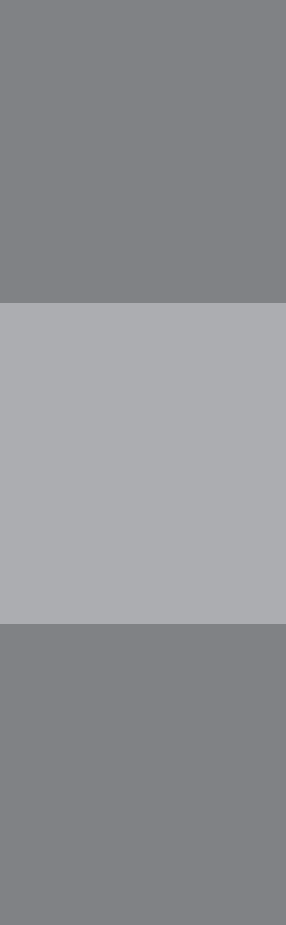




ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



Argumentación Jurídica



TÍTULO

Argumentación Jurídica

Coordinadores

Juan Carlos Socorro

José Alberto Cruceta

AUTORES

José Alberto Cruceta

Juan Manuel Guerrero

Yokaurys Morales

Martha Cristina Díaz Villafañá

Alberto Antonio Moronta

Esthel Díaz

© **Escuela Nacional de la Judicatura**

Calle César Nicolás Penson No.59, Gazcue

Tel.: (809) 686.0672 | Fax: (809) 686.1101

Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana

e-mail: info@enj.org

www.enj.org

Hecho el Depósito Legal

ISBN: 978-9945-425-12-3

Portada: Ruddy Alberto Reyes

Diagramación: Ruddy Alberto Reyes

Corrector de Estilo: Juan Manuel Prida Cruz

Consejo Directivo

Mag. Jorge A. Subero Isa

Presidente

Mag. Enilda Reyes Pérez

Miembro

Mag. Erick Hernández-Machado

Miembro

Mag. William Encarnación

Miembro

Dr. Juan Manuel Pellerano

Miembro

Lic. Julio César Terrero

Miembro

Luis Henry Molina Peña

Secretario

Dirección

Luis Henry Molina

Director

Gervasia Valenzuela Sosa

Subdirectora

Mag. Yokaurys Morales

Coordinadora Técnica

Silvia Furniel

Analista

Capital Humano

Virginia Feliz

Analista

Gerencias de Proyectos

Nora Rubirosa

Gerente

Glenys Linares

Analista

Pully García

Analista

Ellys Coronado

Analista

Yamell Montero

Analista

Rosa María Cruz

Especialista

María Amalia Bobadilla

Analista

Lucy Liranzo

Analista

Mariloy Díaz

Especialista

Dilenia Hernández

Analista

Ricardo Tavera

Analista

Gestión Administración y Finanzas

Alicia Tejada

Gestora

Adriano Francisco

Especialista

Giselle Mojica

Analista

Yokasta García

Analista

Gestión de Información y Atención al Usuario

Jacqueline Díaz

Gestora

Luis M. Pérez

Especialista

Guillermo Haché

Especialista

Glennys Díaz

Analista

Mencia Mercedes

Analista

José L. Rodríguez

Analista

Maurys Santana

Analista

Denia Pichardo

Analista

Introducción general

El texto que presentamos a continuación no es más que una breve mirada panorámica de los elementos centrales de la argumentación jurídica, actividad fundamental de los juristas; tema que viene provocando creciente interés tanto en académicos como en operadores del sistema jurídico, entre quienes los jueces cumplen un rol de singular trascendencia.

El interés de los teóricos del derecho por la argumentación jurídica es un ingrediente importante de la experiencia judicial, la cual ha aumentado enormemente en los últimos tiempos. Especialmente a partir de los años 50 cuando se produce un gran resurgimiento con la aplicación de la lógica al derecho, en parte por la posibilidad de aplicar al mismo las herramientas de la “nueva” lógica matemática (con la publicación, en 1951, de la lógica jurídica de Ulrich Klug y en parte como consecuencia del nacimiento de la lógica deontológica de las normas (con el trabajo primer trabajo de Wright de 1951).

Pero, también ha influido en el auge de esta nueva visión de la argumentación como teoría jurídica, la propuesta de otras visiones no tradicionales en el estudio de los argumentos, representadas por la tópica de Viehweig, la retórica de Perelman (llamada por él nueva retórica), y la lógica operativa o informal de Toulmin, llamados por la doctrina los precursores de la teoría del derecho como argumentación. Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica), se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico formal sería una parte de la misma) e incluso a veces a un tópico de investigación que se contrapone al de la lógica formal.

Posteriormente, a partir de los años 70, autores europeos como Robert Alexy, Neil MacCormick, Perzenik y Aarnio, han desarrollado una “teoría estándar de la argumentación jurídica”, que ha sido difundida en lengua castellana por el profesor español de la Universidad de Alicante Manuel Atienza. Algunos autores latinoamericanos, como Carrio, Buligin, Alchourrón, también han hecho aportes en ese sentido. Además de la exigencia de motivación del garantismo y del Estado constitucional del derecho.

Siendo el interés por este tema relativamente reciente, ello explica que no se haya introducido como cátedra en las facultades de derecho del país. Sin embargo, son indudables su vigencia e importancia práctica, lo que provoca el interés de todo operador legal.

La presente obra sobre la argumentación jurídica incluye temas relativos a las concepciones del derecho y la argumentación jurídica, a las fuentes del derecho, de lógica jurídica, derecho y argumentación, el razonamiento fáctico y la correcta interpretación de las sentencias.

Es por ello que invitamos a todos los jueces del país al estudio de este material, convencido que a través de su lectura encontrarán un instrumento valioso que ampliará y enriquecerá su cotidiana labor. Legitimando su función, la cual redundará en una justicia más efectiva al recibir los usuarios sentencias más racionales, con mejores argumentos y, por tanto, más y mejor motivadas. Nos despedimos recordando las palabras del maestro mexicano Fix-Zamudio, de que no hay mejor práctica que una buena teoría y una buena teoría se reduce a una buena argumentación.

José Alberto Cruceta

CONTENIDO

Módulo I

Diferentes concepciones filosóficas del derecho y de la argumentación jurídica

Introducción.....	11
Tres criterios de valoración de la norma jurídica justicia, validez y eficacia	13
Escuela del derecho natural.....	15
El caso Elmer.....	15
El iusnaturalismo.....	17
Ius naturalistas modernos.....	18
Positivismo jurídico	23
Reacciones contra las concepciones ius naturalistas y positivistas del derecho.....	25
Escuela histórica.....	26
Escuela sociológica.....	27
Escuela realista.....	27
El concepto de derecho de los realistas.....	29
Argumentación y argumentación jurídica.....	32
Teoría de la argumentación como una nueva visión del mundo del derecho.....	32
El enfoque del derecho como argumentación.....	33
El derecho como argumentación y las diferentes concepciones de la argumentación jurídica.....	34
La concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática de la argumentación.....	36
La tópica de Theodor Viehweg.....	38
Modelo retórico.....	40
Teoría procedimental.....	43
Tesis generales sobre el razonamiento judicial.....	48

Módulo II

Las fuentes del derecho

Introducción.....	57
Normativismo.....	58
Crítica al normativismo.....	58
Modalidades genéricas de creación de Derecho.....	59
Lagunas del ordenamiento jurídico normativo.....	61

Módulo III

La lógica jurídica

Introducción.....	67
Principios y axiomas lógicos.....	69
Formas elementales del pensamiento.....	74
Los predicables y las categorías.....	75
Los juicios.....	76
Razonamiento deductivo.....	80
Silogismo categórico.....	83
Silogismos hipotéticos.....	84
Silogismo disyuntivo	85

El dilema.....	86
Reducción al absurdo.....	87
Valoración del silogismo.....	87
Silogismo jurídico.....	88
El razonamiento inductivo.....	89
Las falacias del razonamiento inductivo.....	90
Veracidad objetiva del pensamiento.....	91

Módulo IV

Derecho y argumentación.

Introducción.....	97
La argumentación subsuntiva o clasificatoria.....	98
La argumentación o razonamiento finalista.....	99
La ponderación.....	100
Los argumentos.....	101
Falacias y argumentación judicial.....	106
Los parallogismos.....	107
Los sofismas.....	109
La composición de un argumento.....	111
Reconstrucción de argumentos.....	113
Argumentación y decisión judicial.....	117
Sentencias judiciales y problemáticas.....	118

Módulo V

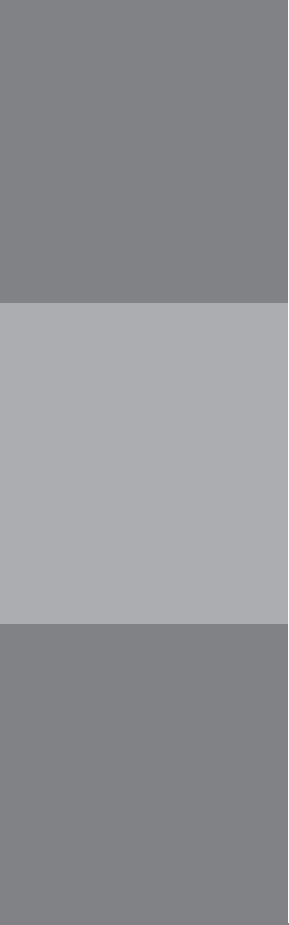
La argumentación del juicio fáctico en las decisiones judiciales.

Fases del juicio fáctico.....	121
Valoración de las pruebas para el establecimiento del juicio fáctico.....	125
El juicio de los hechos.....	136
El criterio de la justificación.....	137
Los criterios de corrección.....	137
Pautas argumentativas para un correcto establecimiento del juicio fáctico en las decisiones judiciales.....	139

Módulo VI

La correcta argumentación en la sentencia

Introducción.....	153
La motivación de la sentencia.....	157
Estatuto legal en República Dominicana.....	158
Criterios jurisprudenciales.....	160
Necesidad y características de la motivación.....	162
Los planos o etapas en el razonamiento judicial.....	174
Cierre conceptual.....	179
Consejos generales contenidos en los módulos anteriores, para la correcta estructuración de la sentencia.....	180



Argumentación Jurídica

Objetivo General:

Proveer a los jueces de las herramientas necesarias que les permitan lograr la racionalidad de la decisión jurídica y la justificación en la toma de decisiones.

Objetivos específicos:

Despertar interés por el estudio de las escuelas del pensamiento jurídico.

Explicar las características y los autores más relevantes de cada una de las escuelas.

Crear conciencia de la importancia de tener una filosofía del derecho, como herramienta de legitimación de las decisiones judiciales.

Presentar una panorámica de las principales direcciones que ha tomado en los últimos años el problema de la argumentación jurídica.

Dar cuenta de las principales teorías y concepciones que se engloban en la teoría del derecho como argumentación.

Exponer algunas tesis generales sobre la argumentación jurídica.

Realizar breves consideraciones críticas sobre puntos débiles y lagunas que presentan dichas teorías.

Módulo I

Coordinadores:
Juan Socorro y José A. Cruceta

Autor

José A. Cruceta

Objetivo General

Proveer a los jueces de las herramientas necesarias que les permitan lograr la racionalidad de sus decisiones jurídicas y de las buenas razones en la justificación de estas.

Objetivos específicos

Identificar las principales corrientes de las concepciones del derecho (escuelas). Despertar el interés por el estudio de las escuelas del pensamiento jurídico. Explicar las características y los autores más relevantes de cada una de las escuelas. Mostrar la relevancia práctica de las disputas entre las diferentes escuelas, para la labor judicial. Crear conciencia de la importancia de tener una filosofía del derecho, como herramienta de legitimación de las decisiones judiciales. Dar cuenta de las principales teorías y concepciones que se engloban en la teoría del derecho como argumentación.

Presentar una panorámica de las principales direcciones que ha tomado en los últimos años el problema de la argumentación jurídica. Exponer algunas tesis generales sobre la argumentación jurídica. Realizar breves consideraciones críticas sobre puntos débiles y lagunas que presentan dichas teorías. Diferentes concepciones filosóficas del derecho y de la argumentación jurídica.

Módulo I

Diferentes concepciones filosóficas del derecho y de la argumentación jurídica

Introducción.....	11
Tres criterios de valoración de la norma jurídica justicia, validez y eficacia	13
Escuela del derecho natural.....	15
El caso Elmer.....	15
El iusnaturalismo.....	17
Ius naturalistas modernos.....	18
Positivismo jurídico	23
Reacciones contra las concepciones ius naturalistas y positivistas del derecho.....	26
Escuela histórica.....	26
Escuela sociológica.....	27
Escuela realista.....	28
El concepto de derecho de los realistas.....	30
Argumentación y argumentación jurídica.....	32
Teoría de la argumentación como una nueva visión del mundo del derecho.....	32
El enfoque del derecho como argumentación.....	33
El derecho como argumentación y las diferentes concepciones de la argumentación jurídica.....	35
La concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática de la argumentación.....	37
La tópica de Theodor Viehweg.....	38
Modelo retórico.....	41
Teoría procedimental.....	44
Tesis generales sobre el razonamiento judicial.....	49

Introducción

Por concepciones filosóficas del derecho se entiende, un conjunto de respuestas con cierto grado de articulación a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho. En términos históricos (todo) el derecho ha girado en torno a tres criterios de valoración que definen los diferentes sentidos en la concepción del derecho. 1. Si es justa o injusta. 2. Si es válida o inválida. 3. Si es eficaz o ineficaz. Criterios que han dado lugar a las concepciones del derecho conocidas como escuelas, entre las que se cuentan, la iusnaturalista, la positivista, la histórica, la sociológica y la realista.

Como bien afirma Trias Monge, “todo juez podrá o no preocuparse por los problemas de la teoría del derecho, pero quiera o no, tendrá consciente o inconscientemente, su propia filosofía jurídica que irremediablemente intervendrá en la emisión de sus fallos; jueces de filiación teórica distinta adoptarán usualmente ante la misma hipótesis fáctica decisiones diferentes, o al menos sus razonamientos no serán idénticos. Es deseable que el juez sea consciente de su teoría personal del derecho, mientras más consciente sea del proceso adjudicativo, como de los distintos modos de adjudicar controversias, mientras más conozca de sus propias inclinaciones y se preocupe por su legitimidad, mayor será la adecuación de sus fallos. El juez sonámbulo camina por terrenos minados”.

La ley es igual para todos y el derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los tribunales, pero entonces, cabe preguntarnos, ¿por qué hay buenos y malos jueces?. ¿Qué marca la diferencia entre un buen juez y otro que no lo es?. La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, en su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el derecho.

Es natural que nosotros los jueces tratemos de comprender cómo argumentar y cómo debemos hacerlo. La disciplina que se ocupa de disipar estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica, definida como el análisis teórico de los procesos de argumentación en el derecho.

Como veremos, ha habido muchas teorías de la argumentación. Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos, los jueces no son más que máquinas de hacer subsunción. Los realistas han replicado que el razonamiento jurídico nada tiene que ver con la lógica, sino más bien con la ideología, las emociones y las corazonadas. Otros han rescatado de la antigüedad clásica la retórica y la tópica para concebir el razonamiento jurídico como una simple técnica de persuasión o de invención a partir de lugares comunes.

También hay quien ha visto tras el derecho, alguna forma de orden moral objetivo (Dworkin), sin olvidar que no hace mucho incluso, el influyente filósofo alemán Habermas se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión ius filosófica con su obra "Facticidad y Validez".

En este universo de ideas aparecen en 1978 las dos obras capitales de las teorías de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, y el legal reasoning and legal theory, de Neil MacCormic, superando ambas todo un cuerpo de teorías precursoras surgidas a partir de los años 50 que han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de Aarnio, Peczenik o Atienza, por citar solo algunos nombres.

Estas teorías han puesto de manifiesto insistentemente las insuficiencias que presentan tanto una concepción puramente formalista del razonamiento jurídico, que reduce la aplicación del derecho a un simple silogismo, como una concepción irracionalista que la reduce a simples expresiones de emociones.

La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos de argumentación. Pero también reconoce las limitaciones que este análisis representa en el mundo del derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico como señala Toulmin, "si no hay un debate racional, se pasa a un debate de quién a quién". Si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallamos en el mundo del capricho de las preferencias puramente personales y sobre gustos no se argumenta "Que se puede objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla".

Por eso, en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o la insuficiencia de la justificación cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier estado de derecho, por tanto, la teoría de la argumentación jurídica es una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del derecho

José A. Cruceta

Tres criterios de valoración de la Norma Jurídica Justicia, validez y eficacia

Frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas de acuerdo a la tesis de Norberto Bobbio, si es justa o injusta, desde el punto de vista de los valores, si es válida o inválida, desde el punto de vista legal, y si es eficaz o ineficaz.

1) El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre las normas y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. Tocamos el problema por ahora de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. Nos es suficiente comprobar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido, equivale a preguntar si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado.

El problema de si una norma es o no es justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia de una norma es plantear el problema de la correspondencia de lo que es real y lo que es ideal. Por eso, el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho y da lugar a la teoría y a la filosofía del derecho.

2) El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor; que se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica.

La validez jurídica de una norma equivale a la existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se tratan de establecer la entidad y la dimensión de un suceso. Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a un determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

a) Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para *expedir normas jurídicas*, es decir, normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de un determinado sistema jurídico).

b) Comprobar si no ha sido derogada, una norma puede haber sido válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir que lo que sea todavía, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresa ó tácitamente.

c) Verificar que no sea incompatible con otras normas del sistema (lo que también se le llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, como en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico de proposiciones contradictorias no pueden ser válidas). El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta ¿qué se entiende por derecho? Se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema ontológico del derecho y da lugar a la ciencia del derecho.

3) El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica no implica que también sea cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuáles son las razones para que una norma sea más o menos cumplida. Nos limitamos a comprobar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen, por lo general, sólo cuando van acompañadas de coacción; otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que son violadas sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces).

La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho y da lugar a la sociología del derecho.

Estos tres criterios de valoración de una norma crean tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en cuanto que la justicia no depende ni de la

validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez la cual puede dar lugar a una serie de proposiciones:

1. Una norma puede ser justa sin ser válida
2. Una norma puede ser válida sin ser justa..
3. Una norma puede ser válida sin ser eficaz.
4. Una norma puede ser eficaz sin ser válida.
5. Una norma puede ser justa sin ser eficaz.
6. Una norma puede ser eficaz sin ser justa.

Escuela del derecho natural (criterio de justicia)

La historia del derecho está marcada principalmente por el enfrentamiento de dos corrientes: las de derecho natural (o iusnaturalismo) y la del derecho positivo (o positivismo jurídico). En líneas generales la disputa gira en la relación que existe entre derecho y moral. Los iusnaturalista consideran que esa relación es definitoria del derecho, mientras que los positivistas consideran que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender qué es el derecho. A fin de explicitar en la práctica como se contraponen estas dos posiciones ilustraremos con la argumentación y solución de un caso difícil dicha posiciones. Un nieto asesinó a su abuelo para heredarle. A continuación la sentencia de la jurisprudencia norteamericana.

El Caso Elmer

*Para poner de manifiesto la importancia de los valores y principios en una teoría del derecho, hemos tomado el caso recreado por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin en su obra "LOS DERECHOS EN SERIO" **Riggs contra Palmer**, conocido como el caso Elmer (o del nieto desesperado), dictada en el año 1889 el cual enjuiciaba los siguientes hechos:*

En su testamento Francis Palmer dejaba sus bienes a sus hijas la Sra. Riggs y la señora Preston, así como su nieto, Elmer. Pero Elmer, ante la posibilidad de que Francis contrajera nuevo matrimonio y con el fin de proteger su herencia de la eventual alteración del testamento inicial a la que podría conducir la celebración de estas segunda nupcias, dio muerte a su abuelo. Elmer fue condenado por la comisión de su crimen y entonces la Sra. Riggs y Preston iniciaron un proceso judicial con el objeto de impedir, además, que el parricida percibiera la herencia de su propia víctima. Esta acción civil contaba con el obstáculo de que statue of wills de Nueva York no contemplaba la indignidad en la que Elmer había incurrido como impedimento para suceder. Nos hallamos, pues, un caso difícil por que la ausencia de

una regulación a propósito presentaba unas consecuencias jurídicas que entraban entonces (y entrarían ahora) en conflicto con nuestra concepción de la justicia.

Tras ser desestimada la pretensión de la demandante en la primera instancia la cuestión se elevó a la corte de apelación de Nueva York, en donde se enfrentaron dos posiciones: la mayoritaria, mantenida por el juez Earl, a favor de Riggs y Preston, y la defendida por el juez Gray, que favorecía a Elmer. Finalmente se impuso la primera opinión, basándose en un principio formulado en los siguientes términos “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen”.

La cuestión que cabe, entonces, plantearse es de dónde había surgido este principio que resolvió el caso en perjuicio de Elmer, el nieto desesperado. Al parecer no estaba escrito en ningún lugar hasta entonces y, sin embargo, formaba parte del derecho y sería aplicado por parte de los Jueces.

En la teoría del derecho, los principios han sido considerados un elemento que revela vinculación del derecho a la moral. Doctrina denominada derecho natural o lusnaturalismo; si existen principios en el derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

El caso Elmer demuestra que los jueces hacen referencia no sólo a una serie de normas jurídico positivas, sino también a principios morales y esto vendría a demostrar que la concepción del derecho de los positivistas estaría desenfocada, el argumento de los principios y valores contra el positivismo jurídico puede sintetizarse del siguiente modo: a) en todo derecho existen valores y principios; b) estos principios vinculan estructural y sustancialmente el derecho a la moral, luego el derecho y la moral se hallan necesariamente vinculados.

Es importante desde el punto de vista de su contenido comprobar la relación de los principios con el sistema jurídico. Si un principio forma parte del sistema por emanar del legislador, entonces el positivismo no tiene problemas para admitirlos como jurídicos, pero si se trata, por el contrario, de normas morales sin un soporte institucional, entonces sí plantea problemas para los positivistas. Según el positivismo jurídico, el derecho es un sistema de normas puestas por los hombres, normalmente por algún legislador. ¿Qué pasa entonces con un principio como el del caso Elmer? Si no lo ha dictado el legislador, ¿podemos afirmar que forma parte del derecho? Como se puede imaginar, no estamos ante cuestiones fáciles de responder, pero quizás nos ayude a aclarar un poco el camino una clasificación propuesta por Jerzy Wroblewski atendiendo a la relación de los principios con el sistema jurídico:

1) Principio positivo de derecho: La norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones, por ejemplo: El artículo 8 de la Constitución dominicana, que consagra el principio del respeto a la dignidad humana.

2) *Principio implícito del derecho:* Una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones normativas o legales, esto es, principio no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos.

3) *Principio extrasistemático del derecho:* es decir, una regla que no es ni principio positivo de derecho, ni principio implícito del derecho. Por ejemplo, a nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen.

Distinción entre Normas y Principios. Dworkin distingue los principios de las reglas por 2 razones:

1. Porque las reglas se aplican todo o nada, mientras que los principios no.
2. Porque los principios se pueden pesar, las reglas no.

El iusnaturalismo afirma que por encima de las leyes creadas por el hombre, existen ciertos principios de derecho natural. Estos principios de moralidad son inmutables y eternos contrariamente a las leyes humanas que pueden cambiar de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo. En consecuencia, la validez jurídica de las leyes humanas depende de lo establecido en los principios. Sus orígenes se pueden encontrar en las obras de los estoicos en los primeros años del imperio romano y en la teología cristiana medieval, posteriormente en el pensamiento secular de los representantes del siglo XVI, que crearon la base de la doctrina de los derechos naturales de los siglos XVII y XVIII. Esta corriente sufrió críticas y cayó en desuso prácticamente en todo el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, tomando fuerza de nuevo después del juicio de Nuremberg luego de la Segunda Guerra Mundial.

En este ensayo la corriente del derecho natural es discutida solo en cuanto existe una tendencia general de sus teóricos a reducir la validez del derecho a su conformidad con la noción de justicia. La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe estar de acuerdo a los valores supremos del ordenamiento jurídico. Una ley que colide con el concepto de justicia, al decir de San Agustín, no es una ley sino una corrupción de la ley.

Se plantea en la doctrina el carácter universal o relativo del valor justicia. A juzgar por los desacuerdos entre los diferentes seguidores del derecho natural, para Kant (y en general para todos los iusnaturalistas modernos) la libertad era lo natural; pero para Aristóteles era la esclavitud lo natural. Para Locke la propiedad privada era lo natural, pero para todos los utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley y Morelly, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de bienes.

En términos tradicionales el derecho natural se resume a las siguientes tres tesis:

1. Existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos. (leyes naturales).
2. El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana.
3. Solo se puede considerar derecho (leyes positivas) a las dictadas en concordancia con los principios.

Existen dos formas básicas de las teorías iusnaturalistas tradicionales:

1. El iusnaturalismo teológico: sus máximos representantes son los filósofos tomistas, quienes creen que el origen del derecho natural es Dios y que las leyes positivas deben derivarse de este.
2. El iusnaturalismo racional, representado por los filósofos iluministas. Los que sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y quienes trataron de axiomatizar esos principios auto evidentes que permitían derivar el resto de las normas. Lo común a ambas es que se desarrollan a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen se puede analizar mejor la forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas.

Ius naturalistas modernos

LON FULLER (1902-1978), profesor de Harvard durante la mayor parte de su vida, es uno de los autores que más influencia ha tenido en Estados Unidos en la propagación de este movimiento. *The Morality of Law* es la expresión más clara de su pensamiento. Fuller desarrolla su doctrina planteando los siguientes requisitos para la existencia de un sistema jurídico:

- 1) Que el sistema jurídico contenga reglas, lo que denomina Fuller el requisito de generalidad. Debe contar con normas de algún tipo, justas o injustas (la noción de la justicia pertenece a la moralidad externa del derecho), pero de orden general y no ad hoc.
- 2) La promulgación de las leyes. Fuller no considera que debe educarse al ciudadano sobre el significado completo de cada ley.
- 3) La irretroactividad de las leyes. En términos abstractos, dentro de un sistema de reglas principalmente prospectivas, considera Fuller que las leyes retroactivas constituyen una monstruosidad.

Entre otros temas, Fuller discute demasiado ligeramente la disposición constitucional prohibitiva de las leyes ex post facto, la que se ha limitado casi totalmente a estatutos criminales sin que tenga que ser así necesariamente, y el de la retroactividad típica de las sentencias judiciales, con breve referencia a situaciones en que la prospectividad es lo indicado.

- 4) La claridad de las leyes. Fuller señala, aunque sin debido reconocimiento de las ambigüedades inherentes a todo lenguaje y la imposibilidad de prever todas las circunstancias posibles en que podría aplicarse el estatuto, que el requisito de claridad no elimina la necesidad de utilizar estándares, tales como el de la buena fe y el del debido cuidado, en diversos casos.
- 5) La no-contradicción de las leyes pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico.
- 6) La obligatoriedad de no ordenar lo imposible.
- 7) El no-cambio frecuente y excesivo de las leyes.
- 8) La congruencia de los actos administrativos con las reglas vigentes.

Estos ocho requisitos representan condiciones mínimas para la debida existencia de un sistema jurídico y unidos constituyen un ideal o aspiración moral. El positivismo adolece de intentar definir el derecho sin referencia a sus fines, es decir, en referencia a su propósito.

John Finnis (1940-), profesor de derecho y filosofía jurídica en la Universidad de Oxford, es uno de los escritores modernos más importantes de inclinación iusnaturalista, utiliza el tomismo como punto de partida para la elaboración de su sistema.

Finnis considera que hay principios básicos de derecho natural que señalan las formas fundamentales de los bienes humanos a perseguirse y realizarse, así como una serie de requisitos de la razonabilidad práctica que proveen los criterios para distinguir entre lo moralmente correcto o incorrecto. Esos requisitos son los que justifican el ejercicio de autoridad en una comunidad y los que exigen también que tal autoridad se use de acuerdo con los reclamos de la llamada regla de derecho o imperio de la ley.

Para Finnis, el fundamento de los valores es básico para la existencia humana. Tales valores básicos son evidentes. El conocimiento constituye un ejemplo de un valor básico. La deseabilidad de su adquisición representa un principio de la razonabilidad práctica.

Finnis opina que lo importante no es tanto el número de valores o la nomenclatura que se emplee para designar los derechos fundamentales -otros han compilado listas más largas o más cortas, con nombres distintos; las combinaciones posibles entre los valores y las maneras

de realizarlos son inagotables-sino el hecho que todos son de naturaleza fundamental. En primer término, es evidente que cada uno constituye una modalidad de lo bueno. En segundo lugar, ninguno de estos valores puede derivarse analíticamente de otro y, por último, cada cual puede considerarse como el más importante. No existe un orden jerárquico entre ellos; todos son igualmente básicos. Cada persona puede establecer su propia jerarquía entre ellos y considerar algunos más importantes que otro para fines de su propia vida. Cada cual puede establecer su propia manera de lograr la plenitud del ser.

Según este autor existen siete bienes básicos para la existencia humana:

1. La vida, con lo que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesario para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima.
2. El conocimiento, entendido como aquel que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio.
3. El juego, entendido como aquellas acciones en las que los hombres participamos y que no tiene ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas.
4. La experiencia estética, que se refiere al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (arte) o por la naturaleza (paisajes).
5. La sociabilidad o amistad, se trata de un bien a través del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de ésta.
6. La razonabilidad práctica, se trata de un valor complejo que aglutina la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad. Es el bien básico que permite enfrentar con inteligencia las decisiones respecto de las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter.
7. La religión, se trata de un bien cuyo contenido deberá ser determinado por cada persona, pues constituye las respuestas sobre el origen universal de las cosas.

A pesar de la importancia que tiene, en la teoría de Finnis, la diferencia entre lo moralmente correcto o incorrecto no puede ser establecida en el nivel de los bienes básicos. Para ello se deben derivar una serie de requisitos intermedios que Finnis denomina las exigencias de la razonabilidad práctica. Principios de la razonabilidad práctica. Como existen diferentes bienes básicos, sin jerarquía ni prioridad entre ellos, existe la necesidad de contar con una serie de principios que permitan fundar una elección cuando surgen vías de acción alternativas que conducen a la satisfacción de distintos bienes básicos. ¿Qué escoger como actividad en una

tarde de verano? Un partido de fútbol, satisfaciendo el bien básico del juego, o estudiar filosofía del derecho, obteniendo con ello el bien del conocimiento; o en un contexto más profundo, ¿se debe matar a una persona (vulnerando el bien de la vida) si ese es el único medio para salvar muchas otras vidas?

Finnis desarrolla el concepto de razonabilidad práctica en dos sentidos, como un fin en sí mismo en cuanto que es un bien básico y como un medio para lograr ciertos fines. El conjunto de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica está compuesto por las siguientes nueve pautas de carácter metodológico.

1. Toda persona debe tener una serie armoniosa de propósitos y orientaciones en su vida. Estos propósitos o compromisos (que deben ser realizables y no meras quimeras), constituyen un plan de vida racional.

2. No se deben tener preferencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos. Al intentar cumplir con ese plan racional de vida se debe conceder la misma validez a todos los bienes básicos, sin sobre valorar exageradamente ni despreciar la consecución de ningunos de ellos. Esto no significa que se nos debe perseguir a todos por igual. Aun cuando seamos conscientes de que estamos persiguiendo un bien más que los otros, eso no debe significar que no los consideremos valiosos y que, en consecuencia, nos despreocupemos totalmente de procurar su satisfacción. Un plan de vida racional debe buscar satisfacción para todos los bienes básicos. Las diferencias entre los distintos planes de vida que resulta razonable escoger, radican en la importancia relativa que ellos otorgan a cada uno de esos bienes.

3. No se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en lo que atañe a la posibilidad de conseguir los bienes básicos. Para actuar razonablemente se debe seguir el principio subyacente en la formulación de esta exigencia: Haz a los demás lo que quieras que ellos hicieran contigo.

4. Se debe mantener una distancia crítica respecto de todos aquellos proyectos específicos y limitados que se persiguen en la vida, para poder estar abiertos a la consecución de todos los bienes básicos en las cambiantes condiciones que se dan a lo largo de la existencia humana.

5. Se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido. Se debe mantener un equilibrio entre el fanatismo ciego y el abandono a la ligera de los propósitos asumidos. La fidelidad a los propios objetivos debe equilibrarse con la posibilidad de realizar un cambio razonable en ellos.

6. Se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplir con los objetivos asumidos. No se debe perder las oportunidades que se tienen por el hecho de utilizar métodos ineficaces.

7. Cuando se ejecuta un acto se debe respetar cualquier bien básico que pudiera ser puesto en peligro al hacerlo. No se deben cometer actos que por sí mismos causen daños. No se puede justificar la producción de un daño apelando a los resultados beneficiosos que podrían traer aparejada de la acción que directamente lo provoca ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el daño que se generaría. En otras palabras, el contenido de este principio puede sintetizarse en la máxima “el fin nunca justifica los medios, cuando los medios seleccionados implican dañar un bien básico”.

8. Se debe favorecer y alentar el bien de la propia comunidad.

9. Se debe actuar siempre de acuerdo con la conciencia. Si tras meditar una cuestión uno piensa (cree o siente) que no debería hacer algo, entonces no debe hacerlo.

Estas nueve pautas de la razonabilidad práctica constituyen un mecanismo para guiar la conducta de los hombres y para indicarle los criterios a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones prácticas. Estas nueve pautas forman el contenido del derecho natural y constituyen lo que se entiende por moral.

En consecuencia, cada una de estas exigencias constituye una forma de obligación moral, pues determinan lo que se debe (o no se debe) hacer. La función que cumple el derecho natural es dotar de principios de razonabilidad capaces de guiar el proceso de toma de decisiones en cuestiones morales.

Conforme al criterio de Finnis, la justicia se compone de tres elementos. En primer término, la justicia es interpersonal. Se puede hablar de justicia o injusticia únicamente en casos de pluralidad de personas. El segundo elemento es la noción de obligación o deber; y el tercero el concepto de igualdad, mejor designado como proporcionalidad o equilibrio. Los requisitos de la justicia constituyen implicaciones concretas del requisito de razonabilidad práctica que exige que cada cual promueva el bienestar general de su comunidad. Para la realización de la justicia hay que actuar conforme a todos los principios de la razonabilidad práctica. La teoría de la justicia es esencialmente la teoría sobre lo que el interés público reclama. Plantea, además, que existen derechos humanos absolutos, derechos en el sentido de derechos-demandas, derechos *stricto sensu*, pero no limitados por deber correlativo alguno, así como hay deberes incondicionados.

Como puede verse, el concepto del derecho natural de Finnis es más amplio que el de Fuller. Mientras Fuller se limitó a exponer una serie de principios de orden procedimental, no derivados de la experiencia, a cumplirse por la ley, Finnis no vacila en adentrarse en el campo de lo sustantivo.

Sus requisitos de la razonabilidad práctica son, por supuesto, equivalentes a las leyes naturales de que se hablaba en épocas anteriores.

Ronald Dworkin, estadounidense y sucesor de H.L.A. Hart en la cátedra de jurisprudencia en Oxford, es también fuerte crítico del utilitarismo y el positivismo.

En oposición de los escépticos, quienes dudan que existan soluciones “correctas” a los problemas jurídicos, Dworkin sostiene que es posible decidir cuándo una determinada interpretación del derecho es mejor que otra, aunque la tarea es ardua y las opiniones cambian necesariamente con el tiempo.

