias y suficientes; de manera que para todo caso real o ficticio sea posible decir con certeza si cae bajo el concepto o no; el concepto se aplica o no se aplica (...) ello conllevaría a que la aplicación de un concepto a un caso dado, es una simple operación lógica (...) si preguntamos por qué esta creencia acerca de los conceptos jurídicos es errónea, la respuesta como ya dije en otro lugar, es que los hombres que hacen las leyes son seres humanos y no dioses⁶³.

Un dios puede preverlo todo, pero un ser humano -y los legisladores lo son- no puede prever todas las combinaciones posibles de circunstancias que se pueden presentar en el futuro.

⁶² Ibidem, pp. 159-160

⁶³ HART, H.L.A. ; *El ámbito de lo jurídico*, Ed. Cit, p. 109

Pero en la medida que existe conflicto de interpretaciones –y este es el caso del Derecho-, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan, ponen de presente que las bases argumentales del Derecho no son indiscutibles y los hechos están sometidos a interpretaciones divergentes. Un alegato jurídico es una suerte de reconstrucción histórica con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Cada una de las partes en un proceso penal, por ejemplo, plantea una interpretación de los hechos, como ocurrieron, la responsabilidad del acusado y la validez de las pruebas⁶⁴.

El argumento judicial es un instrumento de justificación legal. Motivar una decisión es justificarla; es dar una fundamentación convincente, indicar en que se basan o apoyan las opciones interpretativas propuestas. En el fallo de un juez debe existir una argumentación convincente para las partes de las razones que apoyan la decisión. La argumentación jurídica apunta a establecer y fundamentar la solución autorizada en una controversia o divergencia de interpretaciones y posiciones⁶⁵.

Para Perelman⁶⁶ la aplicación del silogismo jurídico que propone Klug sólo se impone cuando no ha sido objeto de controversia ninguno de sus elementos, la situación que encuadra la premisa mayor está esclarecida y los supuestos de hecho que ella contiene están probados. Pero si esto es así, no hay discusión y el caso está ya resuelto.

Perelman⁶⁷, al igual que Viehweg⁶⁸, intentó rehabilitar la tradición retórica y concibió la lógica jurídica como una Nueva retórica o Teoría de la argumentación jurídica, que implica una dimensión razonable o práctica que no se reduce al argumento puramente racional o lógico formal. La lógica jurídica sería una teoría de la argumentación persuasiva aplicada al campo del Derecho. La teoría de la argumentación es el estudio de las técnicas

⁶⁴ Técnicas del Juicio Oral; Comisión interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. USAID, Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia. Bogotá, 2003. pp. 49-77.

⁶⁵ Cf. VÁSQUEZ P., Socorro; *El argumento judicial*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2001.

⁶⁶ PERELMAN, Ch.; *Lógica jurídica y Nueva retórica*, Ed. Cit. p. 12

⁶⁷ PERELMAN, Ch; Tyteca, L.O. *Tratado de la argumentación*. Trad. de Julia Sevilla Muñoz; Ed. Gredos, Madrid 1989.

⁶⁸ WIEHWEG, Theodor; *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Madrid, 1997. Véase también *Tópica y Jurisprudencia*; Taurus, Madrid, 1964. Trad. de Díez Picazo.

discursivas mediante las cuales tratamos de provocar o acrecentar la adhesión de un determinado auditorio a las tesis que presentamos para su asentimiento.

Según Perelman la nueva retórica pretende ser una reivindicación de la retórica antigua, el arte de persuadir por medio del discurso, y en ese sentido se la puede considerar como un neoaristotelismo. Por otra parte, pretende mostrar que las figuras de estilo cuando se estudian en vivo no son simples adornos persuasivos sino razonamientos retórico-dialécticos que orientan la toma de decisiones, producen transformaciones de diversa índole en los interlocutores y afectan las situaciones concretas. Esta retórica es nueva porque introduce elementos no contenidos en la retórica antigua, ya que abarca el campo del discurso oral y escrito, mientras que la antigua se circunscribía a la palabra hablada; la nueva retórica no se circunscribe a los auditorios reunidos en una plaza pública sino que se ocupa de todos los discursos que buscan persuadir o convencer, cualquiera sea el auditorio al cual se dirige y cualquiera sea la materia sobre la cual versa, e incluso examina los argumentos que uno se dirige a si mismo cuando delibera íntimamente.