El derecho se distingue primordialmente por ser una empresa interpretativa.

Los jueces funcionan basándose en principios y no en políticas. Los principios no pueden rendirse ante el interés público del momento.

Positivismo jurídico (criterio de validez)

Es un conjunto de normas puestas por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas. (Germán Cisneros Farías).

Principales autores

Para averiguar los distintos significados de la expresión “positivismo jurídico” o bien, para establecer cuáles son las doctrinas centrales del positivismo jurídico, o sea, las que han recibido mayor adhesión de parte de los autores calificados normalmente de positivistas, nada mejor, posiblemente, que recurrir a la obra de autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Norberto Bobbio y Herbert Hart, quienes son considerados comúnmente, en algún sentido, o en más de algún sentido, “positivistas”.

En consecuencia, Kelsen dice que “positivismo jurídico” es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como “derecho” al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Para este autor, dos son las consecuencias del positivismo jurídico:

a) La distinción entre el derecho y la moral, como dos órdenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho; y

b) La idea de que todo derecho estatuido por quienes se hallan autorizados para producir normas jurídicas debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.

Por su parte, Norberto Bobbio distingue tres aspectos del positivismo jurídico:

El primer aspecto o modalidad del positivismo jurídico, el autor italiano lo llama “positivismo jurídico metodológico”, pues consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho. Lo llama también “positivismo jurídico en sentido estricto”. Desde este primer punto de vista, en consecuencia, positivista es todo aquel que adopta frente al derecho una actitud éticamente neutral, esto es, que acepta como criterio para distinguir una norma jurídica de una que no lo es, ciertos datos verificables objetivamente y no la mayor o menor correspondencia con un determinado sistema de valores.

En segundo término, Bobbio identifica un positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado.

En esta segunda modalidad, el positivismo jurídico es algo más que un método, y se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado y por la idea de que las leyes tienen mayor valor como fuentes de derecho.

Por último el positivismo jurídico – según Bobbio - existe también como una determinada ideología, que como tal, enarbola una o ambas afirmaciones que siguen, (a) que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto es, al margen de su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral con que se lo enjuicie, es siempre un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden, la paz y la seguridad jurídica.

En cuanto a Alf Ross, este distingue seis tesis centrales o principales del positivismo jurídico, a saber:

a) La distinción entre derecho y moral, o sea, la distinción entre dos modos distintos de hablar acerca del derecho: el derecho que es y el derecho que debe ser.

Según el jurista escandinavo, no existe conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esto quiere decir, que afirmar que algún derecho es, no significa sostener que ese mismo derecho debe ser; y que postular que un derecho debe ser no significa afirmar que lo sea realmente;

b) La concepción imperativista de las normas jurídicas, o sea, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (en sentido amplio, los legisladores a otros seres humanos (súbditos);

c) La idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza.

- d) La concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho;
- e) La idea de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido; y
- f) la negación de la existencia del derecho natural como un derecho anterior; y superior al derecho positivo.

En cuanto a Hart, el jurista de Oxford sostiene que es útil identificar cinco significados diferentes de “positivismo jurídico”:

- a) La idea de que las normas jurídicas son órdenes o mandatos;
- b) La idea de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral, o sea, entre el derecho que es y el derecho que debe ser;
- c) La idea de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena, y que este análisis no debe de ser confundido con las investigaciones históricas acerca del origen de las normas, con las investigaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, ni con las investigaciones estimativas que llevan a cabo una evaluación crítica del derecho.
- d) La idea de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas por medios lógicos, de normas generales de la legislación y
- e) La idea de que los juicios morales, o juicio de valor no pueden ser demostrados racionalmente.

Reacciones contra las concepciones iusnaturalistas y positivistas del derecho (criterio de eficacia)

En la historia del pensamiento jurídico en el último siglo existieron teóricos del derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no tanto en los ideales de la justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, tampoco en los ordenamientos jurídicos positivos sino en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen reglas de conducta que los gobiernan. Siguiendo la terminología adoptada, podemos decir que estos movimientos entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos combaten en dos frentes: el iusnaturalismo, que tiene la concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene la concepción formal del derecho. Se pueden distinguir tres momentos o escuelas que fundamentan su concepción del derecho en criterios diferentes al iusnaturalismo y al positivismo. Estas son la escuela histórica, la sociológica y la realista.

Escuela histórica

El primer momento lo representa la escuela histórica del derecho del jurista alemán Federico Carlos Von Savigny, y de su continuador Federico Puchta, que floreció en la época de la Restauración. Esta escuela representa, en el campo del derecho, el transformado clima de pensamiento provocado por la difusión del romanticismo, que es la expresión más genuina del romanticismo jurídico.

Así como el romanticismo, en general, combate al racionalismo abstracto de concebir el derecho del iusnaturalismo, según el cual hay un derecho válido universalmente deducible por la razón, para la escuela histórica el derecho no se deduce de principios y valores racionales, sino que es un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo. Es decir, el fundamento del derecho no es, para decirlo con una expresión que se ha vuelto famosa, la naturaleza universal, sino el espíritu del pueblo (Volksgeist), de donde se desprende que haya tantos derechos, como pueblos con sus diferentes características y diversas fases de desarrollo.

El cambio de perspectiva en el estudio del derecho se manifiesta principalmente en la consideración del derecho basado en la costumbre como fuente primaria del derecho, precisamente porque este derecho surge de manera inmediata de la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante (la ley) y el derecho elaborado por los técnicos del derecho (llamado el derecho científico). En esta reevaluación de la costumbre como fuente principal del derecho podemos ver un aspecto de esa consideración social del derecho, que se contrapone tanto al iusnaturalismo abstracto como al rígido positivismo estatal generalmente predominante en los juristas.

Savigni, fundador de esta escuela, no concibió el derecho como producto de la razón o la voluntad, sino como expresión del espíritu del pueblo. El derecho se desarrolla orgánicamente, de forma inconsciente en gran medida al igual que el lenguaje. El Estado es producto del espíritu del pueblo y no el resultado de un contrato social.

El elemento histórico requiere que el juzgador precise las circunstancias históricas en que se produce la norma y el cambio que ésta introduce.

Otro representante de esta escuela en el mundo angloamericano, Sir Henry Maine, usó del derecho comparado para trazar la evolución de distintos sistemas jurídicos. Su teoría tuvo el efecto de impartirle gran auge a los estudios de historia del derecho en Gran Bretaña y Estados Unidos.

Escuela sociológica

El segundo momento de la reacción iusnaturalista y antiformalista está representado por un vasto variado movimiento histórico, que comenzó en Europa occidental a finales del siglo pasado y que podemos llamar concepción sociológica del derecho. El movimiento surge como efecto del desfase que venía ocurriendo entre la ley escrita de los códigos (el derecho válido) y la realidad social (el derecho eficaz) después de la revolución industrial. El efecto más relevante de esta nueva concepción se manifiesta en la invocación, muy insistente, dirigida no tanto al derecho consuetudinario, cuanto al derecho judicial, es decir, al derecho elaborado por los jueces en su obra de permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad, que debería haber constituido, según los seguidores de esta corriente, el remedio más eficaz para acoger las instancias del derecho que se elabora espontáneamente en el variado entrelazarse de las relaciones sociales y en la permanente y diversa contraposición de intereses.

Se puede contar entre las dos obras más notables de este movimiento los cuatro volúmenes de Francois Gény, *Science et Technique en Droit privé positif* (1914-1924), obra en la cual se contraponen la técnica del derecho, dirigida como fin secundario y subordinado a adaptar las reglas jurídicas, a las necesidades concretas de la legislación, a la cual corresponde encontrar, teniendo en cuenta los datos históricos, racionales y reales, las nuevas reglas jurídicas; la obra de Eugenio Ehrlich sobre la lógica de los juristas (*die juristischelogik*) que es una de las más documentadas e intransigentes polémicas contra el positivismo estatista en nombre de la libre investigación del derecho por parte del juez y del jurista, quienes deben de buscar las soluciones a las controversias no tanto confiándose en el dogma de la voluntad estatal pasivamente aceptado, sino penetrando en el estudio del derecho vivo, que la sociedad produce estando en permanente movimiento. La polémica contra el rígido estatismo, junto a la polémica contra la jurisprudencia conceptual, la llamada jurisprudencia de los conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), suscitó como reacción una jurisprudencia realista, cuya tarea debía ser juzgada con base en la valoración de los intereses en conflicto, la llamada por su principal exponente, Felipe Heck, jurisprudencia de los intereses.

Otros autores relevantes de esta escuela son William James, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Benjamín Cardozo y Roscoe Pound (1870-1964), éste último fundador de la Escuela Sociológica Estado Unidense.

Escuela Realista

El Realismo jurídico americano

El derecho como producto de la experiencia individual del juez

El realismo jurídico norteamericano se configura en los años 20 y 30 del siglo XX como una de las corrientes jurídicas más importantes, frescas y desmitificadoras. “Los realistas fueron los que nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo”, dicen que contestó un alumno cuando su profesor le preguntó qué sabía de los realistas. Con esa respuesta, el alumno no iba del todo desencaminado: apuntaba a uno de los principales rasgos del realismo, el de su énfasis en la inevitable indeterminación del derecho provocada por el mero hecho de la humanidad del juez. El juez no es una fría máquina que obtenga de modo objetivo y racional “la” respuesta jurídicamente correcta, sino un ser humano como todos, con sus valores, ideologías, su particular psicología, sus prejuicios... y eso juega un papel muy importante en su toma de decisiones. La cuestión es que eso es sólo una parte del mensaje de los realistas: la indeterminación jurídica no sólo se debe a la subjetividad del juez, sino sobre todo a la imposibilidad de construir un sistema completo y consistente de normas que pudieran siempre aplicarse de manera neutral y objetiva.

Más allá de su empeño desmitificador, algunas de las líneas comunes de este movimiento (que en realidad fue muy heterogéneo) pueden extraerse de la descripción de Kart Llewellyn (1893-1962), profesor de la Universidad de Columbia, el autor más importante de esta corriente:

- 1) Concepción del derecho como fenómeno dinámico en constante renovación, y como creación judicial.
- 2) Concepción instrumental del derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo, de manera que cada parte del mismo debe examinarse a la luz de sus propósitos y sus efectos sociales.
- 3) Concepción de la sociedad como un fluir, normalmente más rápido que el del derecho, lo que hace que éste deba ser constantemente revisado para adaptarlo a los cambios sociales.
- 4) Divorcio “temporal” entre el “ser” y el “deber ser” del derecho a efectos de su estudio: durante la investigación sobre lo que “es”, la observación y descripción (por ejemplo, de lo que hacen los tribunales) deben permanecer en la medida de lo posible incontaminadas de juicio de valor y de los deseos del observador acerca de cómo debería (éticamente) ser. Esos juicios de valor sólo intervienen a la hora de fijar los objetivos

de la investigación y a la hora de proponer reformas (los realistas “parten de la sospecha de que es necesario el cambio”); pero esas propuestas deben ser “bien informadas en lugar de especulación de salón”, dice Llewellyn, y para ello deben sustentarse en previas prescripciones neutrales sobre cómo funciona actualmente el derecho.

5) Desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales en la medida en que pretendan describir lo que los tribunales o la gente hacen en realidad. De ahí el énfasis en que las reglas como “predicciones generalizadas sobre lo que harán los tribunales”. Su complemento será formular “reglas de hacer”, descriptivas de regularidades fácticas en las decisiones de los tribunales y que permitirían hacer predicciones sobre decisiones futuras (esas reglas descriptivas de prácticas reales serían muy distintas de las “reglas para hacer”, o sea, las genuinas reglas jurídicas prescriptivas sobre cómo deben decidir, que sirven poco para predecir cómo decidirán de hecho, debido a lo señalado en el siguiente punto.

6) (TESIS CENTRAL): Desconfianza también hacia la creencia de que las tradicionales formulaciones de las reglas, en cuanto que prescripciones, son el factor decisivo en las decisiones judiciales. Esto supone la adopción, para explicar las fundamentaciones de las sentencias judiciales, de la “teoría de la racionalización a posteriori” (una vez tomada ya la decisión, sobre la base de los factores distintos de las reglas, ésta se fundamenta luego como si hubiera sido tomada siguiendo reglas). “hay que advertir -dice Llewellyn- que “desconfianza”, en este punto y en el anterior, no es en absoluto equivalente a “negación en cualquier caso”.

7) Desconfianza hacia reglas verbalmente simples que tan a menudo engloban situaciones diversas y complejas y, por tanto, creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías y conceptos jurídicos más estrechos o específicos que los tradicionalmente empleados por los juristas (menor abstracción).

8) Insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en cuanto a sus efectos, que deben ser investigados.

9) Insistencia en un ataque constante y programático sobre los problemas del derecho siguiendo líneas mencionadas.

El concepto de derecho de los realistas

Otro de los autores relevantes del realismo, Oliver Wendell Holmes, también rechazó las definiciones abstractas y metafísicas del derecho, señalando que por “derecho” debía entenderse simplemente “la profecía sobre lo que los tribunales hacen”. El derecho estaría entonces constituido por la conducta misma de los jueces, definiendo el derecho no como un conjunto de normas generales (como tradicionalmente suele definirse), sino como un conjunto de conductas: la conducta efectiva de los jueces, entendida como el

conjunto de las decisiones particulares y concretas que toman. Llewellyn afirmaba que lo que los jueces hacen en relación con la disputa, era el derecho mismo y que el derecho no consiste en reglas para la decisión, sino en las decisiones mismas. El derecho, por lo tanto, consiste en decisiones, no en reglas. Si es así, entonces cada vez que un juez falla un caso está creando derecho "Jerome Frank".

Así, cada uno de los realistas optó normalmente por definir derecho como las decisiones judiciales concretas, y no como un conjunto de normas generales en aplicación de la cual supuestamente toman decisiones. Los realistas se preguntan, ¿por qué las reglas de derecho positivas, juegan un papel tan limitado en la determinación de las decisiones judiciales? Los realistas dan varias razones, una de ellas es una serie de críticas al modelo silogístico o de la subsunción, defendido por el formalismo. La crítica de los realistas a este modelo se dirige sobre todo a la premisa mayor (el limitado papel de las normas se debe a su carácter indeterminado, por lo cual no suele dictar una única solución al juez). Pero algunos también atacaron a la premisa menor (enfaticando la indeterminación de los hechos). Las críticas son, entre otras:

-Ambigüedad: Los términos incluidos en las normas son a menudo ambiguos (designan más de un concepto, tienen varios significados).

-Vaguedad: Esos conceptos designados por los términos son siempre imprecisos: no podemos perfilar con exactitud el conjunto de propiedades necesarias y suficientes que configuran un concepto, de modo que ellos provocarán una zona de imprecisión a la hora de determinar si un determinado hecho particular cae o no en el campo de aplicabilidad de un concepto. Este problema se agudiza en el derecho por el uso de términos de textura abierta.

La tesis central de los realistas consiste en señalar que las normas jurídicas (provenían de la ley o de otras sentencias) y los principios y valores juegan un papel muy limitado (aunque no nulo, pero desde luego mucho menor de lo que pensaban los formalistas), como factor determinante de la toma de decisiones de los jueces. Los jueces, de hecho, en muchas ocasiones no se guían por las normas, éstas son muy indeterminadas y no constriñen al juez tanto como se cree, sino que casi siempre le dejan un amplio marco de discrecionalidad, de modo que el juez en realidad decide movido, además, y sobre todo por otros factores extrajurídicos. Si esto es así, entonces obviamente las normas jurídicas juegan también un papel muy limitado como criterio fiable para la predicción de las decisiones judiciales. Entonces hay que preguntarse, ¿qué es lo que realmente determina las decisiones de los jueces? Esta respuesta divide a los realistas en dos grupos o tendencias:

A) Aquellos más moderados, por ejemplo Llewellyn, que ponen el énfasis en factores relativamente objetivos de tipo social, económico, cultural, profesional, institucional etc. Como la clase social del juez, su contexto social, su educación, su socialización dentro de una determinada cultura, su pertenencia a alguna corriente de pensamiento jurídico, la situación económica suya y la de su sociedad, el ambiente de la comunidad jurídica a la que pertenece.

B) Aquellos más radicales, por ejemplo Frank, que enfatizan sobre todo la importancia de factores subjetivos propios de la psicología o la idiosincrasia de cada juez individual: intuiciones, corazonadas, prejuicios psicológicos.

Los realistas dicen que los jueces en los fundamentos de sus sentencias dicen que aplican el derecho y que realizan un silogismo o subsunción como forma de “vestir” de una manera coherente y justificada sus decisiones. Los realistas dicen que el proceso, de hecho, es precisamente lo contrario al señalado por el silogismo judicial: los jueces en realidad prueban con distintas premisas hasta encontrar una solución que les parezca correcta (o parten, sin más, de la conclusión que prefieren), o sea, que los jueces primero deciden y luego van a la biblioteca a justificar lo que ya decidieron. Pero los jueces no pueden reconocer abiertamente que en realidad han seguido este otro proceso, debido a la necesidad de mantener una apariencia de certeza y seguridad jurídica y de sometimiento al derecho como vía de conducta. La crítica a esta respuesta de los realistas se suele realizar a partir de una distinción que ellos olvidaron. En filosofía de la ciencia suele distinguirse entre el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”: La explicación del proceso que de hecho llevó a alcanzar un descubrimiento es una cosa, la justificación de su validez es otra. El contexto de descubrimiento es la actividad consistente en descubrir y enunciar una teoría; el contexto de justificación es la actividad tendente a demostrar la validez de esa teoría confrontándola con los hechos y con otras teorías. Muchos de los grandes descubrimientos científicos fueron realizados de manera accidental: dice la leyenda que Newton descubrió la fuerza de la gravedad al ver caer una manzana; se dice que William Henry Perkin descubrió el primer colorante artificial por mera casualidad, mientras hacía experimentos químicos para tratar de extraer quinina de alquitrán; Antón Van Leeuwenhoek, un pañero con muy escasos estudios, descubrió las bacterias gracias a su afición a construir pequeños lentes de vidrio. Todos estos ejemplos explican cómo se llegó a cierto descubrimiento: señalan los motivos o las causas que llevaron a sus descubridores a darse cuenta de ellos. Sin embargo, ninguno de estos ejemplos sirve como justificación de su validez: es posible que la manzana haya caído por otras razones, es posible que las bacterias en realidad no sean minúsculos seres vivos, etc. Para demostrar o confirmar de una manera rotunda estos descubrimientos, es necesario insertarlos en el marco del resto de las teorías y justificarlos o explicarlos a partir de leyes de la naturaleza. Esta segunda actividad es lo que se conoce como contexto de justificación.

El derecho obliga a tomar decisiones que puedan **justificarse** jurídicamente, y no importa cómo llegó el juez de hecho a adoptar esas decisiones, con tal que ofrezca buenas razones amparadas por el derecho para presentar esa decisión.

Argumentación y argumentación jurídica

Si tomamos la definición que de argumentación da cualquier diccionario de la lengua española, observaremos que la misma alude a la acción de argumentar, es decir, a la tarea consistente en dar argumentos, lo que equivale a proporcionar razonamientos para demostrar algo. El profesor Atienza, citando a Lorenzen, señala que argumentar es un acto del lenguaje que sólo cabe efectuar en determinadas situaciones; en concreto, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema se ha de resolver por medios lingüísticos (sin recurrir, por lo tanto, a la fuerza o a la coacción física). Trasladada esa idea al mundo jurídico y, en especial, a la actividad de los jueces, la argumentación aparece como una actividad necesaria para resolver un problema jurídico que se plantee en nuestro trabajo cotidiano. Aludo a la nota de necesidad, vinculada a la acción de argumentar, en el sentido de exigencia constitucional que enseguida expondremos.

La teoría de la argumentación como una nueva visión del mundo del derecho

El interés por el tema de la argumentación jurídica es creciente en los últimos años. Lo que explica esta situación, por encima de factores de naturaleza teórica, o pedagógica, es la exigencia de que, en los modernos Estados de derecho, sus poderes públicos (y, en particular, su poder judicial - los jueces que lo componen-) lleven a cabo una adecuada tarea justificativa de sus decisiones. En las sociedades democráticas sus ciudadanos no sólo demandan que sus poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto de cada ordenamiento jurídico, sino que las personas que integren dicho poderes sepan razonar y argumentar las decisiones que afectan a su vida. Todo ello ha contribuido a producir un cambio en la manera de ver el derecho, que supone una superación de las dos más importantes concepciones o enfoques del derecho existentes a lo largo del siglo veinte: el normativismo positivista y el iusnaturalismo.

Para todo jurista, y para el juez en particular, resulta necesario conocer las diferentes concepciones filosóficas del derecho. Su entendimiento, más allá del que se proporciona en las diferentes universidades o escuelas, le resultará útil no sólo para ampliar su formación cultural, sino para entender el contexto en el que surge la teoría de la argumentación jurídica, como un nuevo enfoque o concepción de lo jurídico.

Como destaca el profesor Atienza, los orígenes de la idea de razonamiento jurídico o argumentación jurídica son muy antiguos. En el derecho romano ya se estudiaban las formas lógicas de los diferentes argumentos que emplean los juristas. Además, el citado autor destaca que el origen de la retórica (en Sicilia, en el siglo V antes de Cristo) se vincula al mundo del derecho, pues el que es considerado como primer tratado de retórica – el “Corax” – nace de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinados conflictos acerca de la propiedad de la tierra.

En el siglo XX, al lado de las diferentes concepciones del derecho aparece un especial interés científico por la argumentación y por su incidencia en el derecho. En relación con los denominados “precursores” de la teoría de la argumentación jurídica (Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, y Stephen E. Toulmin) y los autores de la llamada “teoría estándar” de la argumentación jurídica (Neil MacCormick y Robert Alexy). El primer momento coincide con el auge del análisis lógico del derecho, la tópica y la retórica; el segundo, se vincula con el llamado aspecto “material” de la argumentación jurídica, es decir, con el estudio de lo que hace que un razonamiento jurídico sea racional.

El enfoque del derecho como argumentación

El profesor Atienza destaca que en el siglo XX existieron tres grandes concepciones acerca del derecho, que respondieron a cuestiones esenciales como la determinación de sus elementos básicos, su función, su relación con respecto a la moral y al poder, sus límites, y su interpretación y aplicación, entre otras. Estas concepciones son el normativismo positivista, el realismo, y el iusnaturalismo. Además, coexistieron con las anteriores otros dos enfoques acerca del derecho: el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del derecho (las corrientes de inspiración marxista).

De todas estas concepciones destacan el positivismo y el iusnaturalismo, y su importancia para un estudio sobre el razonamiento judicial reside en que, frente a ellas, como se indica a continuación, se alza la teoría de la argumentación jurídica.

Frente a la concepción positivista del derecho, representada en el pasado siglo, esencialmente, por Kelsen, Hart y en el ámbito iberoamericano por Genaro Carrió, y Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, entre otros autores que concibe el derecho como un conjunto de normas, una realidad, previamente dada, que ha de ser descrita y contemplada, realidad cuyos elementos son enunciados normativos o no (aunque, preferentemente, normas, tipos de normas), que estudia el derecho desde fuera, como una estructura, y que persigue describir neutralmente la realidad (el esqueleto de la misma, formado por normas), el enfoque del derecho como argumentación entiende éste de manera diferente tanto desde el punto de vista de su concepto como desde la perspectiva de sus elementos integrantes, forma de estudio, metodología y objetivos.

Como sintetiza Atienza, para el enfoque del derecho como argumentación, se concibe como una actividad, una práctica compleja; sus elementos no son sólo las normas, sino también las diversas fases de esa actividad, y su finalidad es contribuir a la realización de la misma. Según dicho autor, teóricos como Neil Mac-Cormick o Robert Alexy comparan, desde la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica”, al menos, dos notas que me parece importante destacar aquí: la primera es que el derecho es una realidad dinámica, que consiste no sólo en un conjunto de normas, pues es una práctica social compleja que incluye, además de éstas, valores, procedimientos, agentes, etc. La segunda idea que me parece trascendente resaltar es que dicha teoría llama la atención sobre la necesidad, en los modernos Estados constitucionales, de tratar de justificar adecuadamente las decisiones.

Junto a las dos notas antes citadas, destacan otras que también resultan importantes. Nos referimos a lo que Atienza alude como la importancia que se otorga, desde la teoría de la argumentación jurídica, a la interpretación, concebida como un proceso racional y conformador del derecho, a la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, que debe ser ajeno a construcciones descriptivas y abstractas, y a la convicción acerca de la existencia de criterios objetivos que atribuyen carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones: por ejemplo, los principios de universalidad, coherencia e integridad.

Estas notas no son incompatibles ni debieran de separarse de las sostenidas por autores encuadrados dentro de la llamada concepción iusnaturalista del derecho (en el siglo pasado, Legaz y Lacambra, Giorgio del Vechio, Gustav Radbruch, Finnis, entre otros), que destacan, como noción básica del derecho, la idea de justicia, y resaltan que la validez del derecho depende no del propio derecho positivo, sino de ciertos valores de carácter suprapositivo.

Lo que queremos destacar aquí es que el enfoque del derecho como argumentación constituye otro punto de vista, no necesariamente contrapuesto a la visión positivista o iusnaturalista de lo jurídico, que supera ambas, y que parte de una nota básica de una sociedad democrática: la exigencia de justificar, dar buenas razones, y argumentar jurídicamente las decisiones que afectan a los ciudadanos.

Una buena síntesis de las distintas concepciones del derecho indicadas, cuyo conocimiento no debe ser desconocido para todo juez, se contiene en el siguiente material de lectura, extraído del capítulo I del libro “El derecho como argumentación”, de Manuel Atienza:

El derecho como argumentación y las diferentes concepciones de la argumentación jurídica

Frente a la concepción positivista del derecho, éste se concibe, desde el enfoque de la teoría de la argumentación jurídica, como una actividad, es decir, una empresa en la que participan diversos agentes, y que construye, interpreta y aplica el material con el que cuenta (normas, principios, valores). En relación con ello, en contraposición a la perspectiva realista de lo jurídico, para el derecho como argumentación no sólo es trascendente la conducta de los jueces sino también lo que justifica su decisión, y, frente a la perspectiva iusnaturalista, el citado enfoque del derecho consiste, como dice Atienza, en ofrecer “una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos”.

El enfoque del derecho como argumentación es una concepción superadora, como se ha expuesto, de las corrientes filosóficas acerca de lo jurídico, que parte de una concepción dinámica del mundo del derecho. A continuación, ha de analizarse en qué sentido hablamos de perspectiva dinámica, lo que ha de enlazarse con la exigencia que imponen los Estados constitucionales a los jueces de llevar a cabo un especial esfuerzo justificador de sus decisiones.

Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. El Art. 8.2 b) de la Constitución dominicana del 25 de julio de 2.002 señala que nadie puede ser cohibido en su libertad “sin orden motivada”. Dicho precepto señala también, en el apartado f), que está prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar “sin orden escrita y motivada”. Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor. Del mismo modo otras constituciones como la Española de 1.978, en su Art. 120.3, ubicado dentro del Título VI, dedicado al “Poder Judicial”, establece que “las sentencias serán siempre motivadas”. En el mismo sentido el Art. 24 del nuevo código procesal penal establece que “los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación” y el código de procedimiento civil también demanda esta exigencia al establecer que la redacción de las sentencias contendrá la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo. La nota de la buena motivación es predicable no sólo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales: (autos, providencias, ordenanzas), administrativas y disciplinarias. La falta de motivación de las sentencias judiciales es motivo de casación.

La mayoría de los textos constitucionales resaltan la necesidad de dar motivos para decidir, inclusive el derecho a una sentencia motivada esta íntimamente ligada al derecho a una tutela judicial efectiva de jueces y tribunales: ya que el derecho

a una tutela judicial efectiva no se agota con el debido proceso, sino que incluye una decisión fundada. Se considera que una sentencia está mínimamente argumentada cuando permite el control de otro órgano judicial y permite su crítica y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. La decisión judicial se debe dirigir a lograr el convencimiento no sólo por el directamente afectado por la misma, sino también por las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

Históricamente predominó como mecanismo de argumentación la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico (silogismo decimonónico). Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cessare Beccaria, quien en su obra *De los delitos y las penas*, afirma:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor debe ser la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...). No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”.

Desde este punto de vista, el razonamiento jurídico y singularmente una sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico deductivo, el cual será motivo de estudio en otra parte de la presente obra.

Como veremos, esta visión de la aplicación del derecho es muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, lo que convierte en insuficiente la concepción de la aplicación del derecho que nos propone Beccaria. La teoría del derecho como argumentación que surge a partir de los años cincuenta nos ofrece, sobre todo, un planteamiento antiformalista de la misma, probablemente como reacción a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época confirmando un planteamiento logicista como el recién expuesto: las nuevas tendencias de la argumentación jurídica rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica. En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor Viehweg, que revitaliza la tópica, Toulmin con su lógica operativa o dialéctica. Chaim Perelman, quien con *Olbrechts-Tyteca* rehabilita la retórica para el derecho. Neil Mac-Cormick, y Robert Alexy que desarrollan la teoría procedimental de la racionalidad.

De acuerdo con Atienza se deben distinguir tres tipos de concepciones (dimensiones) o maneras de contemplar la argumentación que pueden dar lugar a otras tantas concepciones si cada una de esas tres dimensiones se trata como si fuera la única o la fundamental. Sería entonces la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática una distinción básica y obvia que puede rastrearse en muchos autores, aunque no este trazada de esa forma exactamente

La concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática de la argumentación

- **La concepción formal** se utiliza para la solución de problemas formales de tipo matemático que tienen como elemento común el no ser problemas reales, sino ficticios, cuya utilidad es que nos ayudan a resolver los que se presentan en la realidad.

La solución de los problemas formales requiere llevar a cabo tareas argumentativas, o por lo menos que el resultado de esas tareas pueda exponerse de forma argumentativa.

La importancia de resolver problemas formales es que, ejercitarse en la solución de los mismos es un buen entrenamiento para hacer frente a problemas que no son simplemente formales. Es tanto así que en la práctica la necesidad de argumentar proviene de la necesidad de resolver problemas materiales, no estrictamente formales, pero por el conocimiento y pericia que tenemos para trabajar con estos se nos hace más fácil resolver aquellos.

Aquí las premisas y la conclusión son enunciados no interpretados, o si se quiere, interpretados en sentido puramente abstracto.

- **La concepción material**, al igual que la formal, debe valerse de argumentos generalmente deductivos, aunque no siempre. Esto da pie a que se diga que este tipo de concepción presupone la formal.

La diferencia es que en la concepción material el razonamiento no acaba, como en la formal, en las formas, sino que lo esencial es el contenido. Quien soluciona un problema de corte material tiene comprometerse con la verdad o la corrección de un contenido o supuesto de hecho determinado, no así en la concepción formal, en la cual basta que la inferencia sea lógica.

- **La concepción pragmática** resulta necesaria porque hay un tercer tipo de problema, que genera la necesidad de argumentar y que no puede calificarse ni de formal ni de material. Es el caso de las situaciones en las que interactuamos con otros. En estos casos, lo que buscamos es persuadir sobre la veracidad de algo o bien sobre la falsedad de la tesis contraria. En el área jurídica esto está a la orden del día. El abogado debe convencer al juez de que su tesis y no otra es la verdadera, el juez debe convencer a las partes y aun a la comunidad en general de que su fallo ha sido emitido haciendo un buen análisis del caso, que razones de hecho o de ley son los motivos de su decisión.

Aquí repetimos que este tipo de concepción tampoco se encuentra sola ni claramente diferenciada de las otras. En todo contexto en que se producen argumentaciones, los elementos formales y materiales se encuentran presentes y juegan su papel, pero aquí

lo importante no es que el argumento tenga cierta forma o un gran contenido, que las tesis tengan un gran fundamento, lo importante de estos argumentos es que tengan una gran fuerza explicativa y decisiva, que el público a quien va dirigido, o una gran parte de él, resulte convencido.

Otra característica que diferencia la argumentación pragmática de la formal y la material, es que estas últimas son eminentemente individuales, mientras que la primera es necesariamente social, está dirigida a un público.

La tópica de Theodor Viehweg

Cuando tenemos que defender una posición mediante argumentos, es posible ahorrarse mucho trabajo invocando normas aceptadas ante por nuestro interlocutor o que son comúnmente aceptadas. De este modo, los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador. En el mundo del derecho, Theodor VIEHWEG confirió gran importancia a esta forma de argumentar. Este autor escribió una famosa obra en el año 1953 que tituló *Topik de jurisprudencia* que pretendió ser un contrapunto a las corrientes sistematizadoras del derecho que por esos años ilustraban a desarrollar una lógica jurídica de las normas, una lógica deóntica.

MANUEL ATIENZA ha destacado los siguientes condicionantes para la rehabilitación de la tópica de la mano de VIEHWEG: (1) el renacimiento de la tópica con carácter previo en otras disciplinas ajenas al derecho; (2) la aparición de la lógica deóntica y la lógica jurídica con los escritos de VON WRIGHT y KLUG, frente a los que la tópica representa una reacción y (3), finalmente, la aparición de otros trabajos también referidos a la argumentación jurídica en términos semejantes a los del propio VIEHWEG, como la del filósofo NICOLAI HARTMANN, que hace la distinción entre pensamiento sistemático (*Systemdenken*) y pensamiento problemático (*Problemdenken*).

El pensamiento problemático o aporético arranca del problema para encauzar un sistema, en tanto que el proceder sistemático opera desde el sistema para hacer una selección de los problemas. La tradición analítica ha dado prioridad al sistema a la hora de estudiar el derecho. Mientras que la tradición hermenéutica ha conferido prioridad a la idea de problema en perjuicio de la idea de sistema.

Por ejemplo, la teoría del derecho de los argentinos ALCHOURRÓN y BULYGIN ha concebido el ordenamiento jurídico como un sistema axiomático, siguiendo el modelo de HILBERT. Según estos profesores el derecho puede ser reconstruido como un conjunto de enunciados jurídicos formulados singularmente por el legislador, que funcionan como axiomas, la base axiomática del sistema, y un conjunto de enunciados derivados lógicamente que cumplen la función de teoremas del sistema, consecuencias lógicas de los axiomas.

KELSEN denominaba sistemas estáticos a los sistemas normativos que funcionan exclusivamente de este modo. Siguiendo libremente un ejemplo del propio KELSEN, imagi-

nemos que una tribu tiene un único código de conducta escrito desde tiempos inmemoriales sobre un papiro y en el que figuran una norma y dos definiciones excepcionales, de modo que el sistema normativo de nuestra tribu (SnT) está formado por la norma N1 y las definiciones Def. 1 y Def. 2: N1: «Debes amar a tu prójimo» Def. 1: «Amar» es ayudar y no agredir Def. 2: «Tu prójimo» es tu familia y tu vecino N1, Def. 1 y Def. 2 configuran la base axiomática del sistema normativo de nuestra tribu imaginaria (SnT). Sin embargo, aquí no se acaban las normas del sistema. También forman parte de él, según lo dicho, las normas derivadas lógicamente de estas normas codificadas. De modo que también pertenecen a SnT las siguientes normas, a pesar de no haber sido nunca pronunciadas (ni quizá imaginadas) por nadie:

N2: «Debes ayudar a tu familia».

N3: «Debes ayudar a tu vecino».

N4: «No debes agredir a tu familia».