Desde *Retórica y Filosofía* (1952), Perelman afirmará que “puesto que no hay reglas susceptibles de proporcionar una solución definitiva al problema de la buena elección, cada elección constituye un riesgo, una opción que afecta la responsabilidad del hombre que ha optado”.⁶⁹ Sin embargo, Perelman no se resignó con esta conclusión. A partir de las décadas del 40 y el 50 se dedica a conjugar en su análisis la filosofía del lenguaje ordinario y el positivismo lógico, como base para construir una teoría de la argumentación que además de la comprobación empírica y la deducción lógica de cuenta de todas las formas de argumentación y fundamentación racional que caracterizan las ciencias sociales y las humanidades y permiten justificar un uso práctico de la razón, “La publicación de un tratado dedicado a la argumentación y su vinculación a una antigua tradición, la de la retórica y la dialéctica griegas, constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado con su sello la filosofía occidental en los tres últimos siglos”⁷⁰.

⁶⁹ PERELMAN, Ch.; *Rhétorique et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1952.

⁷⁰ PERELMAN, Ch.; TYTECA, O. *Tratado de la argumentación*. Trad. de Julia Sevilla M. Gredos, Madrid 1989. p. 30

Desde diversos programas investigativos es claro que el silogismo jurídico no constituye una forma de demostración de lo que se debe hacer o no. Como bien ha llamado la atención Ascombe⁷¹, esto se comprende mejor desde la óptica del razonamiento práctico, tal como lo concibió Aristóteles. Los razonamientos prácticos no se hallan confinados a los razonamientos demostrativos, aquellos involucran valores y deseos. La lógica es insuficiente para comprender estos razonamientos prácticos que comprenden decisiones, acciones y valores. De aquí que, Aristóteles, el fundador de la Lógica formal, hubiera desarrollado también la Retórica, la Dialéctica y las bases de la Lógica modal, como otras formas posibles de razonamiento en la vida práctica.

8. EL DISCURSO JURÍDICO Y LA ACCIÓN COMUNICATIVA

En este orden de ideas se inscribe la Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Para este autor el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. En línea con la teoría de la acción comunicativa de Habermas⁷², Alexy considera que las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad y no pueden distanciarse del ámbito de la racionalidad. Argumentar es propio de abogados y argumentar eficaz y convincentemente es lo propio de los grandes juristas desde tiempos de la oratoria jurídica romana. Dar un argumento significa ofrecer una razón o conjunto de razones en apoyo de cierta decisión, conclusión, tesis o demanda. De tal modo que, argumentar posee una importancia fundamental en el derecho, puesto que constituye la mejor manera de justificar y comprender las pretensiones de validez y evaluar qué afirmaciones o decisiones son mejores que otras. Un argumento jurídico se usa tanto para apoyar una petición o decisión jurídica, como para respaldar una opción interpretativa. En el último sentido, el argumento jurídico funciona como una pauta interpretativa general que indica como debería ser interpretada cierta formulación normativa. Interpretar conduce al conflicto de la interpretación, lo que nos obliga a argumentar, justificar y fundamentar nuestra forma de apropiarnos de lo comprendido en la interpretación que proponemos.

⁷¹ ANSCOMBE, G.E.M.; *Intención*, Ed. Paidós, Barcelona, 1991. traducción de Ana Isabel Stellino.

⁷² HABERMAS, J.; *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1981.

Expresión, comprensión e interpretación se articulan en la comunicación. Al comunicarse los seres humanos constituyen la sociedad, interactúan, coordinan y establecen acuerdos mediante el lenguaje natural. Al hablar y escuchar cada sujeto debe pensar al otro, las restricciones intersubjetivas que subyacen en la comunicación lingüística nos obligan a salir del egocentrismo, abandonar la búsqueda del interés individual, y, por tanto, a someternos al desafío de la comprensión. La comunicación no puede concebirse y no tiene sentido sin el entendimiento. Comunicarse, realizar acciones comunicativas, implica necesariamente adecuarse a las exigencias y parámetros que hacen que el entendimiento sea posible y con sentido⁷³.