N5: «No debes agredir a tu vecino»

Estas normas (N2-N5) forman parte del sistema SnT porque no es posible que N1, Def. 1 y Def. 2 formen parte de SnT y que las normas N2, N3, N4 y N5 no formen parte de SnT. El conjunto de normas formado por N2, N3, N4 y N5 están contenidos en las normas formuladas en el sistema formado por N1, Def. 1 y Def. 2. Muchos autores han considerado, sin embargo, que este planteamiento resulta insuficiente y desenfocado cuando hablamos de derecho. El derecho no sería susceptible de una sistematización como ésta. Y ello no sólo por la complejidad institucional de las normas jurídicas reales emanadas de sofisticadas estructuras estatales. En realidad, ni siquiera un ejemplo tan simplificado como el propuesto evita numerosos problemas interpretativos y valorativos implicados o las dificultades de la aplicación de la lógica al derecho. Ahora no es posible detenerse en un estudio pormenorizado de esta cuestión; baste constatar la visión del derecho como sistema que básicamente sostienen algunos autores a los efectos de contrastarla mejor con la concepción y la aplicación del derecho de corrientes escépticas frente a la idea de sistema.

Un defensor de la tópica jurídica jamás estudiaría el derecho como se acaba de hacer. Quien mantiene una concepción tópica del derecho se preocupa más bien por el problema concreto y desde ahí comienza a tener una visión del sistema SnI'. El punto de partida de la tópica sería probablemente preguntarse cuál es la decisión del chamán (al que se le ha encargado consuetudinariamente aplicar el código de la tribu) ante el conflicto que se plantea cuando delante de todos, un individuo A ha mirado desafiante a otro B, de muy lejano parentesco, en una fiesta pública. ¿Cómo decidirá este caso? ¿Podemos decir que estamos ante un caso de agresión aunque no sea física? ¿Ha incumplido A, a las normas de la tribu que imponen amar a sus parientes? ¿Qué grado de parentesco se contempla

en la norma? Lo importante aquí no es lo que dice el código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las técnicas de la tópica jurídica, entran en juego los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

Theodor VIEHWEG vio con claridad que ante el derecho (como ante cualquier estilo de pensamiento) eran posibles, por tanto, dos caminos a seguir: transformar ese estilo en un método deductivo (sistematizarlo, como seguramente propondrían ALCHOURRÓN y BULYGIN) o bien conservar el estilo dado históricamente y hacer de él el objeto de una ciencia, alternativa esta última, por la que se inclina decididamente. Parece vislumbrarse en este proceder una importante vertiente historicista que encuentra en el providencial transcurso de la historia y de sus resultados un referente objetivo. En su obra VIEHWEG se refiere al estilo de los jurisconsultos romanos, desprovisto de sistematicidad, como el más adecuado a la naturaleza del derecho. La jurisprudencia debe regirse por un pensamiento problemático y la tópica en cuanto representa el pensamiento problemático, vendría a ser el instrumento más adecuado para su desenvolvimiento.

Como dice PERELMAN, “difieren de los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlo y de aplicarlo de manera diferente.” Esta ambigüedad favorece una mayor relevancia del consenso, que se encuentra en la propia génesis de los tópicos y de la forma de vida en la que nacen.

En definitiva, VIEHWEG concibe el derecho a partir de una aporía fundamental: “que sea lo justo aquí y ahora”, pues las normas integrantes del ordenamiento jurídico parecen sufrir una alteración al contacto con los casos concretos. La ley escrita se torna aquí un lugar común con reconocimientos social, un mero tópico más, si bien topoi de partida. Esta singularidad de la experiencia jurídica hic et nunc no se adecuaría a las largas cadenas de razonamiento que desarrolla el proceso deductivo (per modum conclusionum) a partir de un derecho sistemático.

Por ejemplo, como ha señalado LUIS PRIETO SANCHÍS, «aquí el Derecho ni siquiera sería una predicción acerca de cómo se comportarán los tribunales; sería casi una adivinanza» Robert Alexy nos recuerda que, por más que se haya intentado perfilar los topoi, «con un enunciado como: “lo insoportable no es de derecho” no puede hacerse nada» o también se han formulado observaciones a las consecuencias ideológicamente conservadoras que comporta su teoría (que privilegia los tópicos socialmente aceptados y consolidados frente a las posibles posiciones críticas) y a la exagerada o, al menos, conflictiva contraposición de la tópica al sistema. Hoy en día hay quien ha llegado a afirmar que la tópica está muerta, pero incluso aceptando esta conclusión tan rotunda parece innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de VIEHWEG al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se forza en compatibilizar la práctica con la razón y la justicia. Por ello Atienza afirma: “el mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino el de haber encontrado un campo para la investigación”.

Modelo retórico

Denominamos así la teoría elaborada por Chaim Perelman (1912-1984) de origen polaco formado en Bélgica, su investigación la desarrolló junto a Olbrecht-Tyteca en la obra *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Dicha teoría se presenta como un intento de completar la lógica formal con una teoría de la argumentación, para lo cual desarrolla la definición de Aristóteles - dice Perelman - la retórica" tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento". Y señala como precisiones a esta definición las siguientes: a) la retórica trata de persuadir por medio del discurso; b) la prueba demostrativa (que analiza la lógica formal) es convincente con la condición de que se admita la veracidad de las premisas de las que parte; c) cuando se trata de valores, la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable y; d) lo que distingue la retórica de la lógica formal, y en general de las ciencias positivas, es que no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión.

Una de las tesis fundamentales de Perelman es que existe la posibilidad de ofrecer argumentos y justificaciones racionales más allá de la deducción lógica y el control empírico. La posibilidad de este uso práctico de la razón -dice- puede mostrarse -en una teoría general de la argumentación, teoría que se dirige a elaborar", una lógica de "los juicios de valor" a partir de un examen detallado de la manera como los hombres razonan efectivamente sobre los valores.

Para Perelman el valor de un argumento está determinado por su capacidad de convencer al auditorio al que se dirige. Y a falta de técnicas admitidas para la solución" de problemas jurídicos se impone el recurso a razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación. Ahora bien, puesto que el orador dispone de un gran arsenal de recursos argumentativos, ¿cuándo será posible decir que la argumentación es racional o da lugar a un consenso entre el auditorio que pueda considerarse racional? Para responder a esto distingue entre persuadir y convencer, e introduce la noción de auditorio universal.

El auditorio se define como "el conjunto de aquellos sobre los que el orador quiere influir por su argumentación". Ahora bien, las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes: para las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública. De esta manera, "la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica a la que el derecho está muy acostumbrado y que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo, de orden social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que los partidarios de las tesis en debate no dejarán de suministrar".

Ante esta variedad de auditorios (que según Perelman es casi infinita), es necesario encontrar una técnica argumentativa que se imponga a todos los auditorios o al menos "a todos auditorios compuestos de hombres competentes o razonables". La búsqueda

de una objetividad, cualquiera que sea su naturaleza -dicen los autores, corresponde a este deseo de trascender las particularidades históricas o locales de manera que las tesis defendidas puedan ser admitidas por todos. Es aquí donde establece la necesidad de distinguir entre persuadir y convencer, otorgando solo a la argumentación convincente el carácter de argumentación racional. Los criterios por los cuales se pueden aislar de un conjunto de procedimientos y de facultades, ciertos elementos que se consideran racionales. Así denominan persuasiva la argumentación que no pretende valer más que para un auditorio particular y convincente la que se considera obtendrá la adhesión de todo ser de razón.

Una argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter obligatorio de las razones suministradas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas. El acuerdo del auditorio universal, señala Perelman, no se trata de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa al orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal.

Esta apelación al auditorio universal está en consonancia con la concepción cognoscitivista de los juicios éticos que asume Perelman al afirmar, por ejemplo (haciendo suyas las palabras de CJ Friedrich), que “el acto más justo es el acto que es más compatible con el mayor número de valores y creencias, teniendo en cuenta su intensidad”. Y añade que tales valores y creencias son los de la comunidad en la que, y en nombre de la cual, se ejerce el poder político de crear y aplicar las leyes.

Perelman y Olbrecht- Tyteca realizan un examen de las diferentes técnicas argumentativas que clasifican en dos grupos, según se consideran como procedimientos de “enlace” o de “disociación”. Los primeros se clasifican en argumentos cuasi-lógicos, argumentos que fundan la estructura real tomando bien como fundamento el caso particular o bien la semejanza entre estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos.

Autores de renombre, entre ellos Atienza, son críticos de la teoría perelmaniana, sobre todo de la noción de auditorio universal. Afirman que es un concepto ambiguo. Perelman, lejos de establecer con claridad qué entiende por auditorio universal, ofrece diversos conceptos no totalmente conciliables.

En ocasiones parece referirlo a un hecho contingente (individuos concretos) cuando dice que el auditorio depende de las ideas de individuos particulares y diversas culturas. Así, por ejemplo, se refiere a todos los hombres que son racionales y competentes respecto a las cuestiones que están siendo debatidas”; y señala que “te debes conducir como si fueras un juez cuya ratio de incidencia fuera a suministrar un principio válido para todos los hombres”. De acuerdo con esto cabría inferir que el acuerdo del auditorio universal es el acuerdo de todos. Formulaciones como éstas parecen estar sugiriendo que el auditorio universal está formado por la totalidad de los seres humanos.

Ahora bien, con todo, parece que la idea de un auditorio universal en Perelman encaja más con una construcción. El acuerdo del auditorio universal se trata -dice- “no -de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa al orador, de acuerdo con un auditorio que debería ser universal”. En este sentido, dice que la audiencia universal se corresponde así al concepto hebermasiano de “situación ideal del habla” el acuerdo de Perelman del auditorio universal es el consenso de Habermas al que se llega bajo condiciones ideales.

Pues bien, este carácter ideal del auditorio universal convierte a dicho concepto en un juicio valorativo que en Perelman se explica a través de una concepción cognoscitiva de los valores.

Otra de las críticas relevante a los trabajos de Perelman ha sido formulada también por Atienza en el sentido de que Perelman contrapone de forma excesiva lógica formal y lógica material. La insuficiencia del razonamiento lógico-deductivo no significa su invalidez absoluta, e ideológicamente su teoría resulta tendencialmente conservadora y esto le permite concluir a Atienza que “Perelman suministra a los juristas buenas razones ante todo, para seguir haciendo lo que hacen”; un ejemplo de esto lo encontraríamos en lo que él denomina “principio de inercia” según el cual todo argumento nuevo que quiera ser introducido frente a los vigentes tiene la carga de la argumentación.

Teoría procedimental

Robert Alexy desarrolla en su obra *A theory of legal argumentation* una teoría procedimental de la racionalidad puesto que la clave de la misma reside no tanto en el carácter racional o no del contenido de la decisión, sino en el mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a aquella.

Parte Alexy que el concepto de razón práctica puede aclararse dentro de los juicios jurídicos y establece un sistema de proposiciones de las cuales pueden ser deducidas las premisas necesarias para la justificación de una decisión. El problema fundamental en todo proceso justificativo -señala Alexy- consiste en evitar el regreso al infinito que se consigue únicamente omitiendo la necesidad de una justificación ulterior; para la cual se necesitan un conjunto de requisitos que gobiernen el proceso de justificación. Pues bien, para Alexy estos requisitos pueden formularse como reglas del discurso racional. Estas reglas no garantizan la certeza de la conclusión, sino únicamente su fundamentación en virtud de la racionalidad del procedimiento empleado para llegar a él.

Partiendo de la consideración del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, procede en un primer momento a enumerar una serie de reglas del discurso práctico, para posteriormente, enumerar las reglas del discurso jurídico. Es por esto por lo que los problemas de una teoría procesal de la argumentación jurídica han de comenzar, para Alexy, con la teoría de la argumentación práctica general.

La teoría del discurso práctico está basada en un concepto de racionalidad que gira sobre seis principios: consistencia, eficiencia, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad.

Estas son de diferentes tipos. Hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico y reglas que se refieren a otras formas de discurso práctico y reglas que se refieren a otras formas de discurso; algunas requieren una observancia estricta, mientras que otras contienen requisitos que sólo pueden ser satisfechos aproximadamente, etc.

Ahora bien, el discurso jurídico no se dirige a argumentar sin más la racionalidad de la decisión, sino a fundamentar racionalmente aquella dentro del ordenamiento jurídico. Es por esto por lo que a las anteriores reglas es necesario añadir las específicas del discurso jurídico. Alexy siguiendo a Wróblewski, distingue dos momentos en la justificación de un juicio jurídico: la justificación interna y la justificación externa. Ahora bien, cuando expone las reglas de la justificación jurídica, excluye de su tratamiento las normas de derecho positivo y las proposiciones empíricas.

Para Alexy, las reglas especiales del discurso jurídico no son más que aplicaciones de reglas y formas del discurso general práctico; así, por ejemplo, las reglas de la justificación interna son aplicaciones del principio de universalidad; el argumento teológico y el argumento ad absurdum variantes del argumento basado en las consecuencias de una regla; la doctrina del precedente se basa en el principio de universalidad, etc.

Las reglas y formas del discurso jurídico las divide en función de los aspectos (interno y externo) de la justificación. El primero está referido a la cuestión de si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas empleadas, y se analiza dentro del denominado silogismo jurídico. La segunda alude a la corrección de las premisas que figuran como punto de partida de la justificación interna; premisas que son de tres tipos: normas de derecho positivo, proposiciones empíricas y premisas que no entran en ninguna de las anteriores categorías.

La teoría procedimental de Alexy tiene que hacer frente a dos problemas: el de su fundamentación o justificación, y el de su aplicación.

Respecto de la primera cuestión, el problema reside en saber si las veintidós reglas del discurso racional son susceptibles a su vez de una justificación, dada la diversidad de las mismas y sus diferentes inspiraciones filosóficas.

Alexy no da a esta cuestión una respuesta definitiva. Señala que las mismas son susceptibles de justificación diversa ninguna de las cuales es totalmente suficiente. Así, enumera algunos tipos de fundamentación: técnica (permite la solución de conflictos sin recurrir a la fuerza), definitoria (define un juego del lenguaje que se da de hecho o que es construido artificialmente), empírica (son reglas seguidas de hecho) y universal pragmática (su validez proviene de que las mismas constituyen

condiciones de posibilidad de cualquier comunicación lingüística). Ahora bien, cada uno de estos métodos es insuficiente por sí solo y, además, no agota todos los tipos de justificación posible.

En realidad, podríamos decir que la justificación de las diferentes reglas la encuentra Alexy en el argumento de autoridad filosófica, puesto que cada una de las reglas remite a una de las teorías (y a sus respectivos autores, entre los que hay que destacar a Habermas) de la razón práctica. Sobre la segunda de las cuestiones, hay que señalar que -como el mismo Alexy indica- el cumplimiento de las reglas por él enumeradas no conduce a la certeza del resultado, sino que únicamente garantizan el carácter racional del razonamiento jurídico.

La debilidad principal de la teoría del discurso -señala Alexy- consiste en que su sistema de reglas no ofrece un método que permita alcanzar siempre, en un número finito de operaciones exactamente un único resultado. De esta manera se pronuncia en contra de la tesis Dworkiniana de la única solución correcta, pero sin por ello negarle la virtualidad de idea regulativa. En todo caso -señala- está claro "que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, ..., llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga, sin embargo, a renunciar a la idea de la única presión..."; los participantes en un discurso jurídico -señala- deben presuponer aquella como idea regulativa, "La idea regulativa de la única respuesta correcta. No presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta...".

Lo anterior es consecuencia del carácter mismo de las reglas que propone Alexy como reglas específicas del razonamiento jurídico; buena parte de las cuales no son más que las tradicionales reglas del método jurídico elaboradas por Savigny e incorporadas, en mayor o menor medida, a los ordenamientos positivos. Esto conlleva a que buena parte de las críticas que se han realizado contra esos criterios interpretativos se pueden reproducir respecto de las reglas de Alexy. Por ejemplo, la vaguedad de los diferentes métodos interpretativos, la falta de una jerarquía entre los mismos; la inconcreción que supone hablar en los actuales sistemas jurídicos de la voluntad del legislador y de los fines de éste. Por otro lado, Alexy omite toda referencia al problema de las razones empíricas, con la importancia que el establecimiento de los hechos tiene en el proceso de toma de decisión judicial.

A) Justificación basada en razones como criterio de racionalidad

Basándose en definiciones como las de Black, Toulmin, Riecke o Janik, el punto central de esta concepción de la racionalidad es la idea de justificación (support). Las conclusiones jurídicas son racionales si están justificadas por razones; pero no basta cualquier razón; para que una decisión sea racional tiene que estar justificada por "buenas" razones.

Ahora bien, si se quiere ir más allá de un juego de palabras (es decir, de la sustitución de “racionalidad” por “buenas razones”), habrá que indicar cuáles son las condiciones que determinan la bondad de las razones. Son diversos los análisis que centran su atención en el examen de las razones como elemento de racionalidad o elemento de justificación adecuada a una decisión. A continuación daremos cuenta de dos de ellas.

Peczenik, por ejemplo, señala que son buenas razones aquellas que cumplen el requisito de la consistencia lógica y a su vez están orientadas hacia dos ideas: las de coherencia y generalidad. Según la primera, uno tiene que ser capaz de producir una totalidad coherente de razones, en la que un número de proposiciones base un número de otras posiciones en un sistema complejo. La generalidad indica que se tiene que ser capaz de expresar ambas, descripción y valoración, en términos generales. Así, la decisión jurídica es racional -señala Peczenik- si cumple los requisitos de: a) consistencia lógica, b) generalidad y c) justificación. El primero de estos requisitos suele reducirse a la vaga indicación de que la consistencia lógica significa que un conjunto de expresiones cumple los requisitos de la lógica formal.

El segundo requisito significa que las buenas razones que se aducen en favor de una conclusión tienen que ser coherentes. Decir que p justifica q significa que p es una buena razón para q cuando p justifica q se quiere decir que p y q son coherentes entre sí.

Según Peczenik, el requisito de justificación en el razonamiento jurídico es vago y dual. Es vago puesto que decir que una razón justifica una determinada conclusión, significa que esa razón constituye una parte suficiente de un conjunto no arbitrario de premisas de las cuales se sigue lógicamente la conclusión. Ahora bien, la condición de justificación es vaga como resultado de la vaguedad del requisito de suficiencia. Y es dual porque el razonamiento jurídico, que recibe justificación de las leyes y otras fuentes jurídicas de un lado, tiene también un importante fundamento en la moralidad, de otro.

Para clarificar la noción de justificación Peczenik da la siguiente definición: La razón p justifica la conclusión q, si, y sólo si: 1) p pertenece a un conjunto de premisas S de las cuales se sigue lógicamente q; 2) q no se sigue de este conjunto S si p ha sido eliminado de él, y 3) ningún miembro de este conjunto de premisas S es una proposición arbitraria.

El requisito de la generalidad en el derecho se expresa -para Peczenik- en las siguientes fuentes y normas de razonamiento: 1) las siguientes prescripciones sobre las fuentes: las normas que obligan a los tribunales a emplear en la justificación de sus decisiones las leyes, los precedentes y los trabajos preparatorios, la costumbre, la opinión doctrinal, etc.;

2) las siguientes prescripciones interpretativas: todo juicio jurídico concreto debe derivarse de una premisa universal; como la regla general, si una ley emplea términos diferentes en diversas partes del ordenamiento debe entenderse que se refiere a situaciones

distintas; no se deben interpretar los mismos términos con significados diferentes, y si se ha establecido que un término tiene un significado técnico se debe interpretar en este sentido; 3) los siguientes argumentos: de analogía, a contrario, y afortiori; 4) las normas de resolución de conflictos normativos; y 5) la regla de justicia según la cual las personas iguales deben ser tratadas igual.

MacCormick, quien desarrolla una teoría que pretende ser a la vez normativa y empírica, señala como argumentos justificativos los siguientes: justificación deductiva, el argumento consecuencialista y los argumentos de consistencia y coherencia.

Según MacCormick, a veces es posible justificar concluyentemente las decisiones jurídicas por medio de argumentos deductivos cuyas premisas son normas jurídicas válidas y proposiciones de hechos probados. A la vez que reconoce los límites de este tipo de justificación (que cifra en los siguientes: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación), señala que una decisión judicial puede ser justificada a través de un argumento puramente deductivo; demostrar que al menos en un caso una justificación concluyente de una decisión puede ser dada a través de un argumento puramente deductivo es mostrar concluyentemente que la justificación deductiva es posible y que a veces tiene lugar. La justificación deductiva consiste en la aplicación de “la regla *modus ponens* o su equivalente, la forma bárbara del silogismo categórico.

Ahora bien, puede suceder que la justificación deductiva no sea suficiente; esto ocurre cuando las normas no son claras, cuando la clasificación de los hechos es discutida, o cuando existe discusión acerca de si hay o no un fundamento jurídico para alguna pretensión o decisión jurídica. En estos casos, según MacCormick, la cuestión realmente interesante acerca de la argumentación jurídica es la siguiente: ¿cómo se puede proceder cuando en este sentido actuamos *run out of rules*? Para contestar a esta pregunta utiliza el concepto de “justificación de segundo orden”. Este concepto implica dos elementos: en primer lugar se refiere a “lo que tiene sentido en el mundo” en cuanto esto implica argumentos consecuencialistas que son esencialmente valorativos y, por lo tanto, en algún grado, subjetivos; en segundo lugar, la justificación de segundo orden concierne a “lo que tiene sentido en el sistema” (esto alude a las nociones de consistencia y coherencia).

El argumento consecuencialista implica que los jueces tienen que considerar y valorar las consecuencias que conlleva la aplicación de diferentes normas jurídicas cuando hay problemas de relevancia, de interpretación o de clasificación. La idea de consistencia significa que aunque una determinada regla pueda ser deseable basándose en argumentos consecuenciales, no puede ser adoptada si es contradictoria con alguna norma válida y obligatoria del sistema. Dentro del concepto general de coherencia distingue MacCormick las nociones de coherencia normativa y narrativa. La idea de coherencia

normativa se refiere a la posibilidad de subsunción de una o más normas bajo una serie de principios generales o valores que, a su vez, resulten en el sentido de que configuren -cuando se toman conjuntamente- una forma de vida satisfactoria. Ahora bien, esta idea de coherencia sólo suministra una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias. En esta idea de coherencia se basan dos tipos de argumentos jurídicos: el argumento a partir de principios y el argumento de analogía. La coherencia narrativa se refiere a un test de verdad o probabilidad sobre cuestiones de hecho acerca de las cuales no cabe la prueba directa por observación inmediata.

Tesis generales sobre el razonamiento judicial

Para concluir, expondremos algunos señalamientos que de acuerdo a la mejor doctrina pueden considerarse tesis generales sobre el razonamiento y la argumentación judicial, y que constituyen puntos de acuerdo de buena parte de las teorías que se engloban bajo la denominación de “teorías de la argumentación (y razonamiento) judicial, así como algunas consideraciones críticas de algunos autores sobre los puntos débiles de dichas teorías.

1) El juez, a la hora de tomar una decisión judicial, se enfrenta en muchos casos a una “situación de elección” en la que debe optar por una solución de entre las varias posibles.

Entre las razones que motivan lo anterior pueden mencionarse la indeterminación del lenguaje legislativo: la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contenga ya un exceso de normas sobre una misma materia, dando lugar a antinomias normativas, va en defecto de aquellas, con la aparición de lagunas; la limitada capacidad humana de prever todos los aspectos de un problema, con la consiguiente posibilidad de lagunas axiológicas.

Ahora bien, el hecho de que el sistema jurídico atribuya al juez un poder (más o menos amplio según los casos) de elección no significa que dicho poder pueda ser ejercitado de modo arbitrario. En otros términos, el ejercicio del poder de integración normativa por parte del juez debe ser justificado. Ello significa que, en el ejercicio del mismo, el juez debe dar una justificación de las diferentes opciones interpretativas por él efectuadas para llegar a la decisión final. La existencia de casos en los que conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica. Y, como señala Aarnio, son las teorías de la argumentación jurídica las que pretenden dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación jurídica: el relativo a cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posibles.

2) El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico en la medida en que el resultado del mismo (la toma de decisión judicial) es una proposición que expresa obligaciones, prohibiciones y/o permisos. Esto no significa que la argumentación

jurídica pueda reducirse a la argumentación práctica general, pero sí que un análisis de la racionalidad jurídica debe tener presentes los instrumentos conceptuales de la racionalidad (teoría y práctica). Si consideramos el razonamiento jurídico como una actividad lingüística (discurso) relativa a la corrección de proposiciones normativas, vemos que ambos discursos, el jurídico y el práctico, comparten el hecho de referirse a problemas prácticos, es decir, a lo que se debe o está prohibido hacer. Así, si bien hay ciertas características especiales del razonamiento jurídico que son únicas o tienen más relevancia que en contextos no jurídicos, también hay características que se encuentran a la vez en contextos jurídicos y no jurídicos. Así, por ejemplo, en ambos contextos “argumento válido” significa permisible, pero no necesariamente concluyente.

3) La particularidad del discurso jurídico (frente al discurso práctico en general) reside en que la argumentación y el razonamiento jurídico tienen lugar dentro de un contexto determinado). La singularidad de dicho razonamiento dentro del razonamiento práctico general viene dada por las normas sobre la constatación de los hechos, las relativas a la validez de las normas jurídicas, la cualificación jurídica de los comportamientos humanos, los requisitos procesales, etc. Esta forma específica de racionalidad jurídica es lo que Gottlieb ha denominado *ruleguided reasoning* o *reasoning with rules*.

Concretamente, la calificación del discurso jurídico como caso especial de discurso práctico se fundamenta en que: a) buena parte de los problemas jurídicos (tanto los relativos a la actividad judicial, de la administración, como legislativa) están relacionados con problemas prácticos, esto es, con problemas del tipo qué se debe o se puede hacer; b) esas cuestiones se plantean con una pretensión de corrección en el marco del sistema jurídico de que se trate y dentro de los límites impuestos por el mismo. En definitiva, la especialidad del discurso jurídico respecto del discurso práctico significa que la exigencia de corrección común a ambos discursos no se refiere en el discurso jurídico a una absoluta racionalidad de la decisión en cuestión, sino más bien a mostrar que la norma puede ser justificada dentro del marco del orden jurídico vigente; es decir, que sea “racionalmente justificable”. Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué hay que entender por “racionalmente justificable” dentro del orden jurídico válido.

4) Lo anterior implica que los ordenamientos jurídicos establecen ciertas condiciones y limitaciones en cuanto al tipo de razones y argumentos admisibles. Al dar razones los jueces tienen que apelar a ciertas proposiciones denominadas “normas jurídicas”. Aunque la noción de norma jurídica es una cuestión controvertida, parece claro que en un Estado de derecho las normas jurídicas deben figurar de manera significativa en la justificación judicial.

En el contexto jurídico se dan un tipo de razones (que podríamos denominar razones fuertes) que son necesarias (p. ej., la aplicación a un caso de una norma jurídica cuando no hay problemas acerca de su validez), y otras (razones débiles) que únicamente

son más persuasivas que otras (p. ej., la preferencia de un principio general del derecho sobre otro, la aplicación de la analogía frente al argumento a contrario,...).

5) A la hora de analizar el razonamiento judicial hay que tener en cuenta que además de un razonamiento “a partir de” las normas los jueces en ocasiones tienen que dar razones “acerca de” las normas. En algunos casos los tribunales deben razonar acerca de una nueva norma o sobre una nueva aplicación de una norma existente; puede aplicarse más de una norma y el juez debe decidir de entre las varias normas aplicables, cuál estará justificada. “Estas formas de razonamiento acerca de normas indican que una adecuada teoría de la justificación no puede estar limitada sólo a la aplicación de normas a los casos particulares”.

Bibliografía Módulo I

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un retrato sobre la justificación jurídica.** Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1991

ALCHOURRÓN, Carlos. "Concepciones de la Lógica". *Lógica, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Vol. VII. Madrid: Trotta. 1995

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems, Springer Verlag. Viena-Nueva York.** Versión castellana: Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales. Astrea: Buenos Aires. 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica.** Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal". *Doxa*, Núm. 12. 1992

ATIENZA, Manuel. "La Filosofía del derecho de Felipe González Vicén". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Núm. 62. 1981

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 1991

Atienza, Manuel. **"Tras la Justicia". Una Introducción del Derecho y el razonamiento jurídico**. Barcelona : Ariel. 1993

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho.** Barcelona: Ariel: 2001.

Atienza, Manuel. **Las piezas del derecho.** Segunda Edición. Ariel: Barcelona. 2004

AUSTIN, John. **Como hacer cosas con palabras.** Trad. al Castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi de la edición inglesa de 1962 . Oxford University Press. Barcelona: Paidós. 1988

BAYÓN, Juan. **La normatividad del Derecho. Deber jurídico y sus razones para la acción.** Madrid: C.E.C. 1991

BERNAL, Carlos. **El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho.** Valencia: Edición de Alfonso Ruiz. 1980

CAMPBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". *Doxa*, Núm. 25. 2002

CARRIÓ, Genaro. **“Como estudiar y como argumentar un caso”. Consejos elementales para abogados jóvenes**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1987

COMANDUCCI, Paolo. **“Razonamiento jurídico”. Elementos para un modelo**. Mexico: Fontamara 1999

COPI, Irving. **Introducción a la Logica**. Trad. de la 4ta edicion Inglesa. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1994

DWORKIN, Ronald. **“Los Derechos en serio”**. Trad. al castellano de M. Guastavino de la version inglesa de 1977, Gerald Duckworth & Co. Ltd. Londres. Ariel: Barcelona. 1984

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y garantías: La ley del más fuerte**. Madrid: Trotta. 1999

FRINNIS, John. **Ley natural y derechos naturales**. Trad. De Cristobal Orrego Sánchez de la edición inglesa de 1980, Oxford University Press. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2000

FULLER, Lon. (1967): **La moralidad del Derecho**, Trillas, México.

GARCÍA, Juan. **Teorías de la tópic jurídica**. Madrid: Civitas. 1988

García Amado, Juan Antonio (2001); Sobre el argumento al contrario en la aplicación del derecho “, En Doxa , num.24.

GASCÓN, Marina. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos 1993

GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. **La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales**. Lima: Palestra 2003

GUASTINI, Riccardo. **“Proyecto para la voz , “Ordenamiento Jurídico” de un diccionario**. Doxa Num.27. 2004

HABERMAS, Jürgen. **“Teoría de la acción comunicativa”**. Madrid: Taurus. 1987

HART, Herbert. **El concepto del Derecho**. Trad. de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1963

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la Logica Jurídica**. Buenos Aires: Eudeba . 1973

KLUG, Ulrich. **Logica Jurídica**. Trad. al castellano de la J.C. Gardella de la edicion alemana de 1951, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg. Bogotá: Temis. 1998

LEVI, E.H. **Introducción al razonamiento jurídico**. Traducción al castellano por Genaro Carrió, de la edición inglesa de 1951. Buenos Aires: eudeba. 1964

LOSANO, Mario. **“La teoria pura del derecho: del logicismo al irracionalismo”**. Doxa. Núm.2. 1985

- NINO, Carlos. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea. 2000
- NOVOA, Eduardo. **El Derecho como obstaculo para el cambio social**. Mexico: Siglo XIX. 1975
- PERZENICK, aleksander. **Derecho y Razon**. Mexico: Fontamara. 2000
- PERELMAN, Chaim. **La logica juridica y la nueva retorica**. Madrid: Civistas. 1979
- PERELMAN, Chaim y OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado de la argumentaciion . La nueva retorica**. Trad. al castellano por Sevilla Muñoz, Julia de la edicion francesa de 1958. PUF, Paris. Madrid: Gredos. 1989
- PÉREZ, Juan. **El movimiento. Critical Legal Studies**. Madrid: Tecnos. 1996
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofia del Derecho**. Trad. de W. Roces de la edición original en alemán de 1948. México: FCE. 1951
- RAWIS, John. **Liberalismo Politico**. Trad. Al castellano de S.R. Madero de la edición inglesa de 1993. Columbia University Press. Cambrige, Mass. México: FCE 1995
- RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. Trad de Juan Ruiz Manero de las ediciones inglesas primera edición 1975, Hutchinson, Londres y segunda 1990 Princenton University Press. Madrid: Centro de estudios Constitucionales. 1991
- RECASENS, Luis. **Tratado general de Filosofia del Derecho**. Mexico: Porrúa. 1975
- ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba Trad. Al castellano de G. Carrió de la edición inglesa de 1958, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958. 1963
- ROSS, Alf. **Lógica de Normas**. Trad al castellano por J. Hierro de la edición inglesa de 1967, routledge & Kegan Paul, Londres) , Sánchez Díaz, Felix F. (2002) Decision Judicial y ciencia juridica. Madrid: Tecnos. 1971
- TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Madrid: Trotta. 2002
- ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. "Entrevista a Stephen E. Toulmin". Doxa , num. 13. 1993
- VEGA, Luis. **Si de argumentar se trata: Una introduccion a al argumentacion** , Barcelona: Montesinos. 2003
- VIEHWEG, Theodor. Topica y jurisprudencia. Trad. Al castellano de Diez Picazo de la segunda edición alemana de 1963. Madrid: Taurus. 1986
- TRIAS, Jose. **Teoría de Adjudicación**. Primera Edición. San Juan: Universidad de Puerto Rico. 2000

WROBLEWKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Mexico: Fontamara. 2001

ATIENZA, Manuel. **Derecho como Argumentación**. Primera Edición. Barcelona: Ariel. 2006

BOBBIO, Norberto. **Teoría del Derecho**. Traducción al castellano de Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Debate. 1991

Módulo II

Las fuentes del derecho

Coordinadores:

Juan Carlos Socorro y José Alberto Cruceta

Autor

Juan Manuel Guerrero

Objetivos específicos

- Precisar las teorías de las fuentes del derecho, así como su gradación en el ordenamiento jurídico

Módulo II

Las fuentes del derecho

Introducción.....	57
Normativismo.....	57
Crítica al normativismo.....	58
Modalidades genéricas de creación de Derecho.....	59
Lagunas del ordenamiento jurídico normativo.....	60

Introducción

De ordinario el tema de las **Fuentes** ha sido la carta de presentación del Derecho; sirven para introducir cada nueva disciplina jurídica y para delimitar el ámbito de cada rama del Derecho [Atienza:13]. Muchas veces su estudio sugiere una cierta elementalidad, algo que más que ser problematizado, debe ser simplemente superado. Para la visión escéptica, ocuparse del estudio de las fuentes implica la posibilidad de adentrarse en problemas filosóficos jurídicos ligados a la compleja e intrincada cuestión del **concepto de Derecho**. **A. ROSS** con especial agudeza y sentido crítico se ha referido a la teoría de las fuentes como: un “bouquet d`aphorisme” No basta entonces la actitud huidiza y trivial de cambiar el *<< qué son las fuentes >>*. Se acepta que el tema de las fuentes remite inevitablemente a uno de los problemas fundamentales del Derecho, lo que implica enfrentar la cuestión de la naturaleza del Derecho.

Normativismo:

La institución **Fuentes del Derecho** suele implicar toda una maraña conceptual urdida por la tradición jurídica heredada a base de ambigüedades, falsos dilemas, etc., por lo que resulta lúcido realizar análisis crítico dirigido a disolver los problemas más frecuentes en ésta materia.

Para Norberto Bobbio, las fuentes del derecho suponen: *<< los hechos y los actos jurídicos, cuyo resultado es la creación de normas jurídicas >>*, lo que equivale a decir que las fuentes del Derecho no son otra cosa que un tipo de norma jurídica (o las normas jurídicas clasificadas de una cierta manera: por su origen), que puede verse desde el punto de vista de su antecedente o de su consecuente. No tiene, por ello mucho sentido contraponer los *<< modos de crear normas jurídicas >>* o los *<< métodos de producción normativa >>*, respectivamente, a las *<< formas de exteriorización de las normas jurídicas >>*, pues en todos los casos se estaría haciendo referencia a una misma realidad normativa, vista desde el lado del antecedente o del consecuente. Tampoco lo tendría contraponer, desde esa misma perspectiva, las fuentes **formales** a las materiales, las legales a las **extra ordinem** y las **normativas** a las de **conocimiento**, ello porque el segundo par de términos (fuentes materiales, fuentes **extra ordinem** y fuentes de conocimiento) no puede verse ni como el antecedente ni como el consecuente de una norma jurídica; simplemente, éstos no son conceptos normativos, internos a un cierto orden jurídico [Atienza: 7].

Crítica al Normativismo:

Será de utilidad recordar las críticas dirigidas contra el planteamiento normativista [Kelsen, Bobbio, Aguiló] por parte de autores **realistas**, de ciertos **iusnaturalistas** (Fuller) o de postpositivistas (Dworkin). Lo que los críticos del normativismo han sostenido, no sin cierta razón, es que resulta empobrecedor ver el derecho únicamente como normas, que los límites entre lo jurídico y lo no jurídico son extremadamente fluidos y no se pueden trazar simplemente a partir de la existencia de una norma fundamental o una **regla de reconocimiento**, y que los criterios de validez utilizados para reconocer el Derecho pueden apelar a los conceptos morales basados en cuestiones de contenido, no tienen por qué limitarse a los de carácter formal, basados en la procedencia de una cierta autoridad, como lo intenta Aguiló desde sus tres (3) enfoques [social – valorativo – sistemático]. En adición, el anterior esquema no resulta ya suficiente. En relación con las normas creadas por los Jueces permite trazar, una cierta diferencia entre la institución del precedente y la de la jurisprudencia [Ley / Costumbre]. Aguiló entiende que los **jueces** crean normas **generales** – no en términos abstractos – sino como las premisas de un razonamiento jurídico acabado. De ello puede deducirse que bajo éste esquema

los procedimientos argumentativos y que incluyen la deducción, pero que no las agotan, incorpora al fenómeno de las Fuentes del derecho elementos que no son simplemente normas jurídicas válidas. Por ello debe concluirse que resulta excesivamente difícil entender la coherencia (en términos formales e internos a un Sistema Jurídico) sin apelar a una teoría **axiológica** o **política**.

Modalidades Genéricas de Creación de Derecho:

A las normas que integran los sistemas jurídicos, no solo se les suele clasificar por su **estructura** o contenido, sino también por su **origen**.

El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace bajo el rótulo: “**Fuentes del Derecho**”. Cabe señalar **dos modalidades** genéricas de creación de derecho:

*A).- **Deliberada**: Refiere a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas. La legislación es el prototipo de ésta forma consciente de creación de derecho. En efecto, una ley es sancionada mediante un conjunto de actos dirigidos a ejecutar el procedimiento prescripto para su creación. La noción de Ley es en extremo ambigua, y su uso restringido refiere sólo a las normas, cualquiera que sea su contenido o extensión, dictada por un Congreso o Parlamento (**Formal**). Un uso mas **lato** refiere a normas dictadas por cualquier órgano: **Ministerio – Congreso – Ejecutivo**, con la única obligación de que sean generales y se las hubiere creado en forma deliberada (**Material**).*

También constituyen casos de creación deliberada de derecho las sentencias que pronuncian los Jueces [**Carlos S. Nino: 149**].

Con la frase: “**Los Jueces crean derecho**”, se pueden expresar cosas tan diferentes como que los Jueces dictan normas jurídicas... Genaro R. Carrió ha demostrado los malentendidos verbales y los desacuerdos valorativos que dan pie a esa polémica.

Es verdad que los Jueces dictan normas jurídicas (particulares), que todo el cuerpo judicial, en conjunto establece ciertas pautas generales, que no siempre las sentencias se infieren de las leyes u otras normas generales previamente establecidas, y en cambio, no es cierto que cada Juez por separado sancione normas generales. En el fondo, entre los teóricos hay encubierto no solo malos entendidos verbales, sino desacuerdo del orden valorativo en la fórmula: “**Los Jueces crean de-**

recho” cual que sea el sentido que se le dé a la fórmula referida, con su aceptación no se quiere describir ningún hecho, sino expresar la actitud de desear que a los Jueces se les permita ampliar facultades en el ejercicio de su actividad, y con su rechazo, se pretende abonar la tesis ideológica opuesta, de que los Jueces deben atenerse estrictamente a lo establecido por las normas generales.

Aparte de las sentencias judiciales, existe también otro medio de creación deliberada de derecho a través de normas jurídicas particulares.

Cuando dos (2) personas celebran un contrato, ellos estipulan derechos, obligaciones, potestades y hasta sanciones para las partes, de modo que es razonable considerar el contrato, como lo hacía Kelsen, como una norma jurídica o un conjunto de ellas.

Además de las formas deliberadas de dar origen a normas jurídicas, hay medios espontáneos que llegan al mismo resultado.

B pueden preexistir, como una ley o una costumbre, pero también muchas veces toma en consideración, en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de: razonabilidad, equidad, igualdad, etc. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros Jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente.

Cuando tales criterios son adoptados por los Jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los Jueces pueden considerar tanto o más obligatorios (como ocurre en USA y U.K).

Respecto a la discusión de si la Costumbre es o no fuente de derecho, contrario a la opinión mayoritaria de que solo lo sería cuando la ley se refiera a ella o en caso de lagunas legales, puesto que de acuerdo a la regla de reconocimiento abordada, podría ocurrir que los órganos primarios reconocieran como integrantes de la base del sistema romano - germánico, a diferencia de lo que sucede en los países del llamado Common Law, en los que constituyen la Fuente del Derecho más importante, ellos no tienen decisiva relevancia. Por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país, a diferencia de los precedentes en el Common Law, no se constituyen de una sola decisión, sino que se exige una serie concordante de decisiones.

Muy a pesar del relativo peso vinculante del Fallo Plenario (en Cámaras Reunidas) con el objeto de unificar doctrinas judiciales contradictorias, no constituye, sin embargo, un precedente en el sentido estricto, ya que no se origina en la fundamentación de cierta decisión sino que es una regla estipulada deliberadamente.

Lagunas en el ordenamiento jurídico normativo:

Ofrecer un cuadro completo y acabado de las Fuentes del Derecho, vale decir que en apariencia el Juez se encuentra en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable del caso, obliga a la asunción de un dogma, que otorgaría a la afirmación anterior alguna verosimilitud, este es en términos puramente dogmáticos: que el legislador es un ser omnisciente y omnipresente. Mientras no se acepte la función creativa de la Jurisprudencia, algo que en la cultura jurídica del Positivismo Teórico estaba lejos de aceptarse, no se le podrá citar entre el Sistema de Fuentes del Derecho.

Kelsen insiste en la plenitud hermética del derecho positivo, lo que a pesar de la norma general de prohibición o de clausura ("todo lo que no está prohibido está permitido") se estima axiológicamente incorrecto; como siempre ocurre, la realidad puede más que la ficción, y en un proceso gradual pero constante se reconocieron lagunas en la ley, hasta trasvasar todo el ordenamiento jurídico normativo. Entre éstas lagunas cabe distinguir las siguientes:

- a) *Laguna por ausencia de norma (intencionada o no intencionada; Originario o Sobreviniente).*
- b) *Laguna de Reconocimiento (Alchourron – Bulygin): interminaciones semánticas dificultan determinar si el caso individual está o no incluido en aquel.*
- c) *Laguna de Conocimiento: Deficiente información del caso individual impide determinar si el mismo coincide con el caso genérico definido por la norma dada.*
- d) *Laguna por Conflicto (Klug) o Colisión de normas.*
- e) *Laguna Axiológica o de Equidad: la aplicación de la norma genera una respuesta manifestamente injusta o irrazonable. La admisión de una laguna conlleva el problema de su integración, y a éste respecto las respuestas generalmente pasar por: la analogía, la equidad, los valores, y los principios generales del derecho. (Vigo: 55). Una clasificación que traduce una cierta concepción iuspositivista distingue (Bobbio) entre métodos de auto integración (principios generales y analogía) y métodos de heterointegración (derecho natural o equidad); es que en ésta clasificación pareciera insistirse en el que el ordenamiento jurídico tiene un cuadro definitivo y claro de normas y de principios generales extraídos vía generalización creciente, a partir de las mismas normas, lo que en definitiva no pasa de ser una versión algo remozada del modelo dogmático.*

Para el caso de falta de coherencia o consistencia entre las normas, cuando para los mismos supuestos fácticos distintas normas le imputan consecuencias contrarias o contradictorias. Frente a ese defecto la doctrina propone, para resolver

tales antinomias, diferentes criterios: Jerárquico, temporal, especialidad, axiológico, competencia, etc. Un problema consiguiente aparece cuando la solución a la que se arriba escogiendo uno de esos criterios es diferente si se elige algún otro; en ese supuesto estamos frente a las llamadas “antinomias de segundo grado”, y la dificultad reside en cual de los criterios en juego debe prevalecer.

Queda también desdibujada la creencia en el legislador plena y perfectamente racional, cuando se señala como otro defecto lógico del sistema jurídico el de redundancia normativo; es decir, cuando hay más de una norma que consagra la misma solución para idéntico problema. Esta imperfección de sobreabundancia o falta de economía normativa, lejos de generar ventajas provoca sobrecargas innecesarias en la tarea del jurista.

Por tanto, superado el dogma positivista de la unidad del ordenamiento jurídico, identificado con la idea de que el Derecho constituye un conjunto normativo sistematizado y capaz de brindar respuestas adecuadas al mundo de lo real, se impone el estudio exhaustivo de la teoría de las fuentes del derecho.

Ello significa la posibilidad de dar contestación a cuestiones como las siguientes: ¿Qué son? ¿Cuáles son? ¿De dónde surgen?.

En el ámbito jurídico el término “fuente” se identifica con la noción de <<acto de producción normativa>>, sugiriendo una inequívoca relación causalista, vale decir: “aquello de lo que el derecho <<mana>> [Betegon et al], refiriéndose a los órganos que dictan las normas, pero obviando absurdamente a las propias disposiciones normativas.

Algunos ordenamientos identifican las fuentes del derecho a través de un catálogo de fuentes (sobre la producción jurídica) mientras que otros intentan fijar un criterio que permita deducir los actos normativos que integran esa categoría. Varios criterios han sido elaborados para la cualificación normativa de las fuentes:

A.- Criterio sustantivo: Este sistema atiende al contenido de los actos normativos, destaca el carácter general y abstracto de las reglas producidas. La Ley y el Reglamento son los más palmarios ejemplos, y, en cambio, se desdeñan las sentencias y los contratos. Flaquea la tesis esbozada cuando analizamos el caso de las convenciones colectivas de trabajo, cuya naturaleza estatutaria supera los marcos estrechos del “res inter alios acta”, y también el de las leyes expropiatorias.

B.- Criterio de eficacia <<Erga Omnes>>

Si bien este criterio no atiende al contenido de los actos-fuente, sino a la extensión de sus efectos [inter partes/erga omnes], no permite, sin embargo, excluir de la categoría

de fuente ni a todas las sentencias, ni a todos los contratos. Piénsese que en ocasión del ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, nuestra Suprema Corte de Justicia puede expulsar del ordenamiento una norma adjetiva.

C.- Criterio formal: Es el más recurrido en los programas de las asignaturas jurídicas, y corresponde al conjunto de normas situadas en los distintos grados de una pirámide que se desarrolla según un movimiento de arriba abajo. La Constitución se coloca en el vértice y es desarrollada por las leyes adjetivas, y lo propio, entre éstas y el Reglamento.

D.- Criterio de la integración política: Esta corriente identifica las fuentes del Derecho con <<procesos de integración política>> [Sagrebelsky]. La unidad política y su epifenómeno, la unidad del ordenamiento jurídico, no es un dato preexistente, es más bien un objetivo en constante coacción, por vía de instrumentos constitucionales “ad hoc”.

Uno de los problemas más complejos que enfrenta hoy la teoría del Derecho se relaciona con la ubicación de los Principios (Implícitos y Explícitos) en el sistema de fuentes. El atribuir un carácter meramente técnico-descriptivo a la categoría de fuentes no se deriva de la inutilidad de la misma, sino a la imposibilidad de hacer de ella una rígida estructura de calificación normativa [Betegon et al].

No puede establecerse, a priori, cuales de las diversas fuentes del derecho se admiten de lo que dispongan los <<criterios de reconocimiento>> mediante los cuales se integran el conjunto básico del sistema, y en qué condiciones las normas básicas permiten la creación de nuevas normas [Nino: 152].

Bibliografía Módulo II

AGUILÓ, Josep: **Teoría General de las Fuentes del Derecho**. Barcelona: Edit. Ariel. 2000

ARVELO, Alejandro. **Los Secretos de la Argumentación Jurídica**. Santo Domingo: Edita Libros. 1999

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Edit. Ariel. 2006

DWORKING, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Edit. Ariel. 1989

Hart, Helbert. **El Concepto del Derecho**. México: Edit. Nacional. 1980

JORGE, Eduardo. **Derecho constitucional**. Vol. I, Santo Domingo: Edit. Amigo del Hogar. 2003

VIGO, Luis. **Problemas y Teorías Actuales de la Interpretación Jurídica**. *Estudios Jurídicos Vol. VI I, nº 3*. Santo Domingo: Ediciones Capel. 1997

Módulo III

La Lógica Jurídica

Coordinadores:

: Juan Carlos Socorro y José A. Cruceta

Autor:

Esthel Díaz

Objetivos específicos

- Revisar las nociones fundamentales de la Lógica.
- Suministrar al juez las nociones y estructuras básicas al proceso del razonamiento jurídico
- Analizar el proceso de razonamiento jurídico, sus fundamentos y etapas que sirven de base para una adecuada motivación de la sentencia.

Módulo III

La lógica jurídica

Introducción.....	67
Principios y axiomas lógicos.....	69
Formas elementales del pensamiento.....	74
Los predicables y las categorías.....	75
Los juicios.....	76
Razonamiento deductivo.....	80
Silogismo categórico.....	83
Silogismos hipotéticos.....	84
Silogismo disyuntivo	85
El dilema.....	86
Reducción al absurdo.....	87
Valoración del silogismo	87
Silogismo jurídico.....	88
El razonamiento inductivo	89
Las falacias del razonamiento inductivo.....	90
Veracidad objetiva del pensamiento.....	91

Introducción

Las reflexiones sobre lo que se ha decidido denominar lógica y argumentación jurídica no son ajenas a aquellas ideas que nos informan que los asuntos filosóficos gozan de una espaciada temporalidad, una perduración en el tiempo que hace que se les conciba como siempre actuales, siempre mejorables, siempre oportunos y siempre concatenados a la problematización de una temática singular o, en el mejor de los casos, con la solución o posibles soluciones de casos concretos.

En este capítulo se hará referencia a la función de la lógica¹ en la Teoría de la argumentación jurídica como una respuesta a la fase justificativa de las soluciones judiciales de los conflictos.

La argumentación como concepto subordinante goza de la más amplia esfera de utilización sobre todo en países democráticos en que la permanencia, el cambio o la abolición de políticas y conductas tienen que ser todas motivadas para lograr el ideal del cumplimiento voluntario de la ley o cuando menos el obtener respuestas a los porqué a las justificaciones de las decisiones en los diferentes ámbitos de la vida social.

La teoría de la argumentación jurídica es de interés para todos los operadores del sistema, ahora bien: “la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi

¹ La lógica da soporte al Derecho en su necesario tránsito hacia las reglas para alcanzar la corrección, coherencia y verdad de los pensamientos, es decir, el Derecho, como toda ciencia requiere de la lógica para legitimar las diferentes relaciones que se generan dentro de sí, independientemente de su carácter de producto social.

exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es, de las razones que ofrecen como fundamento – motivación – de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigirá tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.”²

La teoría de la argumentación implica además de la lógica, la retórica entendida como la persuasión para alcanzar lo verosímil³.

Los diferentes paradigmas en la evolución de la argumentación jurídica han llevado a conceptualizar la argumentación jurídica o la teoría de la argumentación jurídica haciendo referencia a “un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería sólo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal).”⁴

El juez formalista busca sólo legitimidad en sus sentencias, coherencia entre derecho y hecho, sin preocuparse de evaluar no solo los efectos de su fallo ni los mensajes que recibe la sociedad a través de sus decisiones. Los enfoques en el siglo XX acerca de los fines de la lógica formal y la lógica jurídica dan una nueva perspectiva al razonamiento deductivo desde la óptica de la tesis, argumento y la razón elementos todos de la demostración; el enfoque del Derecho como fenómeno social y la necesaria motivación de las sentencias después de la Revolución Francesa han dado preponderancia a la teoría de la argumentación.

El marco de la argumentación jurídica exige la ampliación de los esquemas formales tradicionales incluyendo así no solo las formulas de corrección dada por la lógica sino mezclas de convencimiento y persuasión influyendo en el juez para la decisión. “El debate judicial y la lógica jurídica - no lo olvidemos- se refieren a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla⁵.

En el actual nivel de evolución, el sujeto ya no puede interpretar de manera antojadiza, sino que es necesario que solucione los problemas objetivos y concretos planteados

2 ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2005, p.13.

3 Es el estado del espíritu en que la creencia del sujeto resulta de un número mayor de razones acerca de la posibilidad de que una proposición sea verdadera o falsa en oposición al número de razones acerca del valor de verdad de otra proposición con la cual se compara. Lo probable señala la posibilidad del ser. La probabilidad puede expresarse matemáticamente mediante el cálculo de probabilidades que nos muestra lo que es verosímil. La verosimilitud se clasifica en: cualitativa y cuantitativa, según se refiera al grado de aproximación que puede tener un juicio determinado, o a la probabilidad de dos afirmaciones enfrentadas, partiendo del número de casos a favor o en contra.

4 ATIENZA, Ob. Cit. P. 15.

5 PERELMAN, Chaim. **La Lógica jurídica y la nueva retórica**. Madrid: Civitas, 1979, P.232.

por la actividad humana, basándose en el conocimiento y en la cooperación multi disciplinaria. El derecho no es una esfera aislada, separada del universo de la actividad humana, plantea por lo tanto problemas objetivos y concretos.

Con la obligación de motivar las sentencias se cierra un período de desconocimiento absoluto de las razones que llevaron al juez a una determinada solución y se abre un capítulo de luz en el que se consigna ostensiblemente los motivos de la decisión.

Fundamentalmente, con la obligación de motivar las sentencias se logra: permitir a las partes estar en condiciones de conocer la o las justificaciones que fundamentan un fallo en concreto y a partir de esa o esas justificaciones atacar la sentencia por la vía disponible de los recursos abiertos, así como enviar mensajes claros de que deberá interpretarse o entenderse en la aplicación de una norma concreta o como serán aplicadas esas normas a un hecho específico.

Beneficiar a la sociedad, pues, a partir de la motivación de las sentencias, está en condiciones de diagnosticar y predecir los resultados de los debates llevados ante los tribunales y, de alguna manera, poder evaluar la eficacia legislativa a partir del desempeño judicial;

Posibilitar el control judicial en relación a los méritos de las sentencias emanadas de los tribunales jerárquicamente inferiores para llegar a una decisión en concreto. Con la argumentación de los jueces, como manifestación racional, se pueden calibrar los méritos de la sentencia y de los recursos interpuestos por las partes⁶ contra las mismas; y

Beneficiar al mismo juez, quien podrá montar y desmontar sus argumentos para juzgarlos.

Principios y axiomas lógicos.

Desde la perspectiva de la argumentación jurídica, es recomendable enfocar los principios lógicos como punto de partida del conocimiento. Cuando se alude formalmente a los principios, se hace referencia a los objetos o cosas, es decir, a lo estrictamente ontológico⁷, para que estos principios fueran lógicos tendrían que hacer referencia a los juicios o enunciados. Se refiere entonces a los juicios analíticos (el predicado es inherente al sujeto). La lógica tradicional siempre postula no solo un plano ontológico sino también un plano lógico que se refiere a las formas lógicas (conceptos, juicios y razonamientos).

Aunque los principios no conlleven necesariamente al conocimiento mismo, proporcionan una plataforma para la dilucidación de los desacuerdos, de los debates, en fin para la definición de los litigios, situaciones estas que dan lugar a los argumentos que, a

6 Cabe señalar que las decisiones emanadas de los jueces de jurisdicción original son proyectos de sentencias revisadas por el Tribunal Superior de Tierras. La nueva ley la reconoce como verdaderas sentencias.

7 La ontología estudia los objetos o cosas.

su vez, requieren no sólo de la existencia de un lenguaje común sino también de reglas comunes. Los principios que interesan a la lógica son los que se refieren a la verdad y el conocimiento. En fin, sin los principios lógicos es imposible pensar con orden, con sentido y con rigor lógico. Al ser evidentes no necesitan ser demostrados.

La función del lenguaje dentro de la argumentación necesita de esas verdades aceptadas como verdaderas leyes del pensamiento que son los axiomas los cuales ayudarán a crear la plataforma para el establecimiento de verdades consensuadas entre los argumentantes.

Principio de identidad.

Cuando se plantean constitucionalmente los preceptos igualitarios o cuando simplemente forman parte de los modelos organizacionales de los estados, se definen los criterios o puntos de vista desde los cuales se enfocará la identidad que Aristóteles formuló como “A es A”, que se lee “lo que es, es” expresando la coherencia de un pensamiento consigo mismo, de una cosa consigo misma, o de dos cosas diferentes bajo algunos de sus aspectos coincidentes, estableciéndose así que se aplica a diferentes situaciones. Hay que insistir que sólo se podrá concebir como principio lógico cuando se le aplique a los pensamientos.

Así el principio de identidad tendría que decir: “Todo enunciado es igual a si mismo.” Se refiere entonces a los juicios analíticos (el predicado es inherente al sujeto).

La identidad puede plantear una tautología que sólo sobrepasaría lo inútil e ineficaz por la repetición pura y simple de los términos si en el primer concepto se hace referencia a un hecho mientras que en el segundo concepto se hace referencia a un valor; es decir, se refiere a los conceptos sujeto y predicado.

Es conveniente que este principio sea tomado relativamente, que el predicado exprese caracteres propios del sujeto: “La constitución es la ley suprema”. Lo que equivale a decir que las peculiaridades de la ley suprema se encuentran en su mayoría en la constitución.⁸ La ley de identidad aporta la legitimidad de las sustituciones que ofrecen una relación entre el concepto y las notas que lo constituyen, importa la legitimidad de las sustituciones como medio para la prueba, porque hay una equivalencia entre un concepto y los caracteres que lo constituyen”.⁹ Afirmar que una proposición obvia se implica a sí misma. La identificación dialéctica es concreta, objetiva, relativa y transitoria, pues, representa el proceso en un momento de existencia bajo una forma que esta arribando a existir en otra forma diferente, por tanto, la identidad siempre contiene en su seno el cambio y la diversificación.

⁸ No existe la homogeneidad ni la heterogeneidad absoluta por esto hablamos de la mayoría de sus notas semejantes.
⁹ FINGERMAN, Gregorio. Lógica y teoría del conocimiento. Buenos Aires: El Ateneo. 1982. P26

Si abstraemos los conceptos se encuentra que todos ellos se producen a partir del concepto ser; en un sentido lato y desde esta perspectiva todos pueden ser apreciados como conceptos idénticos. Un concepto mantiene su identidad toda vez que no se altere su contenido, sea en su extensión (aplicabilidad) o en su intensión (contenido ideológico), evita confusiones en los razonamientos y es útil para afianzar las relaciones entre las diversas consideraciones de un concepto.

En más de una ocasión, la toma de decisión o la finalización de un desacuerdo se obstaculiza por la ambigüedad y la homonimia. Entre estos problemas relativos al concepto o a los juicios se encuentran las ambigüedades de léxico, en las que el concepto o término es utilizado en sentidos diferentes por el proponente y el oponente en el curso del debate; también el juez en un mismo acto jurisdiccional usa en diversos sentidos un mismo concepto. La ambigüedad referencial se produce no obstante el término tener un significado preciso el mismo es extensible a diferentes realidades u objetos; o por la ambigüedad sintáctica que se produce por las diferentes formas de entenderse el juicio a partir del uso de los signos de puntuación, de la construcción misma de la oración.

El sustento lógico del principio de identidad en la argumentación como expresión del razonamiento es una herramienta necesaria. “La identidad es, pues, una ley de nuestro pensamiento. La búsqueda de la identidad es una exigencia de ese pensamiento. Cuando decimos que todo es espíritu o que todo es materia, lo que hacemos es reducir la realidad a lo que consideramos que en ella, a pesar de su variedad, es siempre idéntico: la materia, el espíritu, y podemos concluir que: o hay identidad, o no es posible pensar”.¹⁰

Principio de contradicción.

Aristóteles calificó el principio de contradicción como el más cierto de los principios ya que todos los demás principios se relacionan íntimamente con él y ofrece un rico abanico de posibilidades para toda argumentación. Se enuncia mediante la proposición “A es A y A no es A”, relaciona dos juicios contradictorios. Es imposible que ambos juicios sean verdaderos a menos que sean juicios particulares (algunas S son P o algunas S no es P). Una cosa no es dos cosas. No puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido, de ahí que todo juicio contradictorio sea falso y que dos juicios contradictorios entre sí no pueden ser verdaderos los dos. La Proposición Aristotélica, posteriormente modificada por Leibniz y Kant, se enuncia: “A no es (noA)” donde se relacionan sujeto y predicado, ensanchando la cobertura de tal principio y haciéndolo aplicable a las formas elementales del pensamiento. Esta nueva fórmula sintetiza que todo lo que no es igual a sí mismo es diferente.

¹⁰ Ibid. P.40

Otra manera de expresarlo “Es imposible que A sea B y no sea B.” Una cosa no puede ser dos cosas a la vez. El objeto puede ser algo en un momento y no ser ese algo después, pero no al mismo tiempo. Ejemplo: La niñez al pasar da lugar a la adolescencia.

El Principio de Contradicción evita confusiones entre el proceso objeto de investigación y los procesos existentes lo mismo entre sus conceptos respectivos. En fin, establece que los juicios contradictorios y los conceptos opuestos son formalmente incompatibles. La contradicción dialéctica se manifiesta cada vez que un mismo proceso puede mostrar simultáneamente dos propiedades contradictorias, no obstante ese juicio que contiene ese hecho puede ser válido y en su forma ser incompatible.

La regla de no contradicción entre normas está dentro del ámbito del principio de contradicción, formando parte de las llamadas reglas fundamentales que desarrolla Robert Alexy cuando plantea cuáles reglas y qué forma deben tener las mismas en el discurso práctico racional que es un tipo de diálogo. Incluye la imposibilidad de contradicciones en el discurso, la afirmación basada en la creencia, el principio de universalidad y la prohibición de ambigüedades.

En relación a los juicios sintéticos ¹¹el principio de contradicción establece: “Dos juicios sintéticos no pueden ser verdaderos los dos”. De lo que se desprenden dos posibilidades. Una que plantea que dos juicios sintéticos pueden ser falsos los dos, y otra que establece que uno de los dos juicios sintéticos puede ser falso y el otro verdadero. La lógica por la forma de estos juicios nos informa que ambos no pueden ser verdaderos simultáneamente pero es el derecho que establece la verdad o falsedad en su contenido.

Principio de tercero excluido.

La argumentación se produce en el área de los debates o de la deliberación del juez, por lo que una de las pretensiones, en principio, será favorecida en unos tales o cuales aspectos y la contraria necesariamente será desfavorecida, obviamente se habla de límites de una escala.

Este principio rige el silogismo disyuntivo, establece que dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos, por lo tanto, al demostrarse la falsedad de un juicio queda establecida formalmente la verdad del otro. No existe una tercera posición, no existe término medio. Igualmente se aplica a dos propiedades contradictorias como a dos conceptos opuestos.

Se enuncia mediante la proposición: “X es necesariamente y o no y”. Es decir, “Todo tiene que ser o no ser.” “A es B” o “A no es B.” La utilidad de este principio radica en la oportunidad de decidir entre disyuntivas, en este caso bien definidas luego de la com-

¹¹ Los juicios sintéticos son aquellos en que el predicado no está implicado en el sujeto.

probación, pero no establece cual de estos dos juicios es el verdadero y cual es el falso. Cuando los dos juicios son contradictorios, la lógica no puede establecer, ya que sólo estudia formas, independientemente de todo contenido, cuál de ellos es el verdadero y cuál es el falso. Sólo puede aplicarse cuando el proceso este ubicado dentro del ámbito de la pareja antitética de propiedades o de clases en cuestión.

Principio de razón suficiente.

Este principio fue planteado por el racionalista Wilhelm Leibniz como el principio fundamental de todo conocimiento: “Todo lo que es tiene una razón de ser”, en su enunciado afirmativo, y “Nada hay sin una razón suficiente”, en su enunciado negativo. Los conocimientos suelen ser el resultado de otros conocimientos ya existentes que han sido incorporados al saber como esencia misma que son, aunque hay casos como el de los axiomas matemáticos basados en la razón suficiente de nuestra creencia. El principio de razón suficiente señala la realidad como un sistema solidario de partes.

Entre las nociones del principio de razón suficiente se encuentran: “Se considera la razón como a la substancia misma, o a su definición, ya que la razón de ser de una cosa es su esencia necesaria o su substancia expresada en la definición. Lo que explica y justifica el ser o la existencia de una cosa.”¹² Este principio plantea que todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique, es decir, las cosas no son lo que son “porque si”, todo obedece a una razón.

Al igual que la noción planteada por Leibniz: “Es uno de los dos principios que rigen el pensamiento; el otro es el principio de contradicción”. Mientras que el principio de contradicción es el fundamento de todas las verdades necesarias, el de razón suficiente es el fundamento de todas las verdades contingentes y factuales.

De este principio, Arturo Schopenhauer hace la distinción del Principio de Causalidad “Todo lo que es o acontece tiene una causa” se refiere al por qué se produce el efecto, suele confundirse con la condición que no es más que aquello sin lo cual no se produce. Una suerte de requisito.

Se critican los principios cuando se dice: “la lógica tradicional parte de un modelo de conocimiento ideal muy simple, donde la verdad está configurada como algo libre de contradicciones, de alteraciones y nuevas determinaciones que enriquecen paulatinamente el conocimiento. En cambio, para la lógica moderna, lo contradictorio, las nuevas determinaciones que no nos llevan necesariamente a plantear rígidas disyuntivas como el principio de tercero excluido (“o es A o es B”), son elementos inherentes al conocimiento. Lo que sucede es que la filosofía tradicional suponía una verdad perenne e inmutable;

¹² ESCURRIDA, Híjar; CHÁVEZ, Calderón. Diccionario filosófico. México: Limusa. 1994.

sin embargo, actualmente ya no es posible admitir la existencia de “verdades eternas”, sino verdades imperfectas, con elementos acaso contradictorios, pero susceptibles de ser añadidos a través del incesante desarrollo de la ciencia.”¹³

Las formas elementales del pensamiento.

La lógica formal investiga el concepto, el juicio y el razonamiento. Estas formas elementales permiten el conocimiento. El concepto consiste en recoger con la mente; el juicio consiste en una conexión enunciativa de conceptos; y por último, el razonamiento consiste en la secuencia ordenada y coherente expresada en una estructura de pensamiento.

El concepto.

El concepto es la forma más elemental del razonamiento, definido como la simple aprehensión que se tiene de algo. Dentro de una ciencia constituye el elemento central del sistema de cada ciencia.

Las propiedades lógicas del concepto son la extensión y la comprensión. La primera corresponde a todos los seres de una misma categoría la cual abarca (aplicabilidad). No es un asunto aritmético. Los conceptos “silla” y “silla de madera” tienen diferente extensión o denotación, obviamente, el primer concepto tiene más extensión que el segundo y además lo incluye. “Silla de madera” es un solo y único concepto que excluye las sillas hechas de otros materiales, mientras, que el concepto silla abarca a todas las sillas incluyendo las de madera. La segunda, es decir, la comprensión o aspecto cualitativo también denominada intención o connotación, indica el contenido ideológico, lo cual es relativo a las notas esenciales y accidentales del concepto.

Los conceptos se forman de reducciones sensoriales que se detienen en la esencia misma, manteniendo una extensión y una comprensión, que se presentan en una relación de proporcionalidad inversa. La extensión dada por la aplicabilidad y la comprensión dada por su contenido ideológico.

Según su extensión los conceptos son subordinantes cuando tienen más aplicabilidad que otros; subordinados cuando tienen una extensión menor que el concepto subordinantes; y coordinados cuando gozan del mismo nivel de aplicabilidad, sea del subordinante o del subordinado. Los coordinados tienen una misma nota común y se distinguen por la diferencia específica.

¹³ ESCOBAR, Gustavo. Lógica, nociones y aplicaciones. México: Mc Graw Hill. P63

La clasificación según la comprensión señala los conceptos simples como aquellos relativos a una sola característica, el ser, el ente, o la cosa, tiene como característica el tener o poder ser. Los conceptos complejos son reuniones de conceptos arbitrarios en que un concepto se forma a partir de otros conceptos. Por ejemplo, "Eso cuentan son del renombrado escritor." Los conceptos abstractos y concretos se refieren a que pueden o no ser pensados con independencia al ser. En realidad todos los conceptos son abstractos aunque se refieren a objetos concretos. De acuerdo a ésta clasificación mientras el concepto valor es abstracto el concepto valioso es concreto.

Además, está la clasificación según su perfección en claros, oscuros y distintos. Son claros aquellos conceptos que se distinguen con precisión, mientras que en los oscuros se imposibilita la distinción adecuada de aquellos conceptos que le son similares, y por último, los conceptos distintos en que se establecen los límites, características básicas que llevan a un conocimiento exhaustivo.

Los Predicables y las categorías.

Los predicables son conceptos especializados atribuidos a un sujeto de conformidad con su género, especie, diferencia específica, lo propio y lo accidental, mientras que, las categorías atañen a la cosa en sí misma, son conceptos de máxima extensión que son aplicables a todas las cosas.

Hoy por hoy se entiende el término categoría como "un concepto genérico y funcional" que nos sirve para interpretar y explicar porciones de realidad. Podemos decir que todas las ciencias y disciplinas cuentan con un acervo de categorías o conceptos indispensables." Aristóteles organizaba en dos grupos: una categoría de sustancia (lo que existe por sí mismo) y otra de accidente (lo que es sustentado en otro). El accidente reúne nueve formas: cantidad, cualidad, relación, espacio, tiempo, acción, pasión. Posición, hábito. Kant las resume en cuatro bloques las doce categorías que asume: cantidad, cualidad, relación y modalidad.

El Derecho tiene sus propias categorías. El derecho tradicionalmente tenía las categorías de derecho público y de derecho privado que fueron válidas hasta que en el ordenamiento jurídico aparecieron categorías poco diferenciadas como la del derecho laboral en la cual la relación privada suscrita entre empleado y empleador es dirigida sustancialmente por la norma pública.

14 ESCOBAR, Gustavo. Lógica, nociones y aplicaciones. México: Mc Graw Hill. 1999, p 101.

La definición correlato del concepto.

Una vez establecido el concepto, es conveniente delimitar su alcance para concebirlo y distinguirlo de las otras cosas, es decir, definirlos. Aristóteles señala que la respuesta a la pregunta ¿Qué es esto? se responde con la definición.