Así, comunicarse significa plantear pretensiones de validez. Entenderse supone llegar a la convicción compartida de la validez de los enunciados que se profieren, para poder operar de modo consecuente con ellos y, por tanto, coordinadamente. Lo que en el discurso se hace es fundamentar, mediante argumentos o razones, una pretensión de verdad o de rectitud, pero de modo tal que se aspira a mostrarla válida, con carácter universal, al margen de cualquier determinación espacio temporal. De ello se desprende que las reglas que gobierna esa fundamentación solo pueden ser las de la argumentación racional. Habermas llama argumentación al tipo acción lingüística en la que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han hecho dudosas y tratan de defenderlas o atacarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la emisión discursiva⁷⁴.

La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones, esta se manifiesta cuando la argumentación es capaz de convencer a los participantes de una interacción comunicativa y motivarlos a aceptar y adherir a ciertas interpretaciones que se pretenden válidas; un argumento “es la razón que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una norma o valoración”⁷⁵. El acuerdo que se deriva de la argumentación es la razón final tenida por válida y sólo será

⁷³ HABERMAS, Jürgen; *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999. Trad. de J. C. Velasco y G. Vilar Roca.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen; *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, Barcelona, 1996. Trad. de Ramón García Cotarelo. pp. 135-199; Véase también *Verdad y justificación*; Trotta, Madrid, 2002. p. 99ss

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. REI, México, 1989, p. 141 Trad. de Manuel Jiménez Redondo.

racional cuando sean los argumentos, las razones sopesadas en la discusión, los únicos factores determinantes, de modo que sean las mejores razones, los mejores argumentos los que fuerzan la voluntad y el entendimiento. Para hacer esto posible es necesario y fundamental esclarecer las reglas de la argumentación racional, pues son estas reglas las que garantizan la ponderación imparcial de las razones y, por ende, la racionalidad de la resolución final. Habermas y Alexy se inscriben en la tradición retórica y su modo amplio, razonable y práctico de concebir la racionalidad humana⁷⁶.

Para Habermas el entendimiento mutuo es el proceso de consecución de un acuerdo sobre la base presupuesta de pretensiones de validez reconocidas en un paradigma común, por ello argumenta a favor de una tesis que propone que todo agente que actué comunicativamente tiene que agenciar, en la ejecución de cualquier acto comunicativo, pretensiones universales de validez. Dicho acuerdo descansa sobre la base del reconocimiento mutuo de cuatro correspondientes pretensiones de validez⁷⁷:

- 1) Verdad: apunta a la exposición de estado de cosas y pretende la objetividad.
- 2) Rectitud: apunta al establecimiento de relaciones interpersonales y al reconocimiento de una cierta normatividad.
- 3) Veracidad: apunta a la expresión de vivencias internas y el orden de la subjetividad.
- 4) Intelligibilidad: apunta al conjunto de acuerdos sobre lo real y sobre lo preferible, así como a los paradigmas socioculturales y los matices disciplinares que generan el entendimiento mutuo.

En la acción comunicativa el entendimiento lingüístico aparece como un mecanismo de coordinación de la acción. El medio por excelencia del entendimiento mutuo. Que el entendimiento funcione como mecanismo coordinador de la acción sólo puede significar que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las

⁷⁶ Ibidem. "Aspectos de la racionalidad de la acción", y "¿Qué significa pragmática universal", pp. 299-395

⁷⁷ Ibidem. pp. 350-368

"pretensiones de validez" con que se presentan unos frente a otros en el marco de una interacción razonable⁷⁸.

Así, comunicarse en aras del consenso y la mutua comprensión (interactuar razonablemente), significa proponer recíprocamente pretensiones de validez. Entenderse supone llegar a la convicción compartida de la validez de los enunciados y emisiones de que se trate, para poder operar de modo consecuente con ello y, por tanto, coordinadamente. "Todo consenso descansa en un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica"⁷⁹. De aquí que, quien sostiene algo y lo expresa lingüísticamente, pretende cierta validez para lo que dice y se compromete a mostrar con razones, en caso de crítica o reserva, lo razonable, justificado e inteligible de su aseveración y a actuar en consecuencia con las expectativas que en los demás se crean con respecto a su manera de entender los estados de cosas, las situaciones o individuos. El acuerdo se consolida aún más en la medida en que más y mejores razones apoyan, fundamentan o justifican la pretensión de validez. La acción comunicativa es, en este sentido, una dimensión razonable común e inherente a toda comunicación lingüística⁸⁰.