Es la actividad judicial la definición como operación conceptualizadora es de vital importancia, el definiendum corresponde al objeto o cosa que se va a definir, mientras el definiens es lo que se expresa en el definiendum.

Hay diversos tipos de definición, entre ellos se encuentra: La definición por género próximo y diferencia específica (el concepto subordinante próximo y la característica que lo distingue de los conceptos coordinados), la definición nominal (etimológica), la definición genética (a partir del origen), la definición real (cambia con el desarrollo de la ciencia), la definición accidental (no incluye notas esenciales por eso no es una verdadera definición pero contribuye individualizando al objeto), la definición ostensiva o demostrativa aclara los objetos con ademanes que lo determinan.

Las reglas que rigen la definición ordenan claridad, exclusividad, precisión, afirmación y brevedad.

Los juicios.

El juicio es la segunda forma elemental del pensamiento. De acuerdo a Aristóteles, el juicio se define como: discurso mediante el cual se afirma o niega algo de algo. La proposición, exteriorización del juicio, goza de una estructura, es decir, cuenta con un concepto sujeto y cuenta con un concepto predicado. Es característico de los juicios el ser verdaderos o falsos. Mientras que el concepto tiene un carácter representativo, el juicio tiene un carácter enunciativo.

Además, mientras el concepto se expresa con términos o palabras, el juicio se expresa mediante enunciados o proposiciones. “las palabras, en si mismas, no constituyen lo que la lógica llama juicios, por la sencilla razón de que las palabras no son pensamientos, sino signos con que se traduce un pensamiento (en este caso una forma de pensamiento llamado juicio).” De ahí, “las s son P afirmativas, o “las S no son P ” negativas.

Siguiendo a Kant, existen cuatro categorías referentes a los juicios: cualidad, cantidad, relación y modalidad.

15 Dentro de la estructura del juicio, sujeto y predicado, hay que resaltar la cópula cuya función no es solo enlazar sino también la que señala lo positivo o negativo del juicio. En lógica el verbo a usar es “es”.

16 Escobar, Ob. Cit. P.II 19

En relación a la cualidad ya vimos los afirmativos y negativos. Incluye Kant los juicios infinitos bajo la forma de “S es no P”, es un juicio afirmativo con una negación que afecta solo al predicado.

En cuanto a la cantidad los juicios universales se manifiestan como: “Todo S es P” o “Ningún S es P”; los particulares como: “Algunos S son P” o “Algunos S no son P” y lo singulares que se refieren a individualidades “La S es P” y “Las S son P.” Según la relación

En cuanto a la categoría de relación: son juicios categóricos los que presentan la relación “S” y “P” de manera absoluta e incondicional; son disyuntivos cuando para “S” hay que escoger un “P” de entre varios predicados excluyentes mutuamente, y por último son Hipotéticos cuando la relación de “S” y “P” es condicional. En cuanto al juicio modal se les dedicará algo más de atención a pesar de no ser una categoría lógica sino ontológica.

Los juicios modales.

La clasificación modal de los juicios en: problemáticos, asertorios y apodícticos aportan al razonamiento deductivo una vía para entender mejor el aspecto de las premisas y la conclusión. Los juicios problemáticos son aquellos expresan la relación sujeto predicado como meramente posibles. El juicio asertorio es aquel en que dicha relación es concebida como real. El juicio apodíctico expresa la relación entre sujeto y predicado como necesaria o como imposible.

Esta clasificación hace referencia al valor real del juicio por lo que parece apropiado señalar las dos reglas escolásticas que si bien no son reglas lógicas sino ontológicas exponen la gradación de la modalidad:

1ro De lo necesario a lo real y de lo real a lo posible vale implicación pero no viceversa. Y la

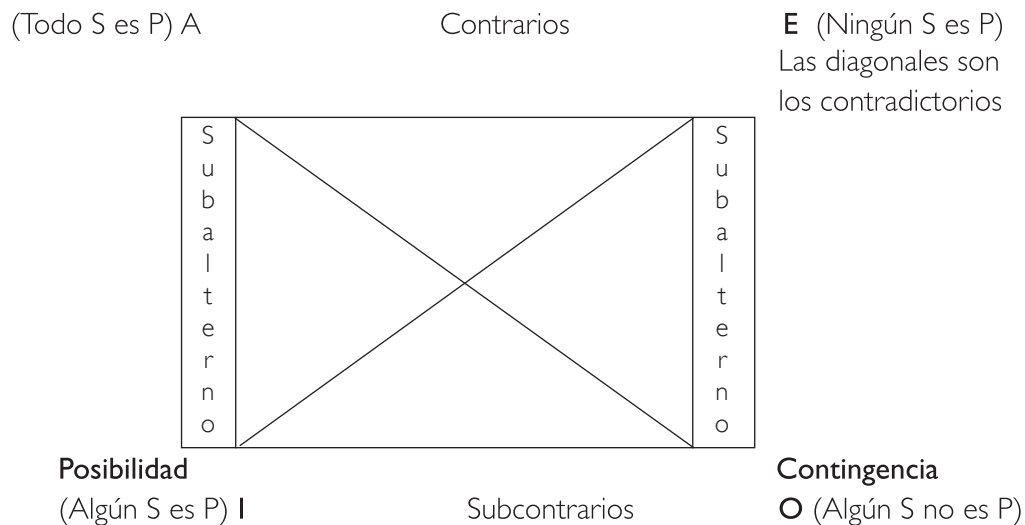
2da De lo imposible a lo no real y de lo no real a lo no necesario vale implicación pero no viceversa.

El modo superior implica el modo inferior; por lo que, la necesidad es superior a la realidad y a la posibilidad, siendo la posibilidad el grado ínfimo.

Los escolásticos estudiaron las cuatro formas típicas de proposiciones y la identificaron con las vocales: A, E, I, O. A Juicio Universal Afirmativa. E Juicio Universal Negativo. I Juicio Particular Afirmativo. O Juicio Particular Negativo.

Cuadro de Oposición de proposiciones modales y especiales.

Con el cuadro de oposición se relacionan y/o confrontan los juicios entre sí para obtener otros tipos de juicios, además el cuadro permite la explicación de las inferencias inmediatas y su valor de verdad.



En otras palabras éste cuadro es una herramienta que permite: tanto visualizar la manera en que pueden variar de cantidad y cualidad de las proposiciones, así como evaluar aspectos relativos a la verdad correlacionada con la oposición a partir de: la necesidad, la contingencia o la imposibilidad que tengan como materia las proposiciones.

Muestra gráficamente como se puede aplicándolo encontrar el contrario, el subcontrario, el contradictorio y el subalterno o subalterno de los juicios, además, siempre a partir del cuadro, distinguir visualmente los juicios verdaderos de los falsos a partir de su modalidad.

Este cuadro se aplica a los juicios universales y particulares, obviamente los juicios singulares no están incluidos en él por estos no tener cantidad, un juicio es contrario de otro cuando se mantiene la cantidad y cambia la cualidad, los subcontrarios cambian la cualidad pero no la cantidad. siguen siendo juicios particulares. El subalterno de un juicio universal afirmativo o negativo se encuentra cambiándole sólo la cantidad; el subalterno será universal y el subalterno particular. El contradictorio de un juicio se forma cambiando la cantidad y la cualidad del mismo.

Al aplicarse las reglas que rigen a los juicios opuestos y subalternos por razón de su verdad o falsedad, se determina que en las proposiciones contrarias se encuentra que

ambas proposiciones no pueden ser verdaderas a la vez, pero ambas proposiciones sí pueden ser falsas a la vez. Es verdadera “todos los dominicanos son isleños.” Es falsa “ningún dominicano es isleño.” Ejemplo de ambas falsas “todas las películas son interesantes.” “Ninguna película es interesante.”

En las proposiciones contradictorias, ambas no pueden ser verdaderas a la vez, pero tampoco ambas proposiciones pueden ser falsas a la vez. Esto es, si una es verdadera, la otra es falsa, y si la otra es verdadera, la una es falsa. Aquí se ve, comparando las proposiciones contrarias y las contradictorias, que la relación de contradicción es una oposición más fuerte que la relación de contrariedad. Un ejemplo típico “ningún ave tiene sangre fría” y “algunas aves tienen sangre fría.” La primera es verdadera y la segunda falsa.

En las proposiciones subcontrarias, ambas pueden ser verdaderas a la vez, pero ambas proposiciones no pueden ser falsas a la vez. En las proposiciones subalternas, si la universal es verdadera, es necesariamente verdadera la particular; si la universal es falsa, queda indeterminada la particular; si la particular es verdadera, queda indeterminada la universal y, si la particular es falsa, la universal es necesariamente falsa. “Negar una proposición universal la convierte en una proposición particular; y negar una proposición particular es hacerla universal”.¹⁷

Al decir que los juicios subcontrarios no pueden ser falsos ambos, pero si podrían ser verdaderos ambos se puede señalar como ejemplo del primer caso: “algún atleta es veloz.” (Verdadero), Y “algún atleta no es veloz.” (Falso). Como ejemplo de ambos verdaderos se puede señalar: “algunos días llueve” y “algunos días no llueve.”

En las proposiciones subalternas se determina que ambos pueden ser verdaderos y también ambos falsos. Obviamente de la verdad de los juicios universales se infiere la verdad de los particulares, pero no viceversa, y de la falsedad de los particulares se infiere la falsedad de los universales, pero no viceversa. Ejemplo de esto son: “Todos los hombres son racionales.” Verdadero. “Algunos hombres son racionales.” Verdadero. Como ejemplo de juicios subalternos falsos se puede señalar: “Algunos animales no son sensitivos.” “ningún animal es sensitivo.”

Algunos juicios versan sobre materia necesaria, imposible y contingente. Cuando los juicios contradictorios versan sobre materia necesaria será verdadero el juicio afirmativo y falso el negativo; si versan sobre materia imposible, será verdadero el negativo y falso el afirmativo; si versa sobre materia contingente sólo serán verdaderos los particulares y falso los universales. Señalar “algunos días llueve” y “algunos días no llueve.”

Si los juicios contrarios versan sobre materia necesaria, será verdadero el juicio afirmativo y falso el negativo; si versan sobre materia imposible, será verdadero el negativo y falso el afirmativo; y si versan sobre materia contingente, serán ambos falsos.

17 MARTÍNEZ, Rosa. Introducción a la lógica formal. San Juan: Universidad Interamericana de Puerto Rico. p. 62.

Si los juicios subcontrarios versan sobre materia necesaria, será verdadero el juicio afirmativo y falso el negativo; si versan sobre materia imposible, será verdadero el negativo y falso el afirmativo, y si versan sobre materia contingente serán ambos verdaderos.

Si los juicios subalternos versan sobre materia necesaria, serán ambos verdaderos; si son afirmativos, y ambos falsos, si son negativos; si versan sobre materia imposible, serán ambos verdaderos, si son negativos, y ambos falsos, si son afirmativos; y si versan sobre materia contingente, el juicio subalternado será verdadero, y el subalternante falso.

Razonamiento deductivo.

La forma más compleja y perfecta de razonamiento es el razonamiento conceptual que se produce cuando de uno o varios juicios se deriva otro juicio, esta forma se designa con el nombre de Inferencia, de razonamiento deductivo.

El razonamiento deductivo debe cumplir con dos aspectos preponderantes: a) que entre las premisas y la conclusión exista una relación de necesidad consensuada, es decir, ni premisas materialmente verdaderas, ni axiomas, ni teoremas, ni una suerte de asentimiento universal. Basta con que los argumentantes acepten como verdaderas las proposiciones. Una premisa deriva de otra cuando su verdad queda afirmada en virtud de la verdad comprobada de los juicios que le dieron origen, es decir, la verdad de la conclusión depende de la verdad de por lo menos una premisa; y b) que el alcance de las premisas no sea sobrepasado en la conclusión. Estas reglas se relacionan con las de los términos que indica que la extensión de los términos en las premisas debe mantenerse en la conclusión.

A partir de la ley transitiva. " $A=B$; $B=C$ por lo tanto $A=C$ " Aristóteles crea la teoría de la subsunción debido a que en la argumentación se necesita más de un elemento se necesitan tres¹⁸



El razonamiento es una relación entre juicios, en que el juicio llamado "conclusión" deriva de otro u otros juicios llamados "premisas" enlazados por un concepto vinculante llamado "concepto derivativo" sin el cual es imposible el razonamiento.

¹⁸ En la ley transitiva hay un solo término por tratarse de igualdades, " A ", " B " y " C " es un mismo término.

El razonamiento es algo más que un simple enlace de juicios, pues es necesario que de estos resulte un nuevo juicio. Como proceso, comienza con la exposición de las premisas que luego darán lugar a la conclusión, estableciéndose lazos de verdad entre las premisas y la conclusión. Pero la novedad del pensamiento resultante es relativa, ya que en la conclusión sólo pueden aparecer los elementos usados en las premisas. Y, en ocasiones, una conclusión podría ser la premisa mayor de otro silogismo.

Las Conclusiones pueden presentarse como inferencias Inmediatas e Inferencias Mediatas. Las primeras, es decir, la inferencia inmediata se produce cuando un juicio lleva necesariamente a otro. $A=B$ y $B=A$; a diferencia de la inferencia inmediata la inferencia mediatas se produce cuando de dos o más juicios se obtiene forzosamente un tercero.

Las formas fundamentales de las inferencias inmediatas son: por Subalternación, por Equivalencia o Equipolencia, por Oposición, por Conversión y por Contraposición.

Por subalternación: estas conclusiones resultan de un juicio universal del que inferimos otro particular, quedando invariable la cualidad. Si el subalternante es afirmativo obviamente el subalterno es también afirmativo. Esta inferencia está sometida a dos reglas: 1° De la verdad del juicio subalternante (juicio universal) se puede inferir la verdad del subalterno (juicio particular), pero no viceversa. 2° De la falsedad del juicio subalterno (juicio particular), se infiere la falsedad del subalternante (juicio universal), pero de la falsedad del subalternante no se concluye la falsedad del subalterno. El juicio subalterno por ser particular puede ser verdadero pero necesariamente no lo será el subalternante.

Por Equipolencia o Equivalencia Formal: estas conclusiones tienen lugar cuando un juicio dado, y sin variar la posición de sus miembros, se deduce otro juicio que solo es diferente del anterior en cuanto a la forma. Rige el principio de que dos negaciones afirman.

Por Oposición: estas conclusiones tienen lugar, cuando juicios que tienen el mismo sujeto y el mismo predicado difieren, ya sea en cualidad, ya sea en cualidad y cantidad a la vez. Estas conclusiones se dividen en: contrarias, subcontrarias y contradictorias.

1° Las conclusiones contrarias se producen cuando ambos sujetos son opuestos universales, pero uno es afirmativo y el otro es negativo. Ambos juicios no pueden ser verdaderos a la vez, pero, sí falsos al mismo tiempo.

2° Las conclusiones subcontrarias se producen cuando ambos juicios son particulares, uno afirmativo y otro negativo. Los dos pueden ser verdaderos pero no falsos. Ambos juicios no guardan dependencia pues, de la verdad de uno no se concluye la verdad del otro.

3° Las conclusiones contradictorias son aquellas en que los juicios difieren tanto en cantidad como en calidad si uno es universal negativo el otro es particular afirmativo. Ambas pueden ser falsas.

19 Ver lo referente al cuadro de oposición.

Las formas legítimas de inferencia son dos el Modus Ponens y el modus Tollens. Su formula²⁰:

Si p entonces q

p

q

En la premisa mayor se expone la hipótesis o condición y en la premisa menor se afirma o se pone el antecedente de la hipótesis, en consecuencia, en la conclusión se pone el consiguiente de la mayor. Esta conclusión goza de una certeza total, de la verdad de la condición se concluye la verdad de lo condicionado. Sin embargo, también en este modo pueden obtenerse conclusiones probables, pero aún así hay una conexión de necesidad entre las premisas y la conclusión.

El modus tollens viene de tolere que significa negar. Su forma es:

Si P entonces q

No q

No P

No se produce el consiguiente por lo que se sabe que tampoco se produce el antecedente.

Los Silogismos considerados la forma más perfecta de los razonamientos deductivos, pueden ser: categóricos, hipotéticos y disyuntivos, atendiendo a que su premisa mayor corresponda a uno de estos juicios. Cada uno de ellos está asociado a los principios lógicos de la siguiente manera: el principio de identidad y de contradicción se enuncia de manera incondicional o absoluta, es decir, corresponde a los silogismos categóricos; el principio de razón suficiente, en cambio, es enunciado bajo la forma de condicionalidad, es decir, corresponde a los silogismos hipotéticos, y por último, el principio del tercero excluido, que se enuncia bajo forma alternativa y corresponde a los silogismos disyuntivos.

20 Se entiende oportuno revisar algunos aspectos elementales de lógica proposicional. La lógica simbólica permite la representación de los argumentos para desarrollar y explicar las demostraciones a través de los llamados modelos formales. Suele decirse que sus características fundamentales son la sencillez, la claridad y la exactitud. Si bien sus términos son convencionales mantienen dentro de un sistema un mismo significado y se representan por letras minúsculas. La proposición simple o atómica carece de todo enlace o conectiva, mientras la proposición molecular se compone de por lo menos dos proposiciones atómicas, esto claro, por medio de las conectivas.

Existen cuatro conectivas. La conjunción (^) como conectiva se aplica sólo a enunciados no a conceptos. Es un ejemplo de enlace de conceptos: "Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez son los padres de la patria." Mientras que: "El rey Salomón fue un sabio y San Pedro un evangelista" es un ejemplo de enlace de enunciados. La conjunción se expresa con términos como: "y", "pero", "aunque", "además". Con un solo enunciado simple que sea falso, se hace falso el enunciado molecular. La disyunción (v), ya vista, se presenta entre dos enunciados y si uno de los enunciados simples es verdadero la proposición molecular es entonces verdadera. La disyunción exclusiva se representa (v) La conectiva condicional ($\supset$), también llamada implicación, es el único caso de enunciado falso encontrado cuando el antecedente es verdadero y el consecuente falso, todos los demás casos son verdaderos. El bicondicional ($\equiv$) se reconoce por las palabras "si y sólo si", es decir, que expresa una doble condicionalidad. Cuando ambos enunciados son verdaderos o ambos falsos el enunciado entero resulta verdadero. La negación ($\sim$) es un caso de conectiva diferente en que negar una proposición es indicarla como falsa. (si "S" es verdadera, " $\sim$ S" es falsa). Suele expresarse: "No es cierto que", "no es el caso que", "no ocurre que", "no sucede que", "es falso que", o simplemente, "no"

Silogismo categórico.

Es aquel en que las premisas son juicios categóricos, es decir, la relación del concepto sujeto y del concepto predicado se presenta como absoluta e incondicional. El silogismo categórico se fundamenta en la subsunción que se produce cuando la extensión del término menor(S) está contenida en un término de extensión media (M) y éste a su vez en un término que le es mayor (P).

Estos tres términos se colocan como concepto sujeto y como concepto predicado en las premisas y la conclusión, formándose cuatro figuras válidas, de las cuales, la primera es perfecta y la más usada, por hacer obvia la conclusión.

Premisa mayor	MP	PM	MP	PM
<u>Premisa menor</u>	<u>SM</u>	<u>SM</u>	<u>MS</u>	<u>MS</u>
Conclusión	SP	SP	SP	SP

Los silogismos son formalmente válidos cuando la conclusión se deriva de manera necesaria de las premisas, para ser calificados de esta manera, los silogismos tienen que cumplir con determinadas reglas.

Reglas relativa a los términos

3. El silogismo debe constar de tres términos.
4. El término medio no entra en la conclusión.
5. El término medio debe ser tomado por lo menos una vez en toda su extensión.
6. Ningún término debe tener mayor extensión en la conclusión que en las premisas.

Reglas relativas a las premisas:

- De dos premisas afirmativas la conclusión es afirmativa.
- De dos premisas negativas no se saca conclusión.
- De dos premisas particulares nada sigue.
- La conclusión siempre sigue la parte más débil.

Reglas relativas a cada figura:

- En la primera figura, la premisa mayor debe ser universal y la premisa menor debe ser afirmativa.
- En la segunda figura, la premisa mayor debe ser universal y una de las premisas negativa.

- En la tercera figura, la premisa menor es afirmativa y la conclusión siempre particular.
- En la cuarta figura, si la premisa mayor es afirmativa, la menor a de ser universal; *si la premisa menor es afirmativa, la conclusión ha de ser particular; y si una de las premisas es negativa, la premisa mayor ha de ser universal.*

Silogismos hipotéticos.

Se considera un silogismo hipotético cuando su premisa mayor es un juicio hipotético, o sea, afirma una relación bajo cierta condición. La premisa menor es categórica, afirma que la condición se cumple o no se cumple, y la conclusión afirma o niega la relación. Realmente se trata de un silogismo mixto. Su uso es conveniente para establecer relaciones de causa y efecto.

En este modo el orden no es trascendente, una premisa es una proposición y la otra es una implicación, la otra premisa contiene la condición, y se concluye con el resultado de la implicación.

Si es A entonces B
Es así A
Entonces es B

[no se puede inferir que si se produce
el resultado se realice la condición.]

Una premisa es una implicación y la otra premisa es la negación del resultado de esa implicación, o sea, se niega todo lo que está a la derecha de la flecha. La conclusión es la negación de la condición de la implicación, es decir, se niega todo lo que está a la izquierda de la flecha.

Si es A entonces B
Así no es B
entonces no es A

Existen dos modos de Silogismo Hipotético:

I- El modus ponens o constructivo: establece que la condición se cumple y la conclusión afirma. Suele plantearse:

Si p entonces q
Si q entonces r
Si p entonces r

En esta forma se siguen dos proposiciones condicionales, afirmativas y válidas, pero sometidas a la realización de los eventos.

De igual manera, éste modo puede iniciarse con un juicio condicional en la premisa mayor y un juicio categórico en la premisa menor:

Si a es b, c es d
a es b
c es d

2- El modus tollens o destructivo: establece que cuando la condición no se cumpla la conclusión es negativa. Puede presentarse:

a) Si p es q entonces r
No q
No r

b) Si a es b, c es d
a no es b
c no es d

Silogismo disyuntivo.

El silogismo disyuntivo se caracteriza por tener como premisa mayor una disyunción y por tener como premisa menor la negación de uno de los miembros de la premisa mayor. Cuando la disyunción es inclusiva puede darse una opción, puede darse la otra, o pueden darse ambas. Es probable que ambas sean verdaderas. Cuando la disyunción es exclusiva puede darse una o la otra, pero no ambas. Su estructura se representa como sigue:

a v b
-a
b

Otro caso del silogismo disyuntivo

a v b	-
- b	
a	-

En el silogismo disyuntivo el Modus ponendo tollens, o modo negar afirmando, presenta la premisa mayor con varios predicados y presenta la premisa menor afirmando uno de ellos, la conclusión excluye los demás.

a es b o c
a es b
a no es c

En el Modus tollendo Ponens, o modo afirmar negando, si se niega una de las alternativas, se debe afirmar la otra.

a es b o c
a no es b
a es c

El Dilema

Es un polisilogismo que tiene una proposición disyuntiva en la premisa mayor. Tiene uno de los extremos de la disyunción en la premisa menor, y su conclusión no cambia no obstante se elija uno u otro miembro de la disyunción en la premisa menor. Suele confundirse con el silogismo disyuntivo hipotético en el cual si se acepta un miembro queda negado el otro.

a o b
si es a entonces es c
si es b entonces es c
c o c

a es o b, o c.
si es b entonces es d
si es c entonces es d
a sea b, sea c, siempre es d

Las condiciones para el dilema son: a) que la premisa mayor presente miembros

lógicamente contradictorios en la disyunción, o que de ser contrarios se agoten todas y cada una de las posibilidades de la alternativa. b) las consecuencias extraídas de los supuestos sean legítimas.

Reducción al absurdo.

La reducción al absurdo es una modalidad del modus tollens mediante la cual se acepta una de las premisas y se niega la conclusión con la finalidad de demostrar que negar la conclusión es algo ridículo. "Se trata de un argumento que es utilizado a los efectos de excluir una determinada interpretación en atención a los resultados absurdos a los que ella deriva en el caso de ser aplicada."²¹

Si la hipótesis planteada lleva a una contradicción lógica, falsa, la hipótesis contradictoria será verdadera.

La pretensión es probar a P
Se niega p
Se asume -P
De ahí se deriva una implicación q
Se muestra q como falso, absurdo
Se concluye p

Atienza plantea que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, porque esencialmente el razonamiento jurídico esta encaminado a la acción, no basta una referencia normativa sino también una actitud de aceptación de esa norma. Refiriéndose a la norma "el razonamiento del científico social (dirigido a explicar la conducta del juez) es teórico, mientras que el del juez (dirigido a justificar su decisión y una de cuyas premisas consistía no en la constatación de la existencia de esa norma, sino en su aceptación) tiene carácter práctico."²²

Valoración del Silogismo.

Valorar un silogismo es apreciar la verdad o falsedad de la conclusión. Si ambas premisas son necesariamente²³ verdaderas, la conclusión también lo será. Cuando una de las premisas es materialmente verdadera y la otra materialmente falsa, entonces la conclusión puede ser verdadera o falsa, sin importar cual de las premisas sea la verdadera o cual sea la falsa. Cuando ambas premisas son falsas, entonces la conclusión necesariamente también lo será

21 ANDRUET, Armando. Teoría General de la Argumentación Forense. Buenos Aires: Alveroni. 2003. P.282

22 ATIENZA, Manuel. El Derecho Como Argumentación. Barcelona: Ariel. 2005. P.199

23 El criterio de necesidad lógica es un criterio de verdad que plantea: solo será cierto lo que está exento de contradicción, la proposición contraria es imposible porque la proposición es contradictoria en sí misma. Se considera lógicamente necesario aquello cuya negación violaría una ley de la lógica, pero solo se aplica a las ciencias formales, es decir, no se aplica a objetivos reales.

V	V	F	F
V	F	V	F
V	V o F	V o F	F

Si las premisas son válidas y la conclusión no lo es, hay un incumplimiento a las reglas del silogismo o cuando menos un argumento deductivo inválido.

El silogismo jurídico.

Se conoce como silogismo jurídico aquel descrito por Beccarias: la premisa mayor contiene la exposición de la norma, la premisa menor contiene el hecho regulado por la norma, y la conclusión es el resumen de las premisas que culmina con la absolución o con la condena.

López Villegas plantea a ese respecto: "Tratándose de mandato y no de simples enunciados, no podría predicarse de las premisas el que sean verdaderas o falsas. Para salvar la ortodoxia del silogismo se propone entonces que en la formulación de las premisas siempre se debe precisar la pertenencia a un orden normativo, para con respecto a él se pueda afirmar o negar su veracidad... La verificación de la verdad es una simple constatación de un hecho, el de si una norma existe o no dentro del derecho positivo de un país."²⁴

En el silogismo jurídico, se aplica la teoría de la subsunción formulada por Aristóteles,²⁵ pues, el hecho está subsumido en un concepto, y la situación del individuo queda planteada de acuerdo a los parámetros señalados por la ley para ese hecho, en ocasiones la subsunción se produce de un concepto en otro concepto.

Para que la subsunción sea tal debe plantear que el hecho de la premisa menor pertenezca a la tipología del hecho planteado en la premisa mayor.

El silogismo es solo un medio expositivo que no produce ningún conocimiento nuevo. Plantea Atienza: "el uso por un juez de la premisa normativa presupone por su parte la aceptación de que él debe decidir de acuerdo con las normas del sistema identificado según la regla de reconocimiento, lo que supone, en último término apelar a un criterio moral."²⁶

Termina diciendo: "La lógica no se centra en la actividad de argumentar, en el proceso de argumentación, sino en los argumentos, en el resultado de la actividad. Lo que la lógica ofrece son esquemas de argumentación, que cabe usar para controlar la corrección de nuestros argumentos. Pero la lógica no describe cómo, de hecho, la gente argumenta. Y ni siquiera está claro que permita una reconstrucción adecuada de nuestros argumentos."²⁷

²⁴ LÓPEZ, Eduardo. Derecho y Argumentación Jurídica. Colombia: Ecoediciones, 2001, P.152.

²⁵ La relación entre los tres términos del silogismo es una relación de dependencia, por medio del término medio. Los juicios de un silogismo no pueden elegirse arbitrariamente, por esto se dice: solo es posible la conclusión cuando es una relación necesaria la que existe entre ésta y las premisas.

²⁶ Atienza citado por Villegas, Op. cit. P.153.

²⁷ SOCORRO, Juan. La Lógica Jurídica. Exposición Modulo 3, 2006

La sentencia se considera racionalmente justificada si sigue el modo poniendo, “con ello se quiere resaltar que resulta frecuentísimo el que el juzgador se encuentre ante un problema que tiene su solución en una norma jurídica, cuyo presupuesto fáctico coincide con el acontecimiento sometido a examen. En este caso, afirmando (ponens) el consecuente, es decir, el efecto jurídico que las normas atribuye a ese supuesto de hecho.”²⁸

La sentencia se desarrolla por medio de entimemas que son silogismos abreviados, en él que una de las premisas queda sin expresarse, porque se presume. Es la variedad de silogismo no solo con los que pensamos sino también con los que se justifican las sentencias.

La lógica formal se ocupa esencialmente de lo estructural en el razonamiento, no aporta herramientas para acercarse al material con el que se elaboran los contenidos de las premisas que luego darán lugar a la conclusión, lo que equivale a decir que no reseña sobre los razonamientos previos a las premisas, lo más lejos es la consideración de los conceptos llamados elementos remotos del silogismo.²⁹

El razonamiento inductivo

Francis Bacon y Stuart Mill formulan las leyes y cánones que rigen el razonamiento inductivo. El Novum Organum es la negación del razonamiento deductivo. La inducción ofrece un avance en el conocimiento, pasa de la casualidad a la causalidad.

En el ámbito judicial la inducción que se aplica, es la inducción reconstructiva, mientras que desde el punto de vista de la argumentación es aplicable a la prueba judicial teniendo un amplio campo.

Se produce de manera opuesta al deductivo en que se opera el tránsito de lo particular a lo general, de lo conocido a lo desconocido, del fenómeno a la ley. La razón vital de la unidad y la armonía son el fundamento.

Francis Bacon estableció tres leyes que gobiernan la inducción: La ley de presencia establece que cuando se produce un fenómeno se produce otro; la ley de ausencia establece que cuando está ausente un agente se detiene la producción del fenómeno; Y por último la ley de variantes que señala la variación directamente proporcional entre el agente y el fenómeno.

Para hacer más viable los adelantos logrados por la inducción estas tres leyes se completan con los cánones de Stuart Mill. El método de la concordancia señala que cuando

28 Ahora bien, no se debe olvidar que la diferencia entre el proceso del pensar y los pensamientos resultado de ese proceso gravitan en el ámbito de la psicología.

29 Ahora bien, no se debe olvidar que la diferencia entre el proceso del pensar y los pensamientos resultado de ese proceso gravitan en el ámbito de la psicología.

hay una sola circunstancia común entre un grupo de fenómenos que se estudian esa circunstancia es la causa o el efecto del fenómeno. El canon del método de la diferencia plantea que si hay una sola circunstancia en la cual difieren, esta será la causa o el efecto. Es el canon del método de la diferencia.

De igual manera existe el método combinado de concordancia y diferencia que establece: si en un grupo de casos hay una sola circunstancia que le es común a todos, mientras que, en otros casos solo tienen en común la falta de una circunstancia en la cual los grupos de casos difieren esa es la causa o el efecto o una parte indispensable de la causa, o el efecto.

Así mismo, el canon del método del residuo plantea “Si se sustrae de cualquier fenómeno la parte que, según inducciones precedentes, constituye el efecto de ciertos antecedentes, resultará que el residuo del fenómeno es el efecto de los restantes antecedentes”.

En el razonamiento inductivo no hay premisas que concluyan de manera necesaria, la materia prima son dos afirmaciones individuales que no se sintetizan en una conclusión necesaria y que por demás lo que se hace es confrontar hipótesis y reseñar probabilidades.

Con la inducción se alcanzan conclusiones probables normalmente expresadas mediante argumentos analógicos que no tienen los atributos de no válidos o válidos, son obviamente diferentes a los razonamientos deductivos, no hay una relación de necesidad entre premisas y conclusión.

Las falacias del razonamiento inductivo.

La falacia³⁰ es el resultado de una violación cualquiera a las reglas lógicas que se caracteriza por una apariencia de validez que hace suponer la necesidad de la conclusión a partir de las premisas. “En un sentido más estricto una falacia es un proceso de pensamiento que aunque parece válido no se ajusta a las reglas de la lógica. En otras palabras una falacia es un razonamiento falso. Es un error en el razonamiento y no en el juicio, aunque puede conducirnos a un error de juicio. Cuando sacamos de unas premisas una conclusión que no fluye de ellas estamos cometiendo una falacia.”³¹

Es el tipo de error que se produce en el razonamiento o en la argumentación y que se pretende produzca adhesión en el interlocutor.

30 En el módulo IV se presentarán los razonamientos incorrectos

31 Lázaro, José, *El Pensar Lógico*. San Juan: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1ra edición 1965, reimpresión 1997. P249

- Generalización indebida

Este sofisma³² corresponde a la fallacia de accidente. Produce una generalización en que una cualidad de un individuo en particular o de un grupo de individuos se señala como una cualidad esencial de todos los individuos de esa categoría, es decir, se establece una conclusión general a partir de un conjunto de casos que no son representativos, son apenas una muestra..

- Post hoc, ergo proter hoc, o Falacia de no causa por causa. Se produce todas las veces que se explica un fenómeno a partir de una causa falsa. Unas veces se toma el antecedente o el concomitante como causa estableciendo lo que es primero como si fuese la causa. Otras veces se toma como causa de un hecho lo que lo ocasionó, es decir, se confunde ocasión y causa. Otras veces se toma como la causa la condición que no es más que aquello sin lo cual no se da la causa.

- Confundir una correlación por causa

Se produce esta falacia cuando en un número aceptado como suficiente de casos al observarse un suceso también se produce otro, aunque entre estos no haya una relación temporal. Una correlación no es más que un indicio acerca de una posible relación causal.

Veracidad objetiva del pensamiento.

Mientras la lógica formal abstrae el contenido del pensamiento para efectuar un estudio desde el punto de vista estructural sin importar la certeza del mismo. La lógica dialéctica estudia el pensamiento desde el punto de vista de la verdad.

No se debe confundir la validez del razonamiento con la verdad de las premisas, ni viceversa, la verdad es una propiedad de las proposiciones y la validez es una propiedad de los razonamientos.³³

La corrección formal es el vehículo que facilita el conocimiento veraz, es decir, un contenido objetivo independiente de la posible demostración.

Se puede colegir que en la lógica moderna las verdades se modifican, se aceptan como verdades imperfectas mientras que para la lógica tradicional lo verdadero es lo totalmente ajeno a la contradicción; los principios se aplican como formas de pensamiento ideal que, en el ámbito de la argumentación jurídica, aportan la coherencia necesaria en la motivación de las sentencias.

³² Se considera el sofisma el razonamiento errado que se produce con la intención de engañar; En la falacia no hay intención.

³³ SILVEIRA, Pablo. Cómo Ganar Discusiones. Buenos Aires: Taurus. 2004. P.115

Si bien el silogismo no otorga las condiciones de constatación de las premisas para decidir sobre la verdad de la misma, si aporta reglas para descubrir y distinguir las falacias y evitarlas. La lógica y en especial los modus son herramientas verdaderamente útiles para la argumentación jurídica por la que su estudio y uso permanecerán no obstante las nuevas teorías y corrientes del recién pasado siglo XX y aquellas que aparezcan en el porvenir.