Al buscar esclarecer las condiciones de posibilidad del entendimiento mutuo y los parámetros mínimos de una interacción comunicativa razonable, es indispensable acudir a los presupuestos de la comunicación lingüística (actos de habla y de escucha), cuya comprensión genérica nos ofrece el marco de una situación ideal para el intercambio y la interacción comunicativa. Siguiendo aquí la presentación de Alexy⁸¹ podemos formular así los parámetros mínimos de toda situación de interacción comunicativa razonable:

- 1.1. Ningún hablante debe contradecirse.
- 1.2. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a A en todos los rasgos fundamentales.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ HABERMAS, J.; *Teoría de la acción comunicativa*, 2 Vols., Taurus, Madrid 1987. I, p. 143

⁸⁰ HABERMAS, J.; *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981. p. 179. También en *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*; Tecnos, Madrid 1987. p. 35

⁸¹ HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985. p. 110-113. Véase también Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid 1989. pp. 184-193

- 1.3. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.
- 2.1. Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.
- 2.2. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello.

Ahora bien, también para Atienza (1997) argumentar es una actividad lingüística y el argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados. Una argumentación es una actividad y el argumento es el resultado de dicha actividad. El derecho es, desde esta perspectiva, una forma de comunicación lingüística que sirve para resolver cierto tipo de problemas y conflictos, en los cuales habrán de emplearse las normas vigentes, una serie de procedimientos conceptuales y unas técnicas de argumentación específicas del campo jurídico.

En una sociedad abierta a la interacción comunicativa razonable, sostiene Aarnio⁸², las decisiones jurídicas son una forma de ejercer el poder, por ello deben estar abiertas a la discusión y evaluación de los ciudadanos. La toma de decisiones que se expresan en el razonamiento jurídico debe obedecer a una racionalidad que legitime las instituciones democráticas, para poder ser efectivas. Sólo a partir de un discurso racional bien fundado y reconocido se da la posibilidad de una sociedad abierta, democrática. Cuando las interpretaciones entre dos sujetos, sean A o B, entran en conflicto, la solución democrática pasa por el dialogo, pero este debe ser racional, es decir, legítimo y justificado. Los fundamentos del dialogo se encuentran en el hecho de que las partes sean capaces de: 1) distinguir las buenas de las malas razones, y 2) comprometerse con unas reglas mínimas de juego. Solo hay democracia si el discurso parte del orden jurídico y este tiene un mínimo de racionalidad, es decir, está justificado. De aquí que la argumentación sea un pre-requisito para el control de una decisión jurídica.

⁸² AARNIO, Aulis; “*Democracia y discurso racional*” y “*Derecho y lenguaje*”, en *Derecho, Racionalidad y Comunicación social*, Fontamara, México, 2000.

9. PRAGMÁTICA Y ARGUMENTACIÓN: LOS LÍMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO

Para Carrió, el lenguaje del derecho (el de las normas jurídicas) es lenguaje natural, contrario al lenguaje formal de la lógica. Los lenguajes naturales poseen expresiones ambiguas, vagas y exhiben una textura abierta. A pesar de que los juristas se han esforzado en dar precisión a los términos que utilizan, esfuerzo que se refleja en las leyes positivas, las incertidumbres subsisten. Pero, como bien lo señalaba Hart, el Derecho no podría cumplir sus funciones de guiar actos humanos y posibilitar su valoración si sus expresiones no fueran definibles en términos del lenguaje natural. Todo esto influye en la aplicación del Derecho, al determinar si un caso concreto se encuentra o no comprendido por las palabras de en que se expresa una regla o normatividad. De lo anterior se concluye que:

1. Las reglas del sistema no solucionan los casos concretos y por ello se debe hacer uso de otros recursos al argumentar y justificar las decisiones jurídicas.
2. Para argumentar un caso no sólo se debe conocer las normas vigentes sino que se debe poder encontrar los argumentos y valores (políticos, morales, económicos, etc.) necesarios para persuadir al auditorio (jueces, abogados, fiscales, jurados, sociedad, etc.).

El maestro Carrió, a partir de los planteamientos anteriores, propone una vía abductiva o hipotética de la argumentación jurídica. Con base en los aspectos constitutivos de un caso:

Una persona C (el cliente), que se encuentra en circunstancias H (hechos), desea obtener un resultado R (un cierto estado de cosas). El cliente C, acude a un abogado para que este le consiga el resultado R, o al menos le indique como hay que hacer para conseguirlo. El conjunto de medios que permiten llegar a R partiendo de H constituyen la solución S.