Bibliografía Módulo III

ANDRUET, Armando S. **Teoría general de la argumentación Forense**. Cordoba: Alveroni. Ediciones. 2003.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel. 2005..

ATIANZA, Manuel; RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho**. Barcelona: Editorial Ariel. 1996.

Couture, Eduardo. **Los mandamientos del abogado**. Buenos: Ediciones Desalma. 1988.

DA SILVEIRA, Pablo. **Cómo ganar discusiones**. Buenos Aires: Editora Taurus. 2005.

DION MARTÍNEZ, Carlos. **curso de lógica**. México: Mc Graw Hill. 1990.

ECHAVE, Delia; URQUIJO, María; GUIBOURG, Ricardo. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2002.

FATONE, Vicente. **Lógica e introducción a la Filosofía**. Buenos Aires: Editorial Kapelusz 1969.

GARCIA, Carmen. **El Arte de la Lógica**. Madrid: Editorial Tecnos. 1993.

HÍJAR ESCURDIA; CALDERÓN CHÁVEZ, **Diccionario Filosófico**. México: Noriega Editores, 1994.

KLUG, Ulrich. **Lógica Jurídica**. Bogotá: Editorial Temis S. A. 1998.

LÓPEZ, Eduardo. **Derecho y Argumentación**. Bogotá: Eco Ediciones. 2001

MANS PUIGARNAU, Jaime. **Lógica para Juristas**. Barcelona: BOSCH Casa Editorial. 1978

MARMOR, Andrei. **Interpretación y Teoría del Derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial. 2000.

MORENO, Gloria, **Teoría del Derecho**. México: Mc Graw Hill: 2000.

PABÓN, Germán. **Lógica del Indicio en Materia Criminal**. Bogotá: Editorial Temis. 1995.

PERELMAN, Chaim. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1988.

SANTIAGO, Carlos. **Introducción al análisis del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel. 1999.

TRÍAS, José. **Teoría de adjudicación**. San Juan: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2000.

VOLTAIRE. **Diccionario Filosófico**. (Vol. I,II). Madrid: Ediciones Temas Hoy. 1995.

Sentencia de una Sucesión, con concepciones naturalista.

Módulo IV

Derecho y argumentación.

Coordinadores:

Juan Carlos Socorro y José A. Cruceta

Autor:

Martha Díaz

Objetivos específicos

- Proporcionar las herramientas básicas para la correcta aplicación de las clases y formas de argumentación

Módulo IV

Derecho y argumentación.

Introducción.....	97
La argumentación subsuntiva o clasificatoria.....	98
La argumentación o razonamiento finalista.....	99
La ponderación.....	100
Los argumentos.....	101
Falacias y argumentación judicial.....	106
Los paralogismos	107
Los sofismas.....	109
La composición de un argumento.....	111
Reconstrucción de argumentos.....	113
Argumentación y decisión judicial.....	117
Sentencias judiciales y problemáticas.....	118

Introducción

Tradicionalmente se ha considerado la argumentación como una cadena de proposiciones cuya finalidad es crear adhesión o rechazo sobre una pretensión. Cuando la función del lenguaje se hace insuficiente se desarrolla la función argumentativa. Cuando no existe una evidencia empírica, o cuando simplemente no se hace uso de la fuerza para lograr un cambio de conducta o para imponer una pretensión, es entonces que la argumentación se hace necesaria.

La elaboración de un concepto de argumentación ha sido calificada como una actividad compleja. Múltiples intentos desde diferentes ópticas se han realizado para lograr construir el concepto. Atienza señala: “lo que explica la pluralidad de concepciones en torno a la “argumentación “no es el pluralismo valorativo (como seguramente ocurre con “justicia” y con “positivismo jurídico”, sino el pluralismo contextual: no (o no tanto) que tengamos diversas concepciones sobre el valor de argumentar, sino que somos conscientes de que no se argumenta – no se puede argumentar- igual en todos los contextos.”³⁴

La argumentación jurídica proporciona al jurista, en general, y al Juzgador, en particular, extraordinarias ventajas. Una de ellas es que le permite, ante un problema concreto, la utilización consciente y recurrente de un “cuadro argumental” o modelo justificativo para fundar sus razonamientos, y con ello, al final, sus decisiones. Llamamos en este caso “cuadro argumental” a aquel conjunto integrado por las formas básicas del razonamiento justificativo de los jueces, y por las clases de argumentos jurídicos utilizados en la práctica por éstos.

34 ATIENZA, Manuel, *El Derecho Como Argumentación*, Barcelona: Ariel, 2005, P.72

Con frecuencia, los jueces decidimos racional y justificadamente sin ser conscientes de modo pleno de que utilizamos técnicas argumentativas que han sido descritas por los modernos autores de la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica”. En estos supuestos se tratará, en la mayoría de las ocasiones, de los llamados “casos fáciles”, en contraposición a los conocidos como “casos difíciles” (hard cases), en la terminología de Ronald Dworkin.

También se argumenta en los llamados “casos complejos”, como los que denomina el magistrado y profesor universitario argentino Mario Alberto Portela, que son, en síntesis, aquellos en los que el juez está sometido a una fuerte presión por parte del poder político o de la opinión pública sensibilizada ante un problema por los medios de comunicación social. Lo importante es reconocer que no sólo ante los primeros, sino, especialmente, ante estos últimos casos, el juzgador dispone de “armas argumentativas” para decidir, de modo que con ello colme con su tarea el nivel mínimo de razonamiento justificativo de sus decisiones que se le exige en una sociedad democrática. Por ello resulta muy satisfactorio para el juez el conocer y aplicar “conscientemente”, para resolver los conflictos que ante él se plantean, alguna de las formas o estructuras de justificación que describen los teóricos de la doctrina de la argumentación, y alguna de las clases o técnicas de argumentar que han sido construidas por éstos.

En este módulo se analizarán las formas de argumentar y las clases o tipos de argumentación, y su utilización en las decisiones judiciales, las clases de argumentos jurídicos, las falacias, sofismas y paralogismos, así como el uso de los argumentos en la sentencia.

Las formas de argumentación: estructuras básicas del razonamiento justificativo de los jueces:

Manuel Atienza en su obra “El Derecho como Argumentación” ha señalado la existencia de tres formas básicas de razonamiento justificativo de los jueces: la argumentación subsuntiva o clasificatoria, el razonamiento finalista, y la ponderación.

La argumentación subsuntiva o clasificatoria:

“La argumentación subsuntiva o clasificatoria tiene lugar cuando se trata de aplicar una regla de acción, esto es, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico), entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción”.³⁵

De acuerdo con el modelo subsuntivo de argumentar, una decisión judicial puede estar racionalmente justificada si responde a la estructura del argumento deductivo del

tipo modus ponens, es decir, según la regla que dice que, si se tiene una proposición de la forma “si p entonces q”, y otra de la forma “p”, de ahí se puede pasar a una nueva proposición: “q”, como ya fue visto en el módulo 3.

Con ello se quiere resaltar que resulta frecuentísimo el que el juzgador se encuentre ante un problema que tiene su solución en una norma jurídica, cuyo presupuesto fáctico coincide con el acontecimiento sometido a examen.

En ese caso, afirmando (ponendo) la realidad del antecedente, el presupuesto fáctico de la norma, se afirma (ponens) el consecuente, es decir, el efecto jurídico que la norma atribuye a ese supuesto de hecho.

Esta forma de razonamiento es el que es utilizado con mayor frecuencia por los jueces, y es fácil de detectar en los argumentos empleados por los abogados para convencer al juzgador de la verosimilitud de sus pretensiones. Se caracteriza por atribuir seguridad a la aplicación del Derecho. La causa esencial de su utilización constante por los jueces reside en responder a un esquema que puede ser comprendido a través del siguiente ejemplo:

“p”: existe una norma en el ordenamiento jurídico que prevé la acción consistente en matar a otro;

“q”: dicha norma vincula al referido hecho la consecuencia de una pena de prisión;

En el caso enjuiciado existen razones (fácticas) para entender que una persona ha matado a otra, luego se le ha de imponer la pena de prisión (a esta conclusión se llega mediante una clasificación o subsunción del supuesto enjuiciado de la clase “p” correspondiente).

La argumentación o razonamiento finalista:

En otras ocasiones la adecuada justificación de la decisión judicial puede hallarse atendiendo a los fines que persiga una norma jurídica. Si con la respuesta jurídica que se da al problema enjuiciado se satisface plenamente ese fin, la cuestión estará argumentada, y se habrá dado una explicación racional al ciudadano ante las diversas soluciones que planteaba el problema.

Un ejemplo de esta forma de argumentar es el siguiente:

Supongamos una norma jurídica que establece que, en los supuestos de crisis familiares, se atribuye la guarda y custodia de los hijos de una pareja, a aquel progenitor

que, por sus propias circunstancias, pueda proporcionar a los menores lo que sea más beneficioso para ellos (supuesto en el que el fin perseguido por la norma es “el superior interés de los menores”);

En el caso enjuiciado, se ha acreditado suficientemente que los menores se encuentran mejor atendidos por la madre que por el padre;

Por lo tanto el juez, atendiendo a aquél fin, directa o indirectamente explicitado por la norma jurídica, ha de conceder la guarda y custodia de los menores a la madre.

Como resalta Manuel Atienza, la argumentación o razonamiento finalista presenta esenciales diferencias respecto al argumento subsuntivo. Aquéllas se refieren al contenido de la premisa normativa y al de la premisa fáctica.

En cuanto a la premisa normativa, la regla o norma que debe tener en cuenta el juez en su razonamiento no toma en consideración una situación pasada, sino que prevee una solución para una situación futura.

En el esquema de Atienza, la argumentación finalista se utiliza ante la existencia de “reglas de fin”, que son las que se dirigen “hacia el futuro”, frente a las “reglas de acción” - que establecen que, ante determinadas situaciones, alguien está obligado a realizar una determinada acción -, que son las que dan lugar a la aplicación del argumento subsuntivo o clasificatorio.

La premisa fáctica se refiere a un conflicto que ha de ser solucionado (y justificado) atendiendo a las consecuencias futuras de la decisión. Para alcanzar ésta, normalmente será preciso efectuar un “juicio contrafáctico”, como señala Atienza, es decir, teniendo presente el fin al que ha de atender la solución del problema, el juzgador ha de situarse en la situación contraria a la que, atendido ese fin, sería la deseable, y, por ello, exteriorizándolo en su resolución, rechazarla. En el ejemplo de referencia, el pensamiento del juzgador debería de orientarse del siguiente modo: “si no se otorga la custodia a la madre, no se logrará satisfacer, en el mayor grado posible, el interés de los menores”.

La ponderación.

Otra forma de razonamiento judicial es la ponderación. Esta parte, como presupuesto, de la ausencia de una norma jurídica (una situación de laguna normativa) para resolver el supuesto enjuiciado, o, ante la realidad de la norma, de la incompatibilidad de ésta con los valores y los principios del sistema (lo que se ha denominado una “laguna axiológica”).

36 ATIENZA Ob. Cit. Pág. 253

En este caso la tarea argumentativa consistirá en establecer o definir un conjunto de reglas (a veces, una “constelación de reglas”) a partir de unos principios ideológicos o valores, y, a continuación, en aplicar dichas reglas en el caso concreto según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar que se ha expuesto.

Es decir, con la ponderación se trae el principio, se crea la norma y se subsume.

En este supuesto la solución judicial del caso dependerá de: 1º) la definición, en bruto, de los principios o valores contrapuestos; 2º) la atribución de la prioridad de un principio sobre otro, lo que resulta la operación más delicada, y 3º) el establecimiento de una regla que constituirá la base a partir de la cual decidir según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar.

El problema más importante que se plantea en la ponderación es, como se ha apuntado antes, establecer la prioridad o precedencia de un principio sobre otro en el caso concreto enjuiciado (por ej. cuando un tribunal ha de resolver un conflicto en el que aparecen enfrentados el derecho al honor o el derecho a la libertad de expresión de ideas).

Robert Alexy considera que para determinar cuál de los principios ha de prevalecer en el caso enjuiciado hay que tener en cuenta tres elementos:

1) Una “ley de la ponderación”, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

2) Una fórmula de “peso” de los principios, puesto que Alexy atribuye un valor numérico en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto de los mismos, según que aquel o éste sea leve, medio o intenso, y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, se clasifican, según el caso concreto, de seguras, plausibles, o no evidentemente falsas.

3) Las que llama “cargas de la argumentación”. Según Alexy, la prioridad de un principio sobre otro depende de tres elementos o variables: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos, y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas.

Los argumentos

En los últimos tiempos se han desarrollado diversos sistemas de “lógica dialéctica”, esto es, sistemas o formalismos que tratan de representar la estructura de los procesos de argumentación en contextos dialécticos, de manera que ahí jueguen un papel no únicamente los argumentos en sentido estricto, sino también los actores (según se

trate, por ejemplo, del proponente – el defensor de una tesis – o del oponente – el contradictor –), cada una de las jugadas o movidas (actos ilocucionario que ejecutan, los compromisos que contraen.”³⁶

Atienza explica que: Austin utiliza éstos conceptos para significar que: locucionario es relativo al significado, ilocucionario es relativo a la fuerza y, perlocución es relativo a los efectos. Esta concepción está representada por Toulmin.

Perelman hace aportes importantes en el campo de lo que se ha llamado “Nueva retórica.” Revive y remozca, durante el recién pasado Siglo XX, las ideas de la retórica tradicional acentuando los aspectos persuasivos en la argumentación, y rechaza las ideas silogísticas.

La necesidad de seguridad y estabilidad social de la que se ha hablado exige que las reglas de competencia y los procedimientos sean establecidos previamente al igual que las disposiciones. La retroactividad de las leyes es una garantía de que los subjudices no se le empeoren su situación, y que no se produzcan abusos al crear leyes que le perjudiquen.

Al elegir los argumentos primarios se debe estar seguros de que serán aceptados por el auditorio, con ello se crea la plataforma mínima en la que se puedan debatir las ideas adecuándolas al caso concreto sobre el que se arguye, la comunión en los argumentos primarios suele ser el único punto de acuerdo entre los oponentes quienes trataran de imponer su tesis especialmente en el ámbito del litigio.

“Los argumentos cuasi lógicos tienen una estructura que recuerda a los razonamientos formales, lógicos o matemáticos. Así, los argumentos que recurren a una definición y a un análisis y que recuerdan el principio de identidad; los argumentos que establecen una incompatibilidad y que recuerdan al principio de contradicción, los argumentos que recuerdan una transitividad formal (los amigos de mis amigos son mis amigos); la argumentación por medio del sacrificio, que recuerda una pesada (aquello a lo que se sacrifica un valor reconocido tendrá normalmente un valor superior”.

Y continua explicando Perelman los segundos “Los argumentos fundados sobre la estructura de lo real utilizan las relaciones de sucesión o las de coexistencia. Las relaciones de sucesión conciernen a acontecimientos que se siguen en el tiempo como la causa y el efecto. Permiten investigar la causa a partir de los efectos sacar la conclusión sobre la existencia de la causa a partir de los efectos o apreciar la causa por los efectos (argumento pragmático)”.³⁸ Se recomienda no utilizar los argumentos pragmáticos pues suelen crear más dificultades que las soluciones que aportan.

³⁷ PERELMAN Ob. Cit. I 66
³⁸ Ibid

Otra distinción de las formas de argumentación es la que separa los argumentos normativos (los que fundan una decisión en normas) y los argumentos no normativos. Con ello hacemos referencia a que la solución a un conflicto planteado puede justificarse mediante la invocación de la norma jurídica aplicable al caso (para luego efectuar, normalmente, una operación de subsunción según el esquema que se expuso antes), o sin referencia a aquélla, en el supuesto de que no exista norma alguna (laguna normativa) o sea insatisfactoria para la resolución del problema. No obstante, los tribunales con frecuencia no fundan sus decisiones en argumentos exclusivamente normativos o no normativos ya que los conflictos habitualmente se resuelven mediante una combinación armónica en justificación judicial de unos y otros.

Algunos argumentos característicos del ámbito jurídico.

Existen múltiples argumentos de uso frecuente en el ámbito jurídico, en esta ocasión se señalaran solo algunos de los más frecuentes:

- **Argumentos de autoridad.**

Son argumentos de autoridad los derivados del contenido de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales superiores, y de las teorías de los juristas. Se debe advertir la transferencia de autoridad en que se cree que un especialista es docto en todas las materias.

Esta clase de argumento es frecuentemente utilizado por los abogados en sus escritos para convencer al juzgador de la bondad de sus razones por haber sido empleadas previamente por un tribunal superior. Los jueces también emplean usualmente este tipo de argumentos para reafirmar una tesis cuando la misma se sustenta en lo que ha establecido un órgano colegiado, formado por magistrados de mayor experiencia, especialmente cuando el mismo es el Tribunal Supremo.

En relación con ello hay que resaltar que también es frecuente el empleo por los tribunales nacionales y supranacionales más importantes (los Tribunales o las Cortes Supremas de Justicia, los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etc) de lo que llamamos “argumentos de propia autoridad”. Con dicha expresión aludimos a que en muchas ocasiones los tribunales fundan sus decisiones en las razones que estableció en una anterior resolución, de modo que la tesis que constituye el precedente judicial es utilizada como regla justificativa a partir de la cual realizar una operación subsuntiva o finalista, según los esquemas de razonamiento que se han expuesto antes.

- **Argumento a contrario.**

Opera como criterio binario de exclusión. Según Tarello: “dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o una clase de sujeto, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a un sujeto o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”.³⁹

- **Argumento a fortiori.**

Es una expansión que se produce cuando una norma válida de mayor extensión es atribuida a otra norma menor. La proposición normativa que obliga a un sujeto se aplica con mayor razón a otro sujeto quien tiene una obligación mayor que el primero. Se materializa de dos maneras diferentes. A *minori ad maius* conocido frecuentemente por medio del enunciado: “si está prohibido caminar por el césped con mayor razón está prohibido correr sobre el mismo.” Y a *maius ad minus* conocido frecuentemente por el enunciado “quien puede lo más puede lo menos.”

- **A completudine**

El argumento de completitud es un tipo de argumento sistemático que plantea que el sistema es completo y por lo tanto con las normas que lo conforman deben resolverse los litigios planteados.

- **Argumento psicológico.**

De la intención del legislador encontrada en los trabajos preparatorios se desprende la verdadera razón de la ley.

- **Argumento a coherencia.**

El legislador razonable no promulga leyes incompatibles que produzcan antinomias. El juez tiene que interpretar de tal manera la norma que su interpretación las evite.

El argumento histórico: se refiere a la justificación de la solución del conflicto mediante el examen de la evolución histórica de la figura jurídica analizada, su regulación y los cambios legislativos previos. Así la motivación de la decisión judicial puede fundarse en la respuesta que para el conflicto suscitado se dio en el pasado, o en la circunstancia última que justificó la producción de la norma aplicable. Asimismo, la solución puede buscarse en los trabajos preparatorios (en las discusiones parlamentarias) relativos a la norma adecuada al caso.

El argumento teleológico (también “consecuencialista”): una justificación basada en un argumento teleológico presupone: 1) que el juez ha de solucionar un conflicto de intereses; 2) que en su tarea ha de descubrir cuál es el interés que el ordenamiento jurídico considera más digno de protección, y 3) que la decisión puede estar suficientemente argumentada si, teniendo en cuenta aquellas dos premisas, el juez razona en el sentido más favorable al interés más necesitado de protección.

El argumento sistemático: es aquel que permite fundar la solución del caso enjuiciado teniendo en cuenta no sólo la norma aplicable al mismo sino el conjunto de normas en la cual aquélla aparece o el resto de la norma tomada en consideración. Asimismo, es sistemático aquel razonamiento que basa la solución del litigio en la respuesta al problema dada por el (sistema) conjunto legislativo, especialmente, las normas superiores de cada ordenamiento jurídico (la Constitución de cada Estado).

El argumento de la equidad: de acuerdo con su concepto tradicional, la equidad es la adecuación – movida por la benignidad – de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse. Así, la equidad exige tener en cuenta las particularidades de cada caso (en este sentido, muy amplio, todo argumento utilizado por un juez sería un razonamiento de equidad), derivando de la norma general la aplicación justa y adecuada a tal caso concreto. En sentido estricto, un argumento de equidad es aquel en el que la decisión se fundamenta en las circunstancias genuinas del supuesto enjuiciado, de modo que supere el rigor de la abstracción de la norma aplicable, en el supuesto de que ésta existiera.

La argumentación fáctica o argumento en materia de hechos: en muchas ocasiones, las disputas que llegan a los tribunales no se basan en la determinación de cuál sea la norma aplicable, pues la que lo es al caso planteado es consentida por las partes. El problema se puede plantear en lo que se refiere a la fijación de la realidad de lo sucedido para proceder a continuación a la aplicación de aquella norma.

La argumentación fáctica presupone un estudio profundo y riguroso del caso enjuiciado. Exige una constante referencia, cuya extensión dependerá del volumen de pruebas propuestas, admitidas y practicadas, al resultado de las mismas. Todo ello será útil para descubrir la “verdad formal” que deba utilizar el juzgador para integrarla en el supuesto de hecho de la norma aplicable. A ello, con frecuencia, seguirá la correspondiente operación subsuntiva.

El denominado “argumento a partir de un previa posición de conocimiento” (la que proporcione un medio de prueba que resulte esencial, como la declaración de un testigo o el reconocimiento o inspección judicial) se vincula a la mencionada argumentación fáctica.

Los diferentes argumentos que se han expuestos no aparecen aislados en una decisión judicial. Con frecuencia, esta es el resultado de la combinación de varias clases de argumentos, cuya variedad y adecuación al caso pueden enriquecer la calidad jurídica de aquélla.

Además, en su tarea todo juez ha de hacer frente a determinados vicios argumentativos que se producen en el curso de los debates y de los escritos en la instancia. Nos referiremos, a continuación, a las falacias.

Falacias y argumentación judicial.

Delimitación conceptual. Falacias, Sofismas y Paralogismos.

Como se ha expuesto antes, una falacia es un argumento que parece bueno sin serlo. El concepto de “falacia” se vincula con el de “apariencia”, pues una falacia no es solo un mal argumento, sino un argumento que, por su parecido con otro bueno, puede confundir o engañar a sus destinatarios.

Un “sofisma” se diferencia de una falacia por el hecho de que implica el uso, a sabiendas, de un mal argumento. Por el contrario, un “paralogismo” supone un error argumentativo cometido sin malicia, de buena fe.

Cabe señalar que para una parte de la doctrina, Falacia, Sofisma y Paralogismo, es el mismo concepto.

Clasificación de las falacias según Manuel Atienza:

Como señala Manuel Atienza, el empleo de una falacia supone la infracción de una regla de la argumentación (de cada una de las concepciones de la argumentación – formal, material y pragmática- que defiende). Por ello, alude a la existencia de falacias formales, materiales y pragmáticas (incluye en éstas las falacias retóricas y dialécticas). En síntesis, este tipo de falacias consisten en lo siguiente:

La falacia formal aparece cuando, en apariencia, se ha utilizado una regla de inferencia válida, desde el punto de vista lógico, pero en realidad no es así (p.ej. la falacia de la indebida generalización de una regla o solución a todos los supuestos, aunque no exista semejanza entre los casos vinculados);

Conforme al criterio de Atienza, en la falacia material la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto (se cita, como ejemplos de falacias materiales, los supuestos de la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía);

En la falacia pragmática el engaño se produce por la infracción de una de las reglas que regulan el comportamiento de quienes argumentan en el marco de un discurso retórico o dialéctico.

Una falacia retórica implica que se haya utilizado, con alguna intención persuasiva, un procedimiento contrario a las reglas de la buena retórica (p.ej. en el caso de que se haga un uso abusivo de los argumentos de autoridad).

Una falacia dialéctica supone la infracción de una de las reglas de un debate (oral o escrito). Se da, en el ejemplo que cita Atienza, cuando se evade una cuestión y no se contesta a un problema surgido en el debate cuando existía la obligación (dialéctica) de hacerlo.

Tipos de falacias según Stephen E. Toulmin.

Por su parte, Toulmin enuncia cinco categorías de falacias según su origen. Así, los argumentos que parecen buenos sin serlo pueden surgir:

- a) De una falta de razones (consiste en indicar “razones” que, en el fondo, consisten en lo mismo que se postula en la pretensión);
- b) De razones irrelevantes: surge cuando la prueba que se presenta a favor de una pretensión no es directamente relevante para la misma (es el supuesto en que, en apoyo de una determinada pretensión, se argumenta eludiendo el problema, o apelando a una situación –irreal- angustiosa, o a la compasión del juzgador);
- c) De razones defectuosas, que aparecen cuando las razones dadas para apoyar una determinada pretensión son inadecuadas para ella. Puede cometerse por efectuarse una generalización precipitada;
- d) Falacias que surgen de suposiciones no garantizadas (la existencia de una falsa analogía), y
- e) Falacias que nacen de ambigüedades, que surgen cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical, o cuando se llega a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (y, al contrario, cuando se afirma de las partes lo que es válido del conjunto).

Los paralogismos.

Ulrico Klug en su obra *Lógica Jurídica*, nos presenta la clasificación de los paralogismos en: sintácticos, semánticos y pragmáticos.

Klug define el paralogismo sintáctico como aquellos razonamientos cuya conclusión no se deriva de las premisas, en consideración a la sintaxis de tales premisas, es decir, a

las relaciones formales que existen entre sus palabras y expresiones. El entimema es un caso de paralogismo sintáctico cuando falta una premisa importante para establecer el real vínculo con la conclusión. La premisa no expresada suele ser la no demostrada. Es un razonamiento en que una de las premisas queda implícita. Es un silogismo válido, pero como falacia se produce cuando la premisa omitida es falsa.

Cuando se utiliza una implicación extensiva que plantea una relación de necesidad pero no de suficiencia o viceversa entre una causa y un efecto. “Si..., entonces...” o “sólo si..., entonces...”

Los paralogismos semánticos son aquellos razonamientos cuya conclusión no se deriva de las premisas, en consideración a la semántica de dichas premisas, es decir, a partir del significado de sus palabras o expresiones. Los paralogismos semánticos son de dos clases: 1ro. de vaguedad: de falta de definición y de oscuridad en la definición, y 2do. de desplazamiento de la definición.

- El paralogismo de falta de definición o de vaguedad total en las premisas existe por palabras o expresiones con vaguedad semántica. En el paralogismo de oscuridad o de vaguedad parcial, la definición es incompleta lo que significa cierta libertad en su determinación.
- En el paralogismo de desplazamiento de la definición se encuentra en premisas en que existen palabras o expresiones con ambigüedad semántica. Subsisten dos significados diferentes en el mismo razonamiento. Hay un doble sentido. Se puede manifestar en la anfibología.

Los paralogismos pragmáticos son aquellos razonamientos en que sin existir incoherencia sintáctica ni semántica entre la conclusión y las premisas utilizadas carecen de justificación o tienen una incorrecta. De acuerdo con Klug, son paralogismo de este tipo la fundamentación incompleta, la petición de principio, las premisas redundantes y el proton pseudos.

- El paralogismo de fundamentación incompleta se presenta cuando existe, muy temprano, una interrupción de la justificación de las premisas del razonamiento correspondiente. Se manifiesta en el non sequitur, existe un error por precipitarse en obtener la consecuencia o existe la afirmación de una conclusión que no se sigue de las premisas de las que se ha partido.

- El paralogismo de proton pseudos se produce cuando se usan premisas falsas. Es falsa la premisa que expone la norma o la premisa que expone los hechos. Y por último las premisas redundantes basadas, muchas veces, en la máxima "lo que abunda no daña" que hace más artificiosa y complicada la valoración del razonamiento.

Los sofismas.

Conforme al criterio de Ulrico Klug, en su obra de referencia, los sofismas se producen en lo psicológico llevando al contrario al terreno del error:

El razonamiento que se propone, aunque tenga un apariencia lógica adecuada, existe deliberadamente algún defecto que lo vicia, y ello hace que en tal oportunidad dicho razonamiento se conozca como un sofisma, mientras que si lo que se encuentra ausente es la intencionalidad el engaño, pero de hecho el mismo error existe, se conoce el nombrado supuesto como un caso de razonamiento paralógico.

Dentro de los sofismas tenemos: La homonimia, La anfibología, los sofisma ignoratio ilenchi o de ignorancia, el sofisma de afirmación de consecuente (fallacia consequentis), el sofisma de observación incompleta, el sofisma de mala observación así como el sofisma de petición de principio.

• La homonimia.

La homonimia pertenece a los sofismas verbales, es decir, aquellos en que el vehículo del error son los vocablos. La homonimia consiste en el uso de términos o conceptos con una acepción equívoca que llevan al interlocutor a pensar erróneamente que se trata de un único concepto, los términos son ambiguos.

• La anfibología.

Al igual que la homonimia es un sofisma verbal en el que hay una deficiencia sintáctica que produce doble interpretación; sobrepasa lo conceptual llegando a la proposición, es decir, la violación se produce en la proposición entera al introducirse un cuarto término. El acento se somete a este sofisma, es el caso del si afirmativo y el si condicional.

• Sofisma ignoratio ilenchi o de ignorancia.

Pertenece a los sofismas ex rebus. Se hace prueba de una tesis diferente a la planteada. Son variaciones de ésta la falacia casuística, la ad consequentian y la pista falsa. En

referencia a ello, Andruet en su obra *Teoría General de la Argumentación Forense*, P. 323, precisa que: "La falacia de pista falsa consiste en despistar, esto es, llevar la atención del auditorio hacia un asunto que es colateral para disimular la debilidad de la propia posición. La falacia de la casuística consiste en rechazar una generalización alegando excepciones irrelevantes, pues como es conocido, las reglas generales no se invalidan señalando la excepción, sino demostrando que ellas constituyen la mayoría de los casos. Finalmente, la falacia ad consequentiam o de las valoraciones irrelevantes, es por la cual se intenta refutar una tesis o un plan apelado a consecuencia irrelevantes para la que se intenta demostrar."

- **Sofisma de afirmación de consecuente (fallacia consequentis).**

Con el sofisma de afirmación de consecuente se pretende mostrar al interlocutor que el consecuente es producido por el único antecedente señalado. Hace pasar un condicional simple como si fuera un doble condicional, es decir, si y sólo si.

Los lógicos Masci y Morselli,⁴⁰ señalan una categoría de sofismas que comprometen la consecuencia lógica de la prueba, son estos: sofisma de observación incompleta, sofisma de mala observación, sofisma de falsa analogía y sofisma de falsa generalización, el cual fue estudiado en el módulo 3 dentro de las falacias del razonamiento inductivo.

- **Sofisma de Observación incompleta.**

Esta falacia se produce cuando se han dejado de observar ciertos hechos o cuando habiéndolo observados no se observaron las circunstancias que impidieron la producción de los mismos.

- **Sofisma de mala observación.**

Se produce cuando el observador está prejuiciado e impulsado por sus propios sentimientos. El observador mezcla los hechos observados con sus opiniones.

- **Sofisma de falsa analogía.**

La falsa analogía se produce cuando de la verdad establecida en un caso estudiado se asume y se concluye como verdadera para otro caso sin serlo. En éste sofisma se violentan las reglas de la inducción.

⁴⁰ Citado por FINGERMAN, Gregorio. *Lógica y Teoría del Conocimiento*. Buenos Aires: El Ateneo. 1982. P. 113.

- Sofisma de petición de principio.

La petición de principio se produce cuando las premisas y la conclusión tienen el mismo significado. Se recurre como prueba a aquello que se pretende probar. En él se oculta el procedimiento o se usan palabras para disimularlo.

La composición de un argumento

El primer paso al reconstruir un argumento es preguntar: Qué estoy tratando de probar?Cuál es mi conclusión? Recuerde que la conclusión es la afirmación en favor de la cual usted está dando razones. Las afirmaciones mediante las cuales usted ofrece sus razones son llamadas “premisas”⁴¹

Para ilustrar lo dicho, tomemos los siguientes ejemplos:

1.- Un perro estaba encerrado en los establos, y, sin embargo, aunque alguien había estado allí y había sacado un caballo, no había ladrado. Es obvio que el visitante era alguien a quien el perro conocía bien. (Anthony Weston. Las claves de la Argumentación. Ariel, 2005. P. 20).

2.- Oh vosotros, ejércitos celestiales..... Oh tierra..... Y quien mas? ¿Invocare al infierno también? Oh, no detente, corazón mío, detente; y vosotros, mis nervios, no así os debilitéis en un momento; sostenedme robustos....Acordarme de ti... Si, alma infeliz, mientras haya memoria en este agitado mundo.Acordarme de ti.... Si; yo me acordare, yo borraré de mi fantasía todos los recuerdos frívolos, las sentencias de los libros, las ideas e impresiones de lo pasado, que la juventud y la observación estamparon en ella. Tu precepto solo, sin mezcla de otra cosa menos digna, vivirá escrito en el volumen de mi entendimiento. (William Shakespeare, Hamlet, traducción de R. Martínez Lafuente, Barcelona, RBA, 2003, pp. 102-103).

3.- Si en el ajedrez no hay factores aleatorios, entonces el ajedrez es un juego de pura destreza. En el ajedrez no hay factores aleatorios. Por lo tanto, el ajedrez es un juego de pura destreza.

4.- El ajedrez es un juego de pura destreza, porque en el ajedrez no hay factores aleatorios y si el ajedrez no hay factores aleatorios, entonces el ajedrez es un juego de pura destreza.

⁴¹ WESTON, Anthony. Las claves de la Argumentación. Barcelona: Ariel. 2005. P. 19

¿En cuales de estos fragmentos podemos identificar la presencia de argumentos ?

La respuesta es que en (1), (3), y (4) se formulan argumentos, pues esos casos detectamos la intención de que aceptamos la verdad de ciertos enunciados, tomando como fundamento otros enunciados. Analicémoslos uno por uno.

En el caso (1) lo que se quiere demostrar es la afirmación de que el visitante era alguien a quien el perro conocía bien (conclusión), y se dan como razón o apoyo los enunciados: había un perro en el establo, alguien entro al establo y saco un caballo y el perro no ladro (premisa). Todavía no nos importa determinar si el argumento es bueno o malo, si debemos aceptarlo como buena razono o no, pues para poder determinar esto tenemos previamente que haber identificado con la mayor precisión posible todos los elementos a considerar en dicha tarea.

En los casos (3) y (4) encontramos ilustrado lo dicho cuando afirmamos que la prestación lingüística del argumento no es relevante para determinar sus componentes y estructura. En ambos casos se quiere probar que el ajedrez es un juego de pura destreza (conclusión), y las razones son: que si el ajedrez no hay factores aleatorios entonces el ajedrez es un juego de pura destreza, y que en el ajedrez no hay factores aleatorios (premisa). Por ende, el argumento es el mismo en ambos casos independientemente de las grandes diferencias que podemos detectar a nivel lingüísticos entre ambos fragmento.

Los enunciados que cumplen la función de premisas y conclusiones respectivamente pueden aparecer en el texto de forma abreviada o con particular que pretenden evitar repeticiones de palabras. Sin embargo, cuando estamos interesados en identificar y evaluar los argumentos debemos formular esos enunciados de manera tal que recuperen su autonomía significativa, esto es, que se expresen en una oración descriptiva que pueda ser comprendida con independencia del contexto en el que fue formulada. Al acometer esta tarea nos introducimos en la reconstrucción de un argumento.