La cuestión está en formular una solución provisional y probarla con los siguientes consejos. De aquí que Carrió proponga el siguiente procedimiento:

A. En relación con R:

1. Averiguar bien que es lo que realmente quiere C, para así poder:
2. Ver si eso se puede alcanzar a partir de H.
3. Si C quiere R1 porque no sabe que se puede obtener R2.
4. Decidir si estamos o no dispuestos a ayudar a C a conseguir R. Los criterios no pueden ser sólo económicos sino también éticos y políticos.

B. En relación con H:

1. Conocer H a fondo; conocer a H mejor de lo que los conoce C.
2. No aceptar como dogma la versión de C ni la de sus asesores, debido a la subjetividad con que verían las cosas.
3. En todo cuanto sea posible, formarse una opinión propia e independiente acerca de H. Esto hace que estemos seguros de H, y que no salga con sorpresas de última hora porque C omitió o consideró algo irrelevante.
4. Pedir un memorándum completo de los hechos. Leerlo detenidamente y cotejarlo con los antecedentes.
5. Hacer las cosas por nosotros mismos, no todo se puede delegar. Ver con nuestros propios ojos los documentos, la contabilidad, el lugar de los hechos, entrevistar los testigos.

C. En relación con el nexo H-S

1. El estudio de H que se hace después de la parte inicial se debe hacer desde el punto de vista de una solución provisional S1.
2. S1 debe ser comenzada a ser puesta a prueba, para ver si las circunstancias del caso le dan sustento y que grado de probabilidad hay de que conduzca a R.
3. S1 es una especie de proyecto de puente que, una vez construido, nos llevará de H a R. Hay que hacer todo lo posible para asegurarnos de S1 antes de aconsejar S1 o de ponerla en práctica.
4. Las cosas que hay que hacer para poner en práctica S1 son de dos tipos:
 - a) Tipo H-S, comprobar si S1 esta bien apoyada en los hechos y si ese apoyo es lo suficientemente fuerte como para aguantar la carga

máxima que calculamos tendrá que aguantar (posibles objeciones, reservas, críticas, tests, etc.). Podemos hacer experimentos mentales como: ponernos en el punto de vista de quien tiene interés en argüir que no hay tal cosa como H, o que H no da apoyo a S1. También ponernos en el punto de vista de quien tiene una posición imparcial.

- b) Tipo S-R, para poner a prueba a S1 hay que estar lo más seguro posible de que S1 conduce a R. La única certeza la da llegar a R. Pero mientras tanto podemos ver que ha ocurrido en los casos semejantes: estudio de la historia, las líneas jurisprudenciales, los antecedentes y precedentes jurídicos. Para comprobar que S1 es una buena S en relación con R, S1 debe pasar el test imaginario de la aprobación judicial: mirar la jurisprudencia, consultar otros jueces y evaluar bien las circunstancias H, S1 es sólida, consistente, defendible, plausible, etc. Revisar las líneas jurisprudenciales no es un mero asunto de aplicar esquemas argumentativos o formales y obligar las argumentaciones a entrar en ellos. Por el contrario, nos dice Carrió “Es cuestión de saber buscar en ellos con imaginación y audacia pero, a la vez, con buen juicio y sentido de responsabilidad”⁸³.

En últimas, nos dice Carrió, en dos Reglas Fundamentales para dar Solución “Definitiva”⁸⁴ lo siguiente:

- La primera regla: hay que ver cómo encaja S en los otros problemas de C.
- La segunda regla, indica que hay que estar siempre dispuesto a revisar o a reajustar nuestras soluciones “definitivas” tan pronto advirtamos que su puesta en práctica no arroja los resultados que se esperaban. Solo C sabrá realmente si, desde el punto de vista amplio de sus otros problemas o dificultades, S es una buena solución.

Pero es evidente que se habla de “definitiva” en el sentido Popperiano y Peirciano de solución provisional (conjetura) que ha superado los test y ha sobrevivido a la crítica y la refutación.

⁸³ CARRIÓ, Genaro; 1987, p. 40

⁸⁴ Ibidem. pp. 40-42

10. ¿CÓMO ARGUMENTAR UN CASO FRENTE A UN TRIBUNAL?

Finalmente podemos pasar a responder con las expectativas que genera el título del presente artículo. Formulemos el asunto como una cuestión: ¿Cómo argumentar un Caso frente a un Tribunal?⁸⁵

Para poder explicar cómo debe argumentarse un caso ante un tribunal se pueden tomar dos caminos:

1. El método alternativo, donde se toma un caso real o imaginario dotado del máximo grado de concreción posible, y con él a la vista dar unas pautas o consejos sobre cómo debe argumentarse ese caso. Este es el muy conocido Case method, o estudio de casos. Consiste en plantearse y discutir los principales problemas que se suscitan en la aplicación y manejo de reglas jurídicas tal como se las ve a partir de casos concretos. Se entiende desde esta metodología que las reglas no se aprenden con independencia de los casos concretos, y que sólo se entiende su verdadero alcance y función a partir de cada caso concreto. De seguir esa alternativa, las recomendaciones estarían condicionadas a los siguientes factores:
 - por nuestro “papel” en el juicio
 - por el tipo de juicio
 - por el tipo de escrito en que desarrollaremos nuestra argumentación.
 - por el tipo de tribunal frente al que debemos argumentar
 - por el contenido de la litis
 - por lo que razonablemente podemos esperar dadas todas las circunstancias del caso, de la decisión judicial
 - por el resultado de la prueba producida
 - por el estado del derecho vigente respecto de los tópicos centrales en debate
 - por el “clima” del asunto concreto que tenemos entre manos
 - por las características idiosincrásicas del juez
 - por las características del colega-adversario
 - por la incidencia probable de la decisión más allá de los límites estrictos del litigio; su posible valor como precedente.

⁸⁵ Ibidem. pp. 45ss

Es claro entonces que, si el espectro de casos examinados no es suficientemente representativo o amplio, los consejos que el más experto puede dar, con base en ellos, carecerán de la necesaria amplitud y pueden ofrecer una imagen distorsionada. Aquí el derecho se ve con ojos de abogado y no como profesor, especialista o teórico del Derecho. Con todo, el estudio de caso es una buena vía para aprender la profesión de Abogado, pero la verdad es que el auténtico aprendizaje se dará en la práctica profesional. El abogado Popperiano de Carrió debe vérselas con problemas concretos y, por tanto, debe lograr gran familiaridad con ellos, lo que finalmente le conducirá a nuevos y más complejos problemas que, afortunadamente para el derecho, poseen un vencimiento de términos, un tiempo para determinar su “solución definitiva”. Los problemas nunca se agotan y su hondura sólo es inteligible en el ejercicio de la profesión. El oficio de abogado se aprende una vez graduado.

2. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, un segundo método consistiría en ofrecer algunas indicaciones muy generales, válidas para un gran número de casos y un espectro amplio de situaciones jurídicas. Esta es la vía que toma Carrió y entonces se atreve a sugerir algunas recomendaciones o consejos para los jóvenes abogados. El ejercicio de la abogacía es una actividad técnica, reitera. El mejor abogado es aquel que maneja con mayor soltura o maestría ciertas reglas técnicas relativas al uso de reglas jurídicas. De aquí que, no podemos desechar algunos consejos que, sin duda, tienen mucho que enseñarnos: lo primero que debemos hacer es conocer nuestros jueces, estos pueden definirse así:
 - a. Son seres humanos honestos y versados en Derecho, atiborrados de trabajo, con poco tiempo para estudiar bien las causas que debe decidir y con pocos alicientes inmateriales y materiales que lo estimulen a actuar con imaginación y entusiasmo.
 - b. Son exponentes de la mentalidad judicial ortodoxa. 1. Por una creencia firme de que los jueces son portavoces del legislador. 2. Por una actitud conservadora, por una resistencia a admitir la novedad. 3. Por una cierta inercia de su profesión que le conduce a formatearse y seguir un mismo esquema tradicional o paradigma establecido.

De aquí no se concluye que: “El juez es limitado y predecible en su comportamiento” y mucho menos que “todo consiste en hacerse amigo del Juez”, no debemos caer en estos extremos, pero tampoco en sus contrarios. La conclusión que parecería razonable es: “¿Quién es el juez y cómo ha fallado antes?”. Hacerse una idea del juez lo más cercana posible a la realidad es fundamental.