En el fragmento (2) encontramos un texto compuesto por enunciados y por expresiones que no pueden considerarse enunciados porque no son susceptibles de veracidad o falsedad, como son las preguntas o las exclamaciones. Una pregunta exige cierta respuesta, pero en si misma no puede ser considerada ni verdadera ni falsa. Una exclamación, a su turno, expresa una emoción. El ejemplo (2) es un texto expresivo y no un texto argumentativo. El ejemplo (5), por ultimo, es un fragmento lingüístico compuesto en su totalidad por enunciados relacionados con el mismo tema. Sin embargo, en el no se pretende fundar la verdad de alguno de esos enunciados tomando como punto de apoyo los demás restantes. Se trata de un texto descriptivo o informativo, no se de un texto argumentativo.

En el ejemplo (3) la conclusión esta precedida de la expresión “por lo tanto”, que indica que el enunciado que se encuentra a continuación es la conclusión del argumento.

En el caso (4), en cambio, a pesar de que el fragmento expresa exactamente el mismo argumento que se formula en el ejemplo (3) no se emplea ningún indicador de conclusiones. Para estructurar el texto se emplea lo que hemos denominado un “indicador de premisa”. Los “indicadores de premisas” se hallan con frecuencia, pero no en todos los casos, que lo que viene después de ellos en el texto son las premisas de un argumento.

En el ejemplo (3) se emplea la expresión “porque” para dar a entender que lo que viene a continuación son las razones por las que debemos aceptar la conclusión del argumento, esto es, sus premisas.

Reconstrucción de argumentos

Una vez identificado un texto argumentativo, lo que se debe hacer es reconstruir los argumentos que se formulan en él. Esta tarea es muy importante pues, como hemos visto, en el lenguaje ordinario las premisas y la conclusión pueden aparecer en cualquier orden, e incluso muchos enunciados pueden estar formulados de manera incompleta. Es necesario presentar el argumento agrupando las premisas, expresando los enunciados de forma completa, y distinguiendo claramente la conclusión, antes de proceder a su evaluación. En un texto argumentativo puede haber oraciones que no cumplen ninguna función en los argumentos que contiene. Con ellas se pueden pretender ubicar el tema en el que se enmarca la argumentación, o hacer disquisiciones sobre cuestiones conexas. Debemos aislar solo aquellos aspectos del texto que resulten relevantes para determinar el grado de apoyo que se atribuirle a la conclusión que en él se pretende defender.

Existe una razón aun más poderosa que no lleva a alejarnos del texto antes de proceder a la crítica de los argumentos que contiene. Esto significa que quien lo construye, dejó algunas de las afirmaciones necesarias para fundamentar la conclusión (o la conclusión misma) sin formular. La tarea de reconstrucción requiere en esos casos determinar también los enunciados tácitos o presupuestos en un argumento, pues los mismos pueden resultar claves a la hora de evaluar su fuerza. A veces se dejan enunciados presupuestos que se consideran evidentes, por una razón de economía estilística, pero en otras ocasiones se encubren de esta manera los aspectos más débiles de un argumento.

Tomemos el ejemplo (I) de la sección anterior. Si consideramos solo los enunciados que aparecen expresamente formulados en el texto, podríamos proponer una primera reconstrucción del argumento de la siguiente manera:

- Premisa 1: “Había un perro en el establo”.
- Premisa 2: “Alguien entro al establo y saco un caballo”.
- Premisa 3: “El perro no ladro”.

Conclusiones: “Quien entro al establo y saco un caballo era alguien a quien el perro conocía bien”.

En la reconstrucción hemos separado enunciados que el texto aparecía formulado en una misma oración, pero son premisas independientes del argumento. También hemos ajustado la terminología, suprimiendo la imprecisa noción de “visitante” por la descripción que se ajusta mejor a lo que el texto quiere decir; “quien entro al establo y saco un caballo”. Es preciso unificar el lenguaje cuando tenemos razones suficientes para suponer que el argumentador utilizó distintas expresiones no para aludir a cosas diferentes, sino para desarrollar un estilo de escritura menos reiterativo. De esa manera evitaremos equívocos cuando pasemos a evaluar la fuerza del argumento.

En el caso considerado podemos detectar también la presencia de una premisa tácita, encubierta o presupuesta, pues la misma resulta necesaria para que el conjunto de premisas se puedan derivar la conclusión propuesta ¿Cómo sabemos que falta algo en nuestra reconstrucción, una vez que hemos volcado todos los elementos que encontramos en el texto argumentativo que estamos analizando?

Para que un argumento sea aceptable, el contenido de las premisas debe tener relación con lo que se afirma en la conclusión. Las mismas expresiones con que se formula la conclusión tienen que aparecer mencionadas en las premisas. En este caso, podemos apreciar como se relacionan dos términos en la conclusión: “quien entro al establo y saco un caballo” y “a quien el perro conocía bien”. En las premisas se utiliza el primero de ellos, pero no hay rastros del segundo. Nada se afirma sobre las circunstancias en las se puede afirmar que un perro conoce a alguien. Del perro solo se afirma que “estaba en el establo” y “que no ladro”. ¿Cuál es la premisa tácita? El enunciado que nos se formula es: “Los perros no suelen ladrarle a aquellas personas a las que conocen bien”. En este enunciado se relaciona el término que aparece expresamente solo en la conclusión, con otra de las expresiones que se emplean en las premisas formuladas. Por eso se puede considerar una premisa tácita del argumento.

Esta es la reconstrucción del argumento contenido en el fragmento (I), teniendo en cuenta lo que acabamos de decir:

3. Premisa 1: “Había un perro en el establo”.
4. Premisa 2: “Alguien entro al establo”.
5. Premisa 3: “El perro no ladro”.
6. Premisa 4 (tácita): “Los perros no suelen ladrarle a aquellas personas a las que conocen bien”.

Conclusión: “Quien entro al establo y saco un caballo era alguien a quien el perro conocía bien”.

Si observamos el resultado, veremos que el argumento resulta hora mucho mejor que en su anterior presentación. Ahora bien, lo que nos motiva para detectar este tipo de premisas no es un afán estético. Lo hacemos porque un argumento, para poder ser considerado como buen fundamento par afirmar la conclusión que se pretende defender con el, necesita partir de premisas verdaderas. Y lo más importante es que todas sus premisas deben ser verdaderas, incluso sus premisas tacitas.

Resumiendo lo dicho hasta el momento, podemos afirmar que antes de evaluar argumentos, se deben (1) reconocer los razonamientos cuando aparecen; (2) identificar sus premisas y sus conclusiones; (3) reconstruirlos explicitando los enunciados tácitos. A su vez, existen dos criterios para la identificación de premisas tacitas, (a) semántico: se debe presuponer aquella premisa que aluda a los contenidos de la conclusión que no estén presentes en ninguna de la premisas formuladas, (b) lógico: se debe presuponer aquellas premisa que permita reconstruir el argumento como un razonamiento lógicamente correcto. Este ultimo solo se podrá aplicar cuando hayamos vistos, en los próximos capítulos, los criterios lógicos con los que podemos diferenciar los argumentos correctos de los incorrectos.

Los textos argumentativos por lo general tienen una estructura compleja. Puede combinar párrafos descriptivos con párrafos que de los que formulan argumentos, y estos a su vez suelen aparecer aislados, si no en lazados de diferentes formas. Algunas peculiaridades comunes a toda tarea de reconstrucción de argumentaciones, son las siguientes:

La reconstrucción es una labor interpretativa y por ello depende en gran parte de aquellos que el propio intérprete considera relevante en el texto que esta analizando. La evaluación que hacemos de los argumentos que leemos u oímos se basa en la reconstrucción que de forma expresa o tacita hacemos de ellos. La fuerza de nuestra evaluación depende tanto de lo que decimos sobre los argumentos de los demás como de la forma en la que interpretamos sus dichos. En la tarea de interpretes debemos guiarnos por el llamado “principio de calidad”, que nos insta a optar por aquella interpretación que presente las ideas que estamos analizando de la mejor manera posible. Si tenemos varias formas de entender un texto, debemos elegir aquella que lo favorezca y no la que lo perjudique. Esto no implica renunciar a la crítica, por el contrario, es lo que nos permite asegurarnos de que nuestra crítica estarán bien dirigidas.

Muchos de los enunciados y giros lingüísticos presente en el texto no se tienen en cuenta en la reconstrucción. Debemos ser files al texto que estamos realizando, tratando de integrar la mayor parte de su contenido enunciado y términos generales, pero esto no significa que todo lo que figure en el texto deba tener un lugar en la reconstrucción.

Debemos unificar conjunto de expresiones, optando por aquellas que reflejen de manera adecuada y precisa lo que argumentador pretende decir. Los enunciados pueden aparecer de forma completa en la reconstrucción, aunque con ello se pierda el valor estético o el estilo de escritura del original. Nos interesa saber si hay buenas razones para creer en lo que el texto argumentativo nos invita a creer; no si esta bien o mal escrito.

La solidez de un argumento depende de los aspectos: su forma lógica y la verdad de sus premisas. Para mostrar la aceptabilidad de las premisas que se emplean, que deben construir otros argumentos para hacerlo, lo que se suelen denominar subargumento. Cualquier conclusión que se intente demostrar mediante un argumento, puede ser aceptada o rechazada no por su contenido específico si no por la solidez de los argumentos y subargumento en los que se apoya; bastaría con mostrar que algunas de las premisas o su premisa no pueden ser aceptadas, para rechazar la afirmación que se pretendía extraer de aquellas. Podemos definir la noción de “argumentación” como aquel texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y subargumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan en fundamentos para la adopción de la premisas de otros de los argumentos que la componen. En toda argumentación encontramos uno y varios argumentos cuya conclusión es la tesis central que se pretende defender; y una cantidad variable de otros argumentos cuya conclusiones son las premisas que se emplean en aquellos. Llamaremos “argumento central” de una argumentación, a aquel que tiene como conclusión la principal afirmación que se quiere defender en el texto. A los argumentos que tienen como conclusión alguna de las premisas empleadas en el argumento central de una argumentación, los denominaremos “subargumentos”.

De la misma manera que se puede apoyar las premisas del argumento central construyendo subargumentos, también se pueden defender las premisas de esos subargumentos mediante otros subargumentos. Las premisas de estos subargumentos también podrían defenderse mediante nuevos argumentos, y así sucesivamente. No hay límites para esta tarea, salvo lo que impone la extensión del tipo de texto que se trate. Un libro permite incluir una gran cantidad de niveles en la argumentación, pero un artículo breve reduce en muchos esta posibilidad. Para evaluar la fuerza del argumento central es importante reconstruir los subargumentos (y los sub-subargumentos), pues de ellos depende la verdad de sus premisas. Si los subargumentos a partir de ahora hablaremos en general de subargumentos cualesquiera sea el nivel de la argumentación en la que aparezcan son sólidos, dicha solidez se traslada al argumento central. Pero así algunos de ellos no importa lo alejados que este del argumento central es débil, esa debilidad se transmite a la tesis central de la argumentación. En una argumentación los argumentos que la componen forman un sistema, no un mero conjunto.

Tanto el argumento central, como los subargumentos, pueden contraer premisas tácitas. Cuando los enunciados tácitos no son problemáticos podemos incorporarlos o no en nuestra reconstrucción. En caso de duda debemos hacerlo, pues la solidez de los argumentos depende de la variedad de toda su premisa, incluso de aquellas tácitas.

Argumentación y decisión judicial

Todo lo dicho anteriormente en relación con la argumentación en general, es aplicable al análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales. Para ello debemos asumir que las sentencias judiciales pueden ser analizadas como argumentaciones.

En una sentencia judicial el argumento central tiene como conclusión el contenido del acto de decisión y como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos relevantes, en tanto que en los subargumentos se expresan las razones que apoyan cada una de estas premisas. La complejidad de una argumentación judicial y con ella la cantidad de niveles en los que se distribuyen sus subargumentos varía de acuerdo con el tipo de caso a que en ella se resuelve y con los desacuerdos que hayan surgido durante el proceso a los que el juez o tribunal deba poner término.

Por ello, no consideramos importante determinar a priori la naturaleza de los argumentos que se pueden formular en la fundamentación de una decisión judicial. Una vez concluida la tarea de reconstruir el argumento principal y los distintos subargumentos, se puede precisar el tipo de argumento que se ha empleado y seleccionar la herramienta teórica que resulte más apropiada para su evaluación. A pautas para identificar y reconstruir una argumentación judicial enumeradas en otros dominios.

No obstante, se pueden hacer algunas recomendaciones generales que se deben tener en cuenta a la hora de reconstruir la argumentación contenida en una sentencia judicial. En primer lugar, puede resultar de utilidad tener en cuenta las cuestiones (o preguntas) que habitualmente se deben resolver en una sentencia. La pregunta que permite reconstruir el argumento central se puede formular, en términos generales, de la siguiente manera: "¿Cómo se debe solucionar la cuestión que motivó el proceso?". Antes de comenzar la tarea de reconstrucción habrá que precisar que tipo de caso es el que se plantea en la sentencia a analizar. La respuesta que se ofrezca a esta pregunta ubicada en la parte resolutoria de la sentencia es la conclusión del argumento central.

Una vez identificada la conclusión, y teniendo en cuenta que en una sentencia se debe aplicar el derecho para resolver la cuestión central, debe identificar el o los enunciados normativos que constituyen una parte fundamental del conjunto de premisas del argumento central. En muchos casos los jueces solo nombran la norma que emplean (citando una ley o un número de artículo, por ejemplo). Al reconstruir su argumentación debemos utilizar la formulación completa del enunciado normativo que se nombra en la sentencia, pues es ella y no su nombre la que cumple la función de premisa.

La otra premisa que no puede faltar en el argumento central es la llamada premisa fáctica, aquella en la que se describen los hechos relevantes del caso. En esta premisa etapa no debemos confundir el argumento central por lo general corte con los

subargumentos que se dan en apoyo de sus premisas, los que suelen ocupar la mayor parte de la sentencia. Tampoco debemos olvidar que muchos de los enunciados que forman la sentencia no cumplen ninguna función argumentativa, sino que brindan cierta información relevante para contextualizar la decisión o expresan formas rituales impuestas por las normas o los usos procesales. Solo debemos introducir en la reconstrucción los enunciados que cumplen la función de premisas o conclusión, pues son los únicos relevantes para determinar la solidez de la argumentación judicial.

Identificadas las premisas del argumento central, lo que queda por hacer es identificar los argumentos con los que se apoyan dichas premisas y las premisas de esos argumentos, si las hubiera. En un proceso judicial no siempre se plantean las mismas cuestiones. En algunos casos las partes discuten en torno a la veracidad o falsedad de la premisa fáctica, en otros sobre la conveniencia de emplear ciertas normas jurídicas en lugar de otras, o incluso sobre como deben ser interpretados los enunciados normativos relevantes.

Las sentencias judiciales reflejan de manera indirecta estas discusiones. Aquellas cuestiones que no generaron polémica durante el proceso no suelen requerir extensas argumentaciones del juez cuando las resuelve. Pero aquellas otras en las que se produjeron desacuerdos profundos entre las partes, con la consiguiente formulación de argumentaciones en sentidos opuestos, exigen del juez o tribunal un desarrollo más amplio. Esto se traduce en una gran cantidad de subargumentos y en la proliferación de distintos niveles en el seno de su argumentación.

Sentencias Judiciales y problemáticas

Se pueden distinguir -a grandes rasgos- cuatro tipos de cuestiones que se suelen tener que resolver en una sentencia judicial, para fundar la respuesta aquella se da a la cuestión central:

La identificación del material normativo relevante para resolver la cuestión central.

En muchas sentencias se discute la pertinencia de ciertos materiales normativos para resolver el caso (Por ejemplo: leyes, decretos, otras sentencias, etc.). Esto da lugar a una gran cantidad de subargumentos para apoyar la respuesta que se da al interrogante: "¿Que enunciados jurídicos se deben utilizar para resolver la cuestión?". Estos subargumentos suelen ocupar un nivel superior en relación con los subargumentos con que se defiende la premisa normativa. La respuesta a esta pregunta -cuando se plantea en una sentencia- constituye una de las premisas necesaria para el subargumentos con el que se apoya el enunciado normativo que cumple la función de premisa en el argumento central.

La forma en la que el material normativo relevante debe ser interpretado. En muchas ocasiones no se discute la relevancia que tiene cierto enunciado normativo para resolver el caso. Lo que genera conflictos y motiva la intervención judicial en ciertos casos es la ma-

nera en la que se deben interpretar esos enunciados. La respuesta a la pregunta “como se deben interpretar los enunciados relevantes para resolver la cuestión central?”, constituye la conclusión de un subargumento que suele aparecer en el mismo nivel de argumentación que ocupan los argumentos relacionados con la identificación de los materiales normativos. Esta es otra de las premisas importantes que se suelen utilizar en la formulación del subargumento, cuya conclusión es la premisa normativa del argumento central.

La prueba de los enunciados en los que se describen los hechos relevantes para resolver la cuestión central. Si las respuestas a las dos cuestiones anteriores dan lugar a subargumentos en apoyo de la premisa normativa del argumento central, la respuesta a la pregunta “cuales son los hechos probados relevantes para resolver el caso?” genera subargumentos en apoyo de su premisa fáctica. Ocupan el mismo nivel en la argumentación, pero su conclusión es una de las premisas necesarias del subargumento con el que se apoya la premisa fáctica.

La calificación –o subfusión- de los hechos probados empleando los términos generales con los que se formulan los enunciados normativos relevantes para resolver la cuestión central. Al responder la pregunta “son los hechos probados instancias de aplicación de los términos generales con los que se formulo el enunciado jurídico, y con el que se pretende funda la decisión?”, encontramos otra de las premisas fundamentales del subargumento, en apoyo de la premisa fáctica del argumento central. Esa premisa del argumento central en la que se describen las circunstancias del caso se apoya, por un lado, en los hechos probados y, por otro, en la forma en que esos hechos son calificados empleando ciertos conceptos jurídicos. Las dos premisas deben ser defendidas mediante subargumentos de naturaleza diferente.

Estos cuatro tipos de subargumentos pueden estar presentes en una misma sentencia, pero no es necesario que ello ocurra. No pretendemos tampoco afirmar que estas cuatro cuestiones agotan todos los posibles problemas que un juez debe resolver al fundamentar una decisión. Como son las cuestiones que con mayor frecuencia generan subargumento en el seno de una argumentación judicial, es importante poder identificarla de manera general.

Pero no debemos caer en el error de pensar que estas cuatro abarcan todas las cuestiones que pueden surgir en el interior de una argumentación judicial. Debemos enfrentarnos a la sentencia como a cualquier otro texto argumentativo, y en esta primera etapa del análisis debemos reconstruir lo que allí encontremos. Lo dicho en esta sección constituye una guía para realizar una primera búsqueda, pero nuestra tarea no consiste en forzar el texto que queremos evaluar para que ajuste a nuestro marco teórico, sino en proponer una reconstrucción adecuada de la estructura argumentativa que de hechos posee, cualquiera que ella sea.

Bibliografía Módulo IV

ANDRUET, Armando. **Teoría General de la Argumentación Forense**. Buenos Aires: Alveroni. 2003

ATIENZA, Manuel. **El Derecho Como Argumentación**. Barcelona: Ariel. 2005

KLUG, Ulrico, **Lógica Jurídica**. Bogotá: Editorial Temis S. A. 1998

PERELMAN, Chaim, **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1988

WESTON, Anthony. **Las Claves de la Argumentación**. Barcelona: Editorial Ariel. 2005.

Módulo V

La argumentación del Juicio
fáctico en las decisiones judiciales

Coordinadores:

Juan Carlos Socorro y José A. Cruceta

Autor:

Yokaurys Morales

Objetivos específicos

- Suministrar al juez las nociones y estructuras básicas al proceso del razonamiento jurídico
- Analizar el proceso de razonamiento jurídico, sus fundamentos y etapas que sirvan de base para una adecuada motivación de la sentencia.

Módulo V

La argumentación del juicio fáctico en las decisiones judiciales.

Fases del juicio fáctico.....	126
Valoración de las pruebas para el establecimiento del juicio fáctico.....	127
El juicio de los hechos.....	138
El criterio de la justificación.....	139
Los criterios de corrección.....	139
Pautas argumentativas para un correcto establecimiento del juicio fáctico en las decisiones judiciales.....	141

Introducción

Tomar en serio el relato de los hechos es encargarse de hacer la inferencia y explicación de la prueba a través de las expresiones del razonamiento narrativo lógico en la presentación argumental de los elementos probatorios de manera que cualquiera que lea la decisión pueda comprender el juicio formulado.

Se trata de atender a los criterios de razonabilidad y racionalidad, los cuales en la actualidad son uno de los problemas epistemológicos de las ciencias jurídicas contemporáneas en el cuadro de la discusión sobre la justificación, construcción y adjudicación jurídica.

La actitud metodológica del juez debe partir de un orden que le permita poder motivar correctamente la sentencia tomando en consideración: la fuente de prueba que se tenga, la objetividad de las mismas, la transposición que exista entre ellas, posteriormente el control de los cursos inferenciales, y por último sintetizar y analizar los hechos.

El hecho jurídico se presenta como un acontecimiento existente en el universo de la realidad, que es asumido por el derecho a partir de una técnica específica. Por lo que hay que tener en cuenta que además del carácter instrumental que en el proceso judicial tiene la propia verdad de los hechos, esta no interesa en sí misma, sino en relación a las situaciones argumentativas. De ahí que como la sentencia no es más que la representación que se realiza desde el mundo de los hechos a los del derecho se hace imprescindible una buena y correcta motivación.

Generalmente somos más analíticos en el derecho que en los hechos y, sin embargo, olvidamos que donde debemos ser más evaluativos es en los hechos, como método aplicado debe procurarse la interlocución tomando todos los datos en consideración, preguntándonos con responsabilidad y honestidad su valoración. Motivar implica expresar como acogemos como probado un hecho en lugar de otro, la calidad de la decisión va a depender de la transparencia que esta posea para el conocimiento de las partes, para la evaluación de los jueces superiores y para el conocimiento de la sociedad en general.

En un acercamiento al juicio fáctico desde la perspectiva Andrés Ibáñez expone que la idea misma de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos, por procedimientos y conforme a criterios que se considera generalmente válidos a ese efecto. Este autor, citando a Aarnio, constata que, en general, el ciudadano no sólo exige decisiones judiciales dotadas de autoridad sino que pide razones, y que la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones, también en el ámbito fáctico.

Suele entenderse que la motivación fáctica requiere de la puesta en relación de las fuentes y medios de prueba con los hechos probados en un proceso, y la explicación en la correspondiente resolución que en él se dicte de cómo desde aquéllos se ha llegado, en el concreto caso, a éstos, con base en el convencimiento del juzgador, o bien con relación a las reglas legales.

Es necesario establecer: ¿Cuánto hay que motivar? Para reseñar que lo necesario, para que así quede honestamente explicada la decisión, siendo definida esta como la determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos o de la situación jurídica y es eso lo que pretendo establecer en las páginas subsiguientes, exteriorizar como es posible una correcta argumentación en el juicio fáctico a fin de que se realice una correcta motivación de la decisión.

Dentro del juicio fáctico la fase de la valoración de la prueba constituye el más preponderante de los tres momentos relativos a la prueba en la actividad jurisdiccional. Se enfocará el relato de los hechos probados, la valoración de las pruebas practicadas, los sistemas de pruebas, el examen individual y global de la prueba, el juicio de fiabilidad probatoria. De igual manera el juicio de los hechos atendiendo a los criterios de justificación y de corrección y por último las pautas argumentativas para un correcto juicio fáctico en las decisiones judiciales.

Fases del juicio fáctico

Para un mejor entendimiento de lo que es el juicio fáctico en la actividad probatoria jurisdiccional los autores han distinguido algunos momentos para así alcanzar una razonabilidad completa de esta figura.

En este sentido el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez indica: que en toda actividad jurisdiccional es posible apreciar, en relación con la valoración de la prueba y la argumentación fáctica, tres momentos diferenciables:

1) la fase de adquisición de la prueba: alude al modo como se introducen en el proceso las fuentes y medios de prueba. La fase de adquisición de la prueba está regulada con detalle en las leyes.

2) La fase de la valoración de la prueba: en ella se ha de ponderar el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba gracias a cada uno de los medios probatorios utilizados. Constituye una operación, como dice Andrés Ibáñez, de atribución de valor convictivo a ciertos datos. Esta fase no está regulada completamente por los ordenamientos jurídicos ya que en muchos casos no son jurídicos los criterios que han de jugar en ella.

3) La fase de decisión sobre el hecho principal: constituye la etapa final del enjuiciamiento.

La segunda etapa o fase de las examinadas constituye la más importante a la hora de la justificación fáctica de las decisiones judiciales. Es por eso que no detendremos y aremos énfasis en el análisis de esta.

Valoración de las pruebas para el establecimiento del juicio fáctico:

Se entiende que desde el punto de vista del hecho, en la toma de decisiones hay que tomar en cuenta los diferentes tipos y la relación de estos con el derecho, tomando en consideración que esta situación está determinada en el lenguaje jurídico por la utilización conjunta de la lógica y la argumentación, la primera nos ayudara hacer las inferencias basadas en reglas de razonamiento que no impliquen valoración y la argumentación nos permitirá en todo momento la explicación tanto del razonamiento como de la valoración que tengamos que ejecutar para llegar a determinada conclusión sobre los hechos ya sea para describirlos de forma positiva o negativa, de forma simple o de modo relacional, es decir determinando los hechos descriptivamente o determinándolos valorativamente dependiendo de las exigencias del caso concreto.

Perfecto Andrés Ibáñez, establece que los jueces han carecido, en general, de una conciencia clara y suficiente cultura acerca del problema de la argumentación fáctica. De ahí que su justificación de los hechos se ha vinculado con frecuencia al plano de la responsabilidad moral, del ser o no ser justo, de la apreciación “en conciencia” de un cuadro probatorio no explicitado o no analizado individualmente.

La decisión del juez a partir de un juicio de hecho deben ser razones que no sean solamente susceptibles de verbalización sino también dignas, es decir, calificada como válida.

El análisis de la valoración ha trascendido en el ámbito de la filosofía jurídica por lo que Jordi Ferree Beltrán, quien es director de la publicación “filosofía y derecho,” plantea que debemos tomar en cuenta las reglas de las ciencias naturales para que nos sirvan de referencias analógicas cuando establece que “no hay diferencia conceptual, entre prueba jurídica y aquella que es propia de cualquier otro ámbito de la experiencia”⁴² para apoyar su tesis cita a Taruffo el cual plantea que “el estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es civil o penal por que creo que se incurre en mayores errores al distinguir entre ellas”.⁴³ “La prueba y la determinación de los hechos es uno de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general”. De ahí que infiere que si bien es cierto que pueden existir reglas sobre los distintos medios de pruebas utilizados, regulaciones diversas sobre la admisión o la valoración de estos, etc., no menos cierto es que esto no supone necesariamente que la noción de prueba o la de hecho probado quede sustancialmente alterada o deba ser construida ad hoc para cada uno de esos ámbitos.

Para explicar esta situación Jordi parte de la idea de que “Esta probado que p...” expresa una proposición descriptiva acerca de la ocurrencia de determinado hecho en una realidad externa al proceso, por ello es susceptible de verdad o falsedad y, en ese sentido, permitirá concebir la falibilidad de las decisiones judiciales. Quienes niegan esto distinguen entre la verdad procesal y la verdad material, para afirmar que es la primera y no la segunda la que importa para la determinación de los hechos probados en el proceso.⁴⁴ Para estos “Esta probado que p” es una versión constitutiva.

El autor citando a Taruffo, las califica de “concepción ficticias o circulares de la verdad (...), para las que toda decisión procesal sobre los hechos sería verdadera por definición”, para negar tal asimilación vasta con pensar que el hecho P no fue probado en el proceso, aun cuando el enunciado que afirma su ocurrencia sea verdadero.

De ahí que según este autor la prueba generalmente es utilizada en tres sentidos fundamentales:

4) Para hacer referencia a los medios mediante los cuales se aportan o se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión.

5) En sentido genérico, para significar los tipos de medios probatorios utilizables o aceptados en derecho.

42 FERRER, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. 2005

43 ÍDEM

44 CARNELUTTI. 1947: 29 ss.Y 56 ss.Y CABAÑAS, 1992: I I ss.

6) En sentido específico, para hacer referencia a un concreto elemento probatorio del expediente judicial.

Partiendo de estas tres formas de utilización Jordi, establece que en una primera acepción decir que algo está probado equivale a predicar la verdad de aquello que se considera probado, aquí no hay diferencia entre las nociones de prueba y verdad.

Otra posición es la de los escépticos que consideran que una proposición ha sido probada únicamente cuando ha sido incorporada al razonamiento decisorio del juez como premisa fáctica. Es decir fijado por el juez mediante el procedimiento oportuno; por lo que la falibilidad de la decisión con los hechos probados tiene que ver con la concordancia entre estos y los que realmente acontecieron así como con el respeto a las reglas procesales que regulan su adopción o contenido, para no incurrir en error.

Según la concepción Psicológica decir que algo está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que la proposición de prueba es verdadera, pero esta visión de aceptación psicológica aunque es necesaria, no siempre es suficiente desde la concepción material de la argumentación ya que no es lo mismo que una proposición esté probada y que esta sea tenida por probada por el juez.

Para concluir con este aspecto para Jordi está probado que P es el sinónimo de que hay elementos de juicio suficientes a favor de un hecho, pudiendo quedar probada una hipótesis aun cuando esta sea falsa ya que el conjunto de los elementos de juicio estará delimitado en el ámbito de la prueba en la toma de una decisión judicial por los elementos probatorios admitidos y practicado en el proceso.

De ahí que las diversas teorías sobre la valoración de la prueba jueguen un papel relevante en la argumentación a seguir para describir y valorar los hechos. Quedando evidenciada la falibilidad del juez en la selección de las premisas fácticas de su razonamiento, ya que éste puede equivocarse en la aceptación de la misma si considera que esta estaba justificada y no lo estaba o a la inversa.

Es por eso que autores como Ignacio Colomer Hernández; disponen que “El relato de hechos probados, o lo que es lo mismo el discurso de justificación de la *quaestio facti*, es el parangón para controlar la razonabilidad de la decisión del *thema decidendi*.”

De donde se colige que las operaciones lógicas realizadas por el juez durante la valoración de la prueba deberían ser contenidas en la motivación, esta idea es premisa metodológica de gran importancia pues el discurso de justificación viene condicionado por la necesidad de demostrar la racionalidad y la razonabilidad de la opción elegida. Por lo que la libertad del juez para producir requiere como contrapartida la necesidad de justificar la racionalidad y razonabilidad de la alternativa elegida respecto al *factum probandum*. El discurso constituye el espejo que refleja el grado de cumplimiento de los requisitos exigidos a una actuación no regulada por el juez, como es la valoración de los

elementos probatorios, por lo cual el discurso no es libre y debe encontrarse dirigido a mostrar la racionalidad, razonabilidad y coherencia de cada uno de los momentos del procedimiento de la valoración en los que el juez goce de libertad de elección.

Un relato de hechos probados en la sentencia permite distinguir con claridad dos fases: La selección de los hechos y la valoración de los mismos. Estas etapas se componen de un conjunto de operaciones lógicas, que se pueden descomponer e individualizar de manera ideal en la mente del juez, pero que en la realidad se desarrollan en un solo acto. Las fases del procedimiento de selección y valoración de los resultados probatorios aportan elementos suficientes para un análisis de dos niveles de justificación de la decisión sobre los hechos.

En la práctica la motivación sobre el juicio de hecho necesita de un método de análisis de naturaleza inductiva, ya que partiendo de la declaración de los hechos probados se puede intentar alcanzar el conocimiento del razonamiento probatorio del juez a través del análisis del discurso inserto en la motivación; por eso es muy importante requerir de los órganos jurisdiccionales una adecuada y suficiente motivación del juicio de hecho, por que los jueces deben ser sometidos a un control a través del justificativo de la decisión fáctica adoptada.

Por eso se afirma que el relato de hechos probados, se convierte en el parangón de racionalidad del juicio de hecho, por cuanto debe incluir todos los elementos del razonamiento probatorio que pueden ser controlados, es por eso que en todo Estado democrático se le pueda exigir al juez que justifique su racionalidad y la razonabilidad de su decisión.

Se exige que la racionalidad ha de ser jurídica, es decir, que la decisión y su correspondiente justificación deben ser concordes con el derecho válido y vigente. La racionalidad de la decisión puede identificarse con la legitimidad de la opción tomada, la exigencia de la racionalidad supone la elección de una solución jurídicamente legítima. La razonabilidad de la decisión se habrá de conectar con la elección valorativa realizada entre las posibles soluciones legítimas o racionales y su justificación solo será pertinente cuando el juez haya podido optar entre dos o mas soluciones jurídicamente legítima al decidir; pues si conforme al ordenamiento solo existe una solución legítima, el juez únicamente viene obligado a justificar que su decisión es racional⁴⁵;

A partir de la deducción aparecen los requisitos que debe cumplir la motivación para poder ser considerada racional o adecuada, los cuales se refieren a: 1) La naturaleza de su justificación, pues ha de ser una motivación fundada en derecho como regla general. 2) Los límites derivados de las exigencias del procedimiento jurisdiccional y de la propia

45 ÍDEM, Pág. 159

cognición judicial. 3) La necesaria coherencia que debe presidir la justificación de la decisión en su conjunto y en los diversos argumentos que la integran y 4) Las especialidades que reviste la justificación de las restricciones de derechos fundamentales.

Por ultimo, la importancia de esta fase de la actividad del juez se encuentra en el hecho de que en ella se procede a la redacción de la motivación del juicio, por tanto, es en este momento cuando el juez viene obligado a incluir en la motivación, junto a la estricta relación de hechos probados todas aquellas indicaciones o menciones que aporten una justificación externa e interna de la decisión adoptada sobre la *quaestio facti*; en concreto la justificación debe contener las razones que han permitido al juez decidir sobre: 1) la fiabilidad de cada medio de prueba. 2) la verosimilitud de los hechos obtenidos con la prueba practicada y 3) la comparación entre los hechos alegados y los que resulten probados mediante los medios de prueba suministrados.

El relato de los hechos probados es el instrumento imprescindible de las sentencias para el control de la racionalidad del juicio, para eso el discurso contenido en la motivación de la *quaestio facti* deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Los hechos que se consideren probados deberán ser expuesto armónicamente por el juez, lo que significa que el relato de estos deberá de ser coherente y sin contradicciones internas⁴⁶, b) Los hechos que se consideren probados deben ser congruentes y concordantes con los alegados por las partes⁴⁷; sin embargo, la importancia de la fase de redacción de la sentencia, así como de la elaboración de la relación de hechos probados, como síntesis de una compleja operación de valoración de la pruebas, nos obliga a un tratamiento separado de esta actividad judicial.

La valoración de las pruebas practicadas es, sin duda, el principal momento en el procedimiento de acreditación y verificación de los hechos controvertidos de una causa, la valoración de los medios de prueba es una operación lógica realizada por los jueces que presenta dos características, de una parte, es un procedimiento progresivo, y de otra parte, es una operación compleja.

Para adentrarnos en nuestro objetivo debemos establecer que significa la palabra valoración, la cual en principio alude a un específico tipo de actividad intelectual, el problema surge cuando tomamos el referente empírico del concepto; que nos lleva al análisis de la epistemología de los contextos de descubrimiento y de justificación.

De allí que Valorar será por un lado la actividad mental que nos conduce a decidir algo o el proceso justificativo que consiste en dar razones para mostrar lo bien fundada que está nuestra decisión.