11. DIEZ RECOMENDACIONES ACERCA DE CÓMO ARGUMENTAR UN CASO

Carrió nos ofrece Diez Recomendaciones (o Familias de Recomendaciones) acerca de cómo argumentar un caso frente a un Tribunal:

I. Dos recomendaciones elementales

1. La primera recomendación: tratar, ante todo, que el tribunal nos oiga.
2. La segunda recomendación: tratar de que el tribunal nos entienda bien. Para cumplir con esta recomendación elemental basta con seguir la lógica de la conversación de Grice⁸⁶, adaptada por Carrió a la argumentación jurídica:
 - Ser breve, claro y conciso
 - Describir con la mayor sencillez y precisión, sin tecnicismos, el conflicto de los intereses en juego.
 - No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos.
 - Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros.
 - Hacer dos síntesis de nuestra posición, una al comienzo en la que precisamos cuales son las cosas que nos proponemos demostrar y otra al final, en la que se resume de que modo creemos haber demostrado lo que nos habíamos propuesto demostrar.
 - En lo posible construir la argumentación partiendo de un modelo simple, que iremos enriqueciendo progresivamente.

⁸⁶ Cf. GRICE, Paul; “Lógica y conversación”, en *La Búsqueda del significado*, Luis M. Valdes Villanueva (Copm.), Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 511-530

3. La tercera recomendación: es menester esforzarse por ver las cosas como uno las vería, si fuera el juez o el abogado de la otra parte. Es necesario no llenarnos de apasionamientos. La pasión suele cegarnos y lo que los abogados necesitamos para ejercer bien la profesión es tener los ojos abiertos y la mente abierta y lúcida. Hay que estudiar a fondo las pretensiones del colega contrario y los argumentos en que las sustentan.
4. La cuarta recomendación: conceder sin vacilar todo aquello en lo que razonablemente no podremos hacernos fuertes. No aferrarnos a defensas o alegaciones que sabemos que no son buenas. No ceder en todo aquello que, tras un análisis riguroso de nuestra posición, nos sentimos seguros.
5. La quinta recomendación: presentar nuestro caso de modo que la solución que propongamos aparezca lo menos alejada posible de lo ya establecido, (casos parecidos).
6. La sexta recomendación: si no podemos presentar nuestro caso de manera tal que la solución se apoye en lo ya establecido, tratar de demostrar que lo ya establecido no se refiere a nuestro caso (características muy singulares pero no iguales).
7. La séptima recomendación. Evitar que nuestros argumentos puedan ser exitosamente rebatidos con el contra-argumento de que la solución que propongamos no puede ser generalizada sin grave detrimento para la seguridad jurídica.
8. La octava recomendación: no usar argumentos puramente formales o que impliquen un manifiesto sacrificio de valores sustantivos a cuestiones adjetivas o rituales. No seamos artificiosos o ni lo parezcamos. Abusar de recursos argumentales de tipo estrictamente técnico para conservar ventajas o pretender nuevos beneficios es un abuso formalista que produce efectos indeseados.
9. La novena recomendación: no olvidar que contra lo que pudiera parecer, la constitución forma parte del derecho positivo, examinar entonces si en

nuestro caso hay algún ingrediente que justifique la aplicación de preceptos constitucionales y la eventual intervención de la Corte Constitucional.

10. La décima recomendación: no usar la agresión verbal como arma de persuasión. La falacia *ad personam* sigue siendo un desatino indelicado y de graves consecuencias. Genaro Carrió concluye recordándonos que el abogado que tiene buenos argumentos, o que sabe usar bien los que tiene, puede permitirse ser cortés y comprensivo. Eso ayuda a ganar pleitos o a crear el clima adecuado para resolverlos. Ayuda también a merecer el respeto y la consideración de los demás y a ser mejor de lo que uno es, no ya simplemente como abogado, sino como ser humano⁸⁷.

En síntesis, los aportes de Carrió constituyen un estímulo para la concepción pragmática y dinámica del Derecho en Hispanoamérica. Sus planteamientos y sugerencias abonan el terreno para la transformación de los viejos paradigmas que nuestro sistema jurídico necesita y reclama. Las reformas que se inician en 1999, en donde se intenta consolidar un sistema de juzgamiento con tendencia acusatoria, introducen elementos como publicidad, contradicción e inmediatez probatoria, con la posibilidad de concentrar oralmente las pruebas. El ejercicio dialéctico y retórico del razonamiento forense se abre camino en nuestro sistema penal y exige capacidad para argumentar e interpretar que permita a nuestros abogados manejar las técnicas del juicio oral. La vieja y tradicional pregunta de *¿cómo argumentar un caso?* cobra vigencia y nos obliga a diseñar estrategias encaminadas a desarrollar la competencia argumentativa y la capacidad para discutir y justificar nuestras demandas en la lengua natural hablada o escrita. Sin embargo, el paradigma lógico formal y el positivismo retórico no son suficientes para comprender la argumentación en lengua natural. Es necesario situar la argumentación jurídica en sus contextos socioculturales, éticos y políticos, al tiempo que se exploran modelos de argumentación no demostrativos. Esta tendencia se avizora ya desde finales de los años cincuenta en autores como Toulmin, quien incluso no duda en plantear el razonamiento jurídico como un modelo para todas las ciencias sociales y humanas:

⁸⁷ CARRIÓ, Genaro; *Ibidem*, p. 78

*The legal analogy implied in this last way of putting the point can for once be a real help. So let us forget about psychology, sociology, technology and mathematics, ignore the echoes of structural engineering and collage in the words 'grounds' and backing, and take as our model the discipline of jurisprudence. Logic (we may say) is generalised jurisprudence.*⁸⁸

No sólo podemos comparar los argumentos con una demanda legal y la argumentación jurídica con lo que nosotros hacemos al argumentar en contextos extralegales, sino que las bases epistemológicas de las disciplinas sociales y humanas requieren, como en el derecho, caracterizar procesos de raciocinio, seguir procedimientos argumentativos y usar categorías generales que establecen las condiciones de posibilidad de cualquier investigación que pretenda resolver problemas o esclarecer conflictos de interpretación. Esta sugerencia parece haber hecho eco en Kuhn, físico, epistemólogo e historiador de la ciencia, quien desarrollo en su conferencia *Objetividad, juicios de valor y elección de teorías*, una concepción del conocimiento científico que apela a y se funda en la argumentación persuasiva razonable.

Para Toulmin, la analogía entre lógica y jurisprudencia es clave para erigir la racionalidad crítica como fundamento de la racionalidad. No resultan suficiente las máximas y las generalizaciones, es necesario también un conjunto de reglas y valores compartidos, modelos de comportamiento que establecen los parámetros de realización y ejecución del razonamiento persuasivo.

*"A sound argument, a well-grounded or firmly-backed claim, is one which will stand up to criticism, one for which a case can be presented coming up to the standard required if it is to deserve a favourable verdict. How many legal terms find a natural extension here! One may even be tempted to say that our extra-legal claims have to be justified, not before Her Majesty's Judges, but before the Court of Reason"*⁸⁹

En conclusión, la argumentación jurídica implica una dimensión razonable o práctica que no se reduce al argumento puramente racional o lógico formal. No obstante, el abogado no debe desconocer este ámbito de la demostración

⁸⁸ TOULMIN, Stephen; *The Uses of Argument*; Cambridge University Press; 1958 , 1999. p. 7

⁸⁹ TOULMIN, Stephen; Op. Cit. p. 8

sino complementarlo con la argumentación en lengua natural. Se trata de ampliar el campo de la racionalidad hasta el límite de los casos difíciles que obligan a ser prudentes y razonables, es decir, a tomar decisiones con base en juicios de valor. Este ámbito de lo razonable tiene ciertas características que debemos identificar y comprender, según Recaséns Siches y a manera de cierre, son las siguientes:

“A) está limitado o circunscrito por la realidad concreta del mundo en el que opera, esta circunscrito por la realidad del mundo social particular, en el cual, con el cual y para el cual se elaboran las normas jurídicas. B) está impregnado de valoraciones. C) tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación y, por lo tanto, toman en cuenta posibilidades y limitaciones reales. D) Está regido por razones de congruencia y adecuación: 1) entre la realidad social y los valores (cuales son los valores pertinentes para la regulación de determinada realidad social); 2) entre los valores y los fines (cuales son los fines valiosos); 3) entre los fines y la realidad concreta (cuales son los fines de realidad posible); 4) entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines; 5) entre los fines y los medios respecto a la corrección ética de los medios; 6) entre los fines y los medios en los que se refiere la eficacia de los medios. E) Está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica, esto es, individual y social, y se desenvuelve al compás de la experiencia”⁹⁰

⁹⁰ SICHES, Recaséns; *La Interpretación del Derecho; Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XVI, p. 559, Citado por Eduardo López Villegas en *Derecho y argumentación*, ECOE Ediciones, Universidad de Manizales, Bogotá, 2001.