⁴⁶ Cfr: DURAN, Climent. "La estructura lógica del razonamiento...", Cit. Pág. 365 I.

⁴⁷ Con relación al concepto de congruencia se debe tener en cuenta que no es pacífico en la doctrina la determinación del parangón para medir la congruencia del relato de hechos probados. En este sentido, algún autor lo relaciona con el conjunto de hipótesis de hecho que hayan sido probadas en la concreta causa (Cfr: Taruffo, "Funzioni della prova: la funzione dimostrativa", cit. Pág. 568), mientras que para otros la congruencia viene referida a los hechos alegados por las partes (Cfr: Climent Duran, "la estructura lógica del razonamiento..." m cit. pág. 365 I)

Para las controversias jurídicas, la valoración como contexto de descubrimiento no tiene importancia lógica, en cambio la valoración desde el contexto de justificación sí; por que implica que la decisión o el descubrimiento al que llegó el juez se encuentra justificada.

Justificar una decisión judicial es el objetivo principal de la motivación y consiste en acreditar las decisiones y no en describir procesos mentales. De ahí que la correcta motivación exige una valoración de las pruebas, en base a la realización de dos procesos concretos uno relativo a la decisión y otro relativo a la justificación.

En este contexto entran los sistemas de valoración de prueba distinguidos por una clasificación clásica en sistema de valoración tasada y de libre convencimiento o libre valoración.

El sistema de prueba legal o tasada fue el dominante en el Medioevo, buscaba obtener la racionalidad en la acreditación procesal de los hechos alegados y la exclusión del arbitrio del juez, puesto que no se debe olvidar que este sistema nació en un periodo histórico en el que la relación ley-juez se configuraba con un absoluto predominio de la ley, hasta el punto de que el juez quedaba como mero aplicador de la norma⁴⁸.

La prueba legal privilegia las exigencias de certeza frente a las exigencias de justicia y se corresponde con un sistema jurídico en el que reina la desconfianza hacia la libertad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, resultando ser el natural, aunque no necesario, complemento de un proceso caracterizado por la mediatez y por la escritura, encontrándose su característica esencial en la codificación por parte del legislador de las máximas de común experiencia que sirven para la apreciación de las pruebas.

La libertad de los jueces es casi inexistente en los sistemas procesales de valoración de los resultados probatorios basados en la prueba legal, pues la reglas de prueba legal establecen una jerarquía rígida entre las pruebas desde el punto de vista de su eficacia y desde el uso que el Juez debe hacer de ellas en la justificación fáctica de su decisión.

Los sistemas de prueba libre demuestran una clara confianza en la actuación de los jueces, privilegian las exigencias de certeza, y constituyen el natural complemento de los procesos diseñados bajo la vigencia de los principios de inmediación y oralidad; la máxima de la experiencia es elegida por el juez según su prudente apreciación, lo que significa que la ley no codifica en estos sistema una máxima aplicable a la concreta prueba que se analiza. La prudente apreciación⁴⁹ de las pruebas por parte del juez en ningún caso es sinónimo de irracionalidad o arbitrariedad sino que por el contrario en los sistemas de prueba libre, la apreciación judicial de las mismas debe someterse a diversas reglas que garanticen su racionalidad, razonabilidad, coherencia y corrección lógica.

48 Vid. LOMBARDO "Appunti sulle origini e sulle prospettive del libero convincimento" en *Diritto Giurisprudenza*, 1992, Pág. 29; o Vid. Chiarloni "Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pág. 828.

49 Denominación utilizada por Hernández en su libro *Correcta motivación de las decisiones judiciales*.

Los países de nuestro entorno sociocultural tienen sistemas mixtos, que son un híbrido entre la prueba legal y el libre convencimiento, por lo que este último se aplica cuando la ley no determina previamente el valor que haya que atribuir a una determinada prueba.

El principio de la libertad de valoración, es decir, que el juez posea la facultad de fijar el valor y la eficacia de las pruebas sin estar atado por normas legales que predeterminan de manera vinculante el valor que haya de otorgarse a los diversos elementos probatorios; sin embargo la libre valoración supone el riesgo de la arbitrariedad del juez, la cual esta presente siempre que no se de una razón del libre convencimiento, fundada sobre cánones de corrección racional en la valoración de las pruebas. Es decir que el juez debe ser libre discrecionalmente para valorar la prueba, pero en el ejercicio de su libertad deberá de observar las reglas de una metodología racional en la certificación de los hechos controvertidos.⁵⁰

Según Tarruffo, "eso se traduce en identificar estas reglas fuera y mas allá de la disciplina de las pruebas. . .tratándose claro está de reglas lógicas y epistemológicas, y no jurídicas, la hetero integración se hace necesaria, lo cual se traduce en la adopción de dos medidas: La primera consiste en rechazar toda versión irracionalista de la libre valoración; con esto se consigue evitar la arbitrariedad judicial y la segunda, en servirse de modelos de las ciencias, es decir que el esquema lógico fundamental al que puede reconducirse la valoración del juez sobre la prueba es el sistema de inferencias probabilísticas de naturaleza inductiva, que conectan proposiciones relativas a hechos conocidos (o verdaderos) con proposiciones relativas a hechos desconocidos que han de probarse, mediante la referencia a criterios o reglas cognoscitivas que atribuyen un cierto valor de probabilidad a la inferencia, y por tanto a la conclusión de la verdad o falsedad del *factum probandum*".⁵¹

Ferrajoli, define la libre valoración como una facultad potestativa del juez, que debe limitarse a un par de aspectos. El primero expresa un banal principio negativo (el rechazo de la valoración legal) y el segundo que, según la epistemología científica, la libre valoración denotaría el carácter irremediamente subjetivo de la valoración del grado de probabilidad de una hipótesis respecto de un conjunto de pruebas, una vez aceptadas todos los métodos y los criterios de inducción propios de una investigación empírica.⁵²

La motivación debe justificar cada una de las fases del procedimiento de apreciación de las pruebas, así como las máximas de la experiencia que han permitido al juez inferir la credibilidad y el contenido del resultado probatorio. Al complejo de la actividad de valoración, no se debe olvidar que en esta actividad el juez maneja un conjunto de elementos de diversas naturalezas que le permitirán llegar a deducir un relato global de los hechos, el cual dependerá del manejo simultaneo de los siguientes elementos: 1) el resultado probatorio de todas las pruebas legales practicadas en la causa, 2) los hechos probados recogidos en otras causas. 3) y por ultimo, los hechos alegados.

Es preciso distinguir dos grandes fases en la valoración de la prueba; una primera que

51 TARRUFFO, Michele. *Libre convencimiento del giudice*.

52 FERRAJOLI, Luigi. "I valori...", pp. 38-39.

podemos denominar examen individual de la pruebas⁵³, y una segunda que llamaremos examen global de todos los resultados probatorios; el examen individual se dirige a descubrir y valorar el significado de cada una de los elementos probatorios practicados en la causa.

En el examen individual de la prueba, el juez en primer lugar debe comprobar que la prueba deducida tenga todo los requisitos formales y materiales para alcanzar su finalidad, es decir, para demostrar o verificar la certeza y la veracidad del hecho controvertido, esta actividad judicial aporta un elemento fundamental para la valoración global de la pruebas, ya que, si un concreto medio de prueba carece de algunas de las exigencias materiales o formales legalmente exigidas, el resultado probatorio que se obtenga con la misma no podrá ser tenido en cuenta o bien perderá su eficacia en el momento del examen global de todas las pruebas.

En segundo lugar es necesario que justifique el resultado del juicio de fiabilidad probatoria de todos los medios de prueba practicados, como consecuencia del principio de complitud de la valoración, que consiste en la necesidad que existe de aportar elementos de juicio a los litigantes y a los órganos jurisdiccionales sobre los cuales pueda desarrollar un control sobre la racionalidad del juicio, en particular este control tiene por objeto comprobar que el juez haya examinado todos y cada uno de los medios de prueba practicados, o determinar si por el contrario éste ha olvidado alguno de ellos en el momento de desarrollar su examen individual.

En tercer lugar se requiere la interpretación de la prueba como una actividad a través de la cual el juez quiere conocer el contenido que la parte ha pretendido transmitir con el empleo de una concreta prueba, en cierto sentido una adecuada y completa justificación de la decisión del juicio de hecho debería reflejar en la motivación el resultado de la interpretación de los elementos probatorios y del juicio de verosimilitud que con relación a la comparación entre los resultados obtenidos y los hechos alegados, debería incluir un resumen breve de la relación existente entre cada uno de los hechos alegados y el correspondiente hecho probado, para que se realice una correcta motivación.

En el examen global de todos los resultados probatorios obtenidos en la causa, el juez tras el análisis de cada una de los medios de prueba practicados debe proceder a comparar los diversos resultados probatorios que fueran arrojados por cada medio de prueba a fines de establecer un interfáctico, que se plasmara en el relato de los hechos probados; la necesidad de organizar de un modo coherente todos los hechos que resulten acreditados por la diversas pruebas, sin contradicciones, y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendido por la parte (*petitum*), es la finalidad que se persigue con dicho examen global.

⁵³Vid. Taruffo, "La valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova.", cit, pág. 917.

La valoración completa de todas las pruebas practicadas constituye un presupuesto necesario para lograr una valoración que tenga en cuenta todos los elementos precisos para una adecuada redacción del relato de hechos probados; en este sentido no se debe perder de vista que la complitud en la valoración evita que el juez pueda incurrir en un vicio tan deficiente como la valoración unilateral de las pruebas; este defecto de la actividad judicial puede producirse tanto por que el juez justifica su propio convencimiento sobre la *quaestio facti* utilizando para ello solo los elementos de prueba que sostengan su decisión sin hacer la más mínima mención a las pruebas que lo contradigan o bien porque el juez, en lugar de obtener la decisión de juicio de todos los resultados probatorios disponibles en la causa, elige a priori una versión de los hechos para posteriormente seleccionar los resultados probatorios que la confirman, dejando de lado todos los otros acontecimientos.⁵⁴ La importancia de una valoración completa se encuentra en que a través de ella se garantiza que el órgano jurisdiccional examine y tenga en cuenta todos los posibles resultados probatorios, aunque posteriormente no sean utilizados en la justificación de la decisión del *thema decidendi*.

Estas dos etapas en la valoración de la prueba quedan integradas por tres actividades principales que la complementan a saber: el juicio de fiabilidad, la interpretación y el juicio de verosimilitud.

El juicio de fiabilidad probatoria; tiene por objeto que el juez compruebe y verifique que la prueba practicada reúne todos los requisitos formales y materiales que le son exigibles para ser un mecanismo válido de transmisión y acreditación de un hecho concreto con el debido respeto al derecho de utilizar pruebas que sean conferidas a cualquiera de los litigantes y al principio de alegación, en este sentido, por lo que respecta al derecho a la prueba de los litigantes⁵⁵, no hay duda de que éstos pueden servirse en los procesos en que intervengan de todos los medios de prueba de los que dispongan, pudiendo imponer al juez la asunción de prueba pertinente y útil, y en suma pudiendo requerir del órgano jurisdiccional que valore las pruebas practicadas; por lo que el derecho a la prueba conferido a las partes se vería menoscabado si el juez no tuviese obligación de incluir en la justificación de su decisión fáctica alguna referencia a no otorga credibilidad al medio probatorio con el que se intentase respaldar la versión de uno de los hechos constitutivos de la pretensión; por otro lado conforme al principio de alegación sólo los hechos principales delimitarán el *thema decidendi*, y por ello no es de extrañar que los hechos secundarios puedan ser omitidos de la motivación sin violar la necesaria correspondencia que debe existir entre lo pedido por las partes y lo pronunciado por el juez. Ya que sólo respecto de los medios de prueba que tengan por objeto hechos constitutivos tendrá el juez una ineludible obligación de indicar en la motivación las razones que le llevan a tener dudas sobre la fiabilidad de una determinada conducta.

⁵⁴ Vid. PATTI "Libero convincimento e valutazione delle prove", cit, 1985, Pág. 487-SS.

⁵⁵ Cfr. TARUFFO, "Voz Libero Convincimento, (dir. proc. civ.)" cit, pág. 4-5.

Es necesario puntualizar que en lo que concierne a la extensión que habrá de reunir la motivación del juicio para poder justificar la falta de fiabilidad de un medio de prueba, es posible encontrar los siguientes casos:

A) Que no sea creíble ni fiable el único medio de prueba existente en la causa respecto a un hecho constitutivo; por lo que es necesario señalar en este caso, que la justificación contenida en la motivación debe de extenderse necesariamente al señalamiento de la causa de la falta de fiabilidad de la prueba, con expresa indicación del requisito legal que falte así como al señalamiento de la máxima de experiencia con la que se infiere el defecto de credibilidad.

B) Que no sea creíble ni fiable uno de los diversos medios de prueba existentes en la causa respecto a un mismo hecho constitutivo; para esto es necesario distinguir entre dos casos: de un lado, aquellos en los cuales la parte interesada en la acreditación de un hecho constitutivo o principal sólo haya deducido en la causa un medio de prueba con una evidente falta de fiabilidad, y de otro lado, aquellos supuestos en los que la parte interesada en probar el hecho principal ha empleado otros medios de pruebas junto al que se considera no fiable.

Como es lógico pensar la obligación de justificación de la decisión sobre la credibilidad ha de ser distinta en cada uno de estos supuestos; así cuando la parte sólo haya articulado en relación con el *factum probandum* la prueba que el juez considera no fiable, en la motivación deberá explicar la causa o causas que provocan la falta de credibilidad de ese concreto medio para satisfacer el derecho a la prueba de los litigantes; si las partes han utilizado sobre un mismo hecho principal más de un medio de prueba además del que se estima poco fiable por el juez, la obligación de la motivación se reduce siempre que el juez haga constar el análisis de todos los elementos de prueba puestos a su ponderación por las partes, pues la existencia de varios medios de prueba correspondientes a la misma parte reduce la intensidad de la justificación en relación con la prueba carente de fiabilidad si, y sólo si, el *factum probandum* resulta probado mediante alguna de las otras pruebas propuestas ya que si la acreditación del hecho tiene lugar a través de un medio de prueba practicada de oficio la justificación contenida en la motivación del juicio deberá explicar las razones determinadas de la falta de fiabilidad del medio practicado si queremos respetar el derecho a la prueba que tiene reconocido todo litigante.

C) Que no sea creíble ni fiable el medio de prueba existente en la causa respecto a un hecho secundario; en este caso la obligación de motivar se limita a señalar en el relato de hechos que la inferencia entre el hecho constitutivo o principal y el secundario no ha podido ser establecida, dado que el hecho fáctico no ha resultado probado sin que sea necesario indicar la causa que origina la falta de fiabilidad probatoria del medio utilizado para acreditar dicha circunstancia fáctica secundaria⁵⁶; pues los elementos secundarios por quedar fuera del objeto de decisión no requieren justificación expresa de la decisión adoptada sobre la fiabilidad probatoria del medio de prueba dirigido a demostrarlos.

⁵⁶ Cfr: Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. 3ra. Ed. Barcelona: Ariel. 1993. Pág. 30

La interpretación del medio de prueba; esta actividad resulta esencial para conocer la circunstancia o proposición fáctica que la prueba pretende transmitir; la interpretación sólo se dirige a determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba practicada, utilizando el juez máximas de experiencia que orientan y determinan al juez acerca del contenido fáctico que subyace a la prueba; de manera que esta le permita desentrañar el contenido de cada una de las pruebas; de ahí que para un efectivo control de esta actividad judicial sea preciso determinar taxativamente la regla o máxima de experiencia que permitan al juez deducir el contenido concreto de la prueba; por ello, es importante que el juzgador indique en la decisión las máximas ya que es un instrumento esencial para un adecuado control de la interpretación probatoria.

El juicio de verosimilitud; La apreciación de la verosimilitud de un resultado probatorio permite al juez comprobar la posibilidad y aceptabilidad del contenido obtenido de una prueba a través de su correspondiente interpretación. El órgano jurisdiccional verifica la aceptabilidad y la posibilidad abstracta de que el hecho obtenido de la interpretación pueda responder a la realidad, de manera que el juez no deberá utilizar aquellos resultados probatorios que sean contrarios a las reglas comunes de experiencia⁵⁷.

El discurso de justificación de la *quaestio facti* debe permitir la verificación de los resultados probatorios que han sido examinados o apreciados por el juez ya no de una forma singular y separada sino de una manera unitaria y global para que la decisión constituya el resultado de una síntesis lógica del conjunto de las pruebas ofertadas por la partes; por esto, cuando el discurso de justificación del juez no permita comprobar el efectivo cumplimiento del principio de plenitud de la valoración, estaremos ante una motivación fáctica irracional que viola las reglas que disciplinan la prueba en el juicio de hecho.

Dado que el juez para considerar probado un hecho debe utilizar un criterio de convencimiento, bien sea la verosimilitud, la atendibilidad o cualquier otro, hay que exigir a los jueces que cumplan con la obligación de indicar en la motivación el criterio empleado; puesto que, si no es posible —por no estar expreso— conocer el criterio usado para elegir una concreta versión del hecho a probar, la elección se hace incontrolable o irracional, convirtiéndose en un puro acto de voluntad; ahora bien, este voluntarismo judicial a la hora de valorar las pruebas no puede admitirse esencialmente por dos razones: de un lado, porque constituye una clara violación del derecho a la prueba de las partes, pues éste comprende la obligación del juez de dar cuenta en la motivación de la valoración efectuada sobre todos los elementos de prueba introducidos en la causa (valoración completa) y de hacer patente el criterio utilizado para la misma, y de otro lado, porque el discurso de justificación de la decisión de la *quaestio facti* no sería racional por utilizar elementos conceptuales o argumentos adquiridos sin respetar las reglas que disciplinan el propio juicio de hecho.

57 Cfr: TARUFFO "La valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prova e argomenti di prova" cit, pag. 913-ss, y Vid. "Libero convincimento e valutazione delle prove" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1985, pag. 489.

La motivación del juicio de hecho debe como mínimo contener: 1) Indicación del criterio de convencimiento utilizado por el juez. 2) Indicación de los elementos apreciados en el examen de las pruebas que sean relevantes para determinar el grado de verosimilitud o atendibilidad de los resultados probatorios obtenidos; 3) Enunciación de los condicionamientos previos o preelecciones valorativas y axiológicas del juez que pueda condicionar su decisión sobre *factum probandum*. La racionalidad del discurso de justificación de la *quaestio facti* se consigue cuando se indica explícitamente el criterio valorativo del juez y, al mismo tiempo, se muestran los resultados producidos por la aplicación del criterio de convencimiento elegido a los diversos medios de prueba practicados en la causa, quedando entonces justificada la decisión sobre *factum probandum*.

El Juicio de los hechos:

La decisión jurídica es siempre una respuesta oficial a propósitos de hechos, se dirime en ella la concurrencia o la falta de concurrencia de los acontecimientos, y en el primer caso se valora en el sentido y las circunstancias en que estos han ocurrido pues la sentencia se produce en relación a la existencia o inexistencia de los mismos.⁵⁸

Es importante precisar que existen según José Calvo González hechos fáciles y hechos difíciles, entendiéndose como hechos fáciles aquellos que son relativos a experiencias existenciales cuya adquisición, fijación y verificación fáctica se encuentran jurídicamente exoneradas de las reglas de contradicción y/o inversión o del reparto *onus probando*, o bien resultan limitadas (*fasvor probationis*), estos son hechos expresamente admitidos por las partes o admitidos tácitamente por la contraria, hechos ciertos y hechos institucionales.

Por otro lado los hechos difíciles son aquellos donde el problema jurídico procesal es el conocimiento, esclarecimiento y la puntualización objetiva del sustrato fáctico de una experiencia existencial, estos son hechos rebeldes, hechos fugaces, asimismo hechos notorios y hechos negativos, hechos reconstruidos y hechos futuros como posteriores (sean hechos pendientes, o hechos demorados), hechos ante futuro, y hechos en futuro, hechos virtuales, y hechos disipados-hechos indiciarios.

Desde los hechos disipados o indiciarios se establece la idea de que los hechos no son solo un discurso cognoscitivo de hallazgo o cualificación, sino que son narrativos, deliberativos como producto específico de la prudencia o de la razón.

Según Rafael Asís Roig, toda decisión o motivación judicial se centra en dos premisas que parten de dos tipos de razonamiento distintos, un razonamiento que se centra en la determinación de los hechos –argumentos fácticos- y otro que aborda el problema de la calificación jurídica de los hechos –argumentos normativos-; ambos utilizan reglas y enunciados normativos que deben ser justificados y aun cuando los mecanismos de justificación pueden ser distintos, ambos gozan de similitud en cuanto a que pueden ser reconstruidos mediante la apelación a una regla que dota de racionalidad a la decisión.

58 MIRAUT, Laura: "La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos", *Anuario de Filosofía*, 2002, Pág. 14-30.

59 CALVO, José. "Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVIII, 2001. Pág. 14-30.

La motivación de los hechos según éste debe ser hecha desde dos perspectivas, los criterios de justificación y los criterios de corrección.

El criterio de justificación:

Contiene dos vertientes: la justificación Interna y Externa; la primera de ellas permite reconstruir el esqueleto básico de la decisión pues a través de la misma es posible averiguar las reglas que han servido a quien decide para establecer los hechos, la segunda permite el establecimiento de la justificación de la regla utilizada pues consiste en su explicación, para su justificación existen cuatro tipos de criterios de carácter fácticos: el inductivo, el de la razonabilidad, el de la probabilidad y el de autoridad.

El criterio inductivo: se apoya en el razonamiento inductivo, se le cuestiona su incapacidad para alcanzar conclusiones ciertas pero según Ch. Peirce, permite lograr conclusiones solo probables y razonables. El mismo es apropiado como camino de apoyo a las máximas de la experiencia.

El criterio de la probabilidad: justifica la regla mediante la medición de su probabilidad.

El criterio de autoridad: consiste en justificar la regla en la opinión de un experto o de un perito.

El criterio de razonabilidad: a pesar de que en este criterio podrían caer los demás su sentido original se identifica con la llamada reducción del absurdo, por el cual se observa lo relevante del peso de las razones que justifican las consideraciones de lo absurdo y que necesariamente deberían explicitarse.

Los criterios de corrección:

De los criterios de corrección pueden distinguirse dos niveles: el primer nivel se proyecta sobre las reglas justificadas a través de los criterios de justificación y el segundo nivel se proyecta sobre todos los criterios ya sean de justificación o de corrección.

Los criterios de justificación de primer nivel señalan exigencias que deben ser tenidas en cuenta por las reglas utilizadas: tres de estas son atención al precedente, autoprecedente y aceptabilidad.

El criterio de atención al precedente expresa la exigencia de mantener las reglas anteriores o en su defecto de justificar su cambio, para garantizar el principio de la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad, la seguridad jurídica y el carácter predecible que debe poseer toda decisión judicial.

El criterio de coherencia a futuro, expresa la exigencia de adoptar reglas que se vayan a mantener en razonamientos posteriores que se desenvuelvan en idénticas o similares circunstancias. Se relaciona con una de las reglas fundamentales que presiden el discurso práctico general de la teoría de la argumentación y que Robert Alexy ha enunciado como sigue: "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"⁶⁰

El criterio de la aceptabilidad trata de que la regla sea presumiblemente aceptada por los miembros de la comunidad jurídica a la que se dirige. Esto obliga a quien decide a situarse en la posición de aquellos a los que se dirige y a plantearse si estos aceptarían la decisión.

Aulius Aarnio lo formula como el examen de las consecuencias de la decisión y lo proyecta en el ámbito de la dogmática jurídica, de la siguiente manera: "la dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad que razona racionalmente"⁶¹

Los criterios de corrección de segundo nivel:

Como nos referíamos en párrafos anteriores los criterios de corrección del segundo nivel expresan exigencias sobre el uso tanto de los criterios de justificación como de los criterios de corrección de primer nivel, estos son: explicación, saturación y no refutación.

El criterio de explicación exige que quien decida haga públicamente las reglas y los criterios (de justificación y de corrección) que sirven para motivar su decisión. Aunque parece un requisito obvio de la argumentación, hemos visto que no se satisface en el ámbito de la decisión judicial. Le corresponde a quien decide mostrar las reglas y los criterios y no dejar esta tarea a quien analiza la decisión.

El criterio de saturación alude a una de las exigencias de la teoría de la argumentación de Robert Alexy "el requisito de saturación", para éste autor se trata de la exigencia de poner de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento. En todo caso, el requisito de saturación exige no sólo la utilización de estos criterios sino que éstos sean manifestados en la motivación de la decisión.

El criterio de no refutación se relaciona con la exigencia que, en el ámbito de la motivación de la hipótesis, Marina Gascón, establece: "Decir que una hipótesis no ha sido refutada significa que las pruebas disponibles no se encuentran en contradicción con ella. Por eso, justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha

60 DE ASÍS, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Madrid: Marcial Pons. 1995. Pág. 244

61 Aarnio, A. Lo Racional como Razonable. Versión castellana de E. Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. P. 286.

habido contrapruebas de esta hipótesis o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas”; por lo que la aplicación de este criterio exige tener en cuenta los posibles datos que pueden llegar a desvirtuar los criterios de justificación, el mismo tiene que ver con el llamado “control de la fiabilidad probatoria”, el cual es entendido como la actividad cuya finalidad consiste en dar cuenta de la eficacia probatoria de un elemento de prueba.

Por último Asís Roig plantea que el control del razonamiento fáctico conduce a afirmar que puede ser descrita de forma racional y por tanto, que es posible controlar, al menos en cierto grado su exposición. La exigencia de motivación de los argumentos de hecho no está clara en el Ordenamiento y además cuenta con la oposición de numerosos autores, incluso se ha llegado a afirmar que: “el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica el resultado aislado de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración, y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los jueces y en el secreto de las deliberaciones.... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del por qué llego a las conclusiones fácticas”; No obstante, el carácter de probabilidad presente en estas decisiones subraya la necesidad de su control al implicar un margen de incertidumbre y de valoración.⁶²

Ahora bien estos controles que hemos expuesto según lo que ha establecido Asís Roig, se proyectan en todo al ámbito de la motivación y su control tal como señala P. Andrés Ibáñez, en su artículo sobre la motivación de los hechos en la sentencia penal que fuera publicado en las páginas 290 y 291 de la revista jurídica *Doxa* número 12, 1992; donde éste expuso que la exigencia de motivación de toda actuación obligaría al juez a operar desde el principio con unos “parámetros de racionalidad expresa y de conciencia automática mucho más exigentes” ya que, “no es lo mismo resolver conforme a una co-razonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados”.

Pautas argumentativas para un correcto establecimiento del juicio fáctico en las decisiones judiciales:

Para que exista calidad en la motivación de una sentencia debemos tomar en cuenta además de la ley a aplicar, que la misma responda a un verdadero análisis de los hechos y de las pruebas suministradas, en base al sentido común, es decir que se refiera a la ley aplicable al caso y a las pruebas disponibles por medio de las cuales se llegó a la conclusión fáctica que dio lugar a la decisión, pues resulta erróneo pensar que los jueces al tomar la decisión solo se limitan a aplicar la ley, ya que sentenciar es en buena medida un acto donde interviene la voluntad y el juicio de valor del juez con relación a los hechos y actos jurídicos que le hallan sido sometidos a su ponderación.

62 Sentencia Del tribunal Supremo del 10 de febrero de 1978, RA 417.

Es un requisito ineludible del discurso de justificación que este contengan los elementos precisos que permitan a las partes controlar que el juez haya valorado en su conjunto todos los resultados probatorios; implica una concreta y explícita indicación sobre la eficacia atribuida a cada uno de los medios de prueba después de su apreciación.

Demostrar que se ha realizado una valoración completa de la prueba lo que se cumple con señalar que ha realizado un examen de esta tanto individual como de conjunto indicando la valoración que le ha adjudicado.

El relato de hechos probados debe en cada caso incluir explícita justificación y verificación del examen global de todos los resultados probatorios obtenidos por el juez, puesto que esta exigencia mínima en la motivación fáctica constituye un presupuesto para que los jueces puedan gozar de cierta libertad de elección respecto de los fundamentos de su propio convencimiento que les permita solucionar el conflicto origen del pleito; en consecuencia no son admisibles los casos en que el juez alcance un convencimiento sobre la *quaestio facti* sin examinar la totalidad de los resultados probatorios arrojados en la causa.

Las especialidades que presenta la motivación con relación al criterio decisorio o de convencimiento cuando se trata de acreditar o probar la totalidad del *quaestio facti*, es decir de individualizar el *Inter Fáctico* acaecido permiten tener en cuenta la existencia de diversos requisitos de naturaleza justificativa en relación con la indicación del criterio de decisión empleado por el juzgador; siendo estos requisitos los siguientes:

- a) El juez debe indicar los elementos sobre cuales intenta fundar su convencimiento.

Tras reconocer que la libertad que tiene el juez para elegir entre el material probatorio introducido en la causa a efectos de la reconstrucción del relato fáctico, no hay duda que dicha libertad tiene como contrapartida la obligación del juzgador de indicar los elementos que a la postre han usado para formar su particular convencimiento sobre los hechos de una causa; esto significa que aunque el juez deba tener en cuenta mentalmente los elementos para decidir previamente a la propia decisión, sin embargo, la expresión o exteriorización de los mismo solo llega a conocimiento de sus destinatarios (la audiencia técnica y la audiencia general), tras haber sido tomada la decisión mediante la elaboración del relato de hechos indicado en la motivación; por consiguiente, el momento temporal en que se produce el conocimiento general de los fundamentos de la decisión sobre la *quaestio facti*, condiciona la forma y el modo en que los mismos han de venir presentados en el discurso justificativo.

La indicación de los elementos determinantes del convencimiento alcanzado ha de permitir, como mínimo, que un tercero ajeno a la causa, el interprete de la sentencia, pueda reconstruir el *inter lógico* seguido por el juez.

63 IGARTUA, Juan: ídem Pág.183.

- b) indicación del criterio de convencimiento empleado.

El juez es libre para seleccionar los elementos relevantes para lograr su propio convencimiento, pero esta libertad de ningún modo es sinónimo de arbitrariedad; el juez debe indicar su criterio de convencimiento o de relevancia, de manera que pueda ser empleado como parangón por los intérpretes de la sentencia, en un eventual control de razonamiento valorativo de la prueba.

La decisión jurisdiccional, que se manifiesta en la redacción del relato de los hechos probados encuentra su razón de ser en la existencia de un criterio ordenador del conjunto de los resultados probatorios que garantiza la lógica y la coherencia en la selección de los hechos probados.

Resulta indiferente el criterio elegido por el juez siempre que cumpla algunas exigencias:

- a) Debe permitir su aplicación a la totalidad de los resultados probatorios.
- b) Debe ser un criterio adoptado tras una prudente apreciación de cada una de las pruebas deducidas.
- c) Debe ser único para la valoración del material probatorio adquirido a la causa.
- d) Debe ser expreso.

El contenido del posible criterio de convicción puede ser muy variado, bien sea la verosimilitud, la atentabilidad o cualquier otro, pero en todo caso el juez deberá incluir en la motivación fáctica el criterio de convicción elegido y las máximas de la experiencia que lo sostengan.

Una decisión puede ser acertada y su justificación, en cambio, alocada; por tanto, rechazar una justificación por irracional no implica descalificar la decisión por incorrecta.

La legitimidad democrática de la jurisdicción con relación al juicio de hecho se expresa mediante asertos cuya verdad relativa remite a una verificación empírica sujeta a prueba y contraprueba, abierta a la negación o a la confirmación a través de un proceso contradictorio, por lo que se trata de una legitimidad de tipo racional que puede controlarse por dos tipos de operaciones mentales denominadas “motivación activa” y “motivación producto”, la primera conduce a la solución del caso y la segunda se usa para designar aquel segmento escrito de las sentencias en el que los jueces justifican su decisiones, estas se encuentran en dos fases distintas del razonamiento decisorio sobre las cuales ya nos habíamos referido, se trata pues de la fase de descubrimiento o heurística que comprende el conjunto de los procedimientos mentales que el juez pone en

juego para llegar a una decisión mediante el empleo de criterios de distintas naturalezas (lógicos, jurídicos, cognoscitivos..) y la fase de la justificación que comienza cuando una vez tomada la decisión, esta requiere ser motivada mediante argumentos para mostrar que la decisión adoptada se fundamenta en buenas razones.

En fin ponderar el fundamento de las razones que se aducen a favor de una decisión constituye el objeto del control democrático de la decisión y consiste en si la decisión adoptada contiene las razones que las sustentan y no en el recorrido en la búsqueda de la solución.

La operación de control esta integrada a efectos analíticos por tres tipos de controles: Uno prescriptivo que consiste en la valoración de la prueba conforme a un modelo metodológico; otro descriptivo cuya valoración de las pruebas esta motivada de una forma fáctica, y un tercero relacional que corresponda a que la motivación fáctica entre lo que se debió hacerse y lo que se hizo tenga analogía.

Los fundamentos de hecho constituyen el dominio más accesible e igualitario para el control popular. El presunto dominio de las cuestiones fácticas aparece enmarañado con una gran cantidad de reglas legislativas y jurisprudenciales.

El estricto tema de la valoración de las pruebas no puede sacudirse de encima la servidumbre de alguna normas orientadas a salvaguardar diversos valores jurídicos, si dentro del complejo normativo que regula la valoración de las pruebas nos proponemos deslindar las reglas jurídicas, por un lado, y las genéricamente empíricas, por otro, tropezamos de sopetón con un escollo que juiciosamente no podemos esquivar.⁶⁴

Existen dos puntos de vista para concebir la prueba: La primera es que en asunto de prueba, vale la pena ocuparse solo de los aspectos del fenómeno probatorio regulados por normas jurídicas, pues estas representan un contexto autónomo y autosuficiente respecto de cualquier otro sector de la experiencia; por ello, quedan excluidos nociones, conceptos o modelos de análisis que provienen de dominios ajenos al estricto orden jurídico; La segunda postula que la prueba es un fenómeno perteneciente, en principio, a la esfera de la racionalidad (o al menos razonable), pues si bien algunos aspectos de este fenómeno están contemplados y regulados por normas jurídicas es lícito emplear nociones, conceptos y modelos de análisis importados de otros sectores (de la ciencia, del sentido común o de la racionalidad en general); y, por ende, el fenómeno probatorio se sitúa preferentemente en una perspectiva epistemológica más que en una dimensión jurídica.⁶⁵

Para la valoración conjunta de las pruebas se requiere coherencia, la cual puede ser dada por el uso de un método analítico, o atomista, el cual sugiere que la decisión sobre

⁶⁴ Ídem Pág. 186.

⁶⁵ TARUFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid: Trotta. 2002. Pág. 317-320

los hechos debe ir precedida de un examen individualizado de cada uno de los elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las inferencias específicas que se fundan en cada uno de aquellos; De esta manera una vez valorado cada elemento de prueba, la decisión final se configura como el resultado de una combinación sustentada en las pruebas individualizadas.

La concepción holista, parte de hipótesis globales sobre los hechos en su secuencia temporal conectándolos entre sí en una totalidad significativa, como si fuera un cuento. La decisión judicial consiste en la selección de una historia entre las varias que las partes y sus defensores someten a la estimación del juez y esta opción se efectúa sobre la base de valoraciones conjuntas más que de cada elemento de prueba, pero no desde una perspectiva de su relación con los hechos individuales pues independientemente de los dos métodos se precisa la explicación del razonamiento inferencial toda vez que la actividad probatoria consiste esencialmente en remontarse desde lo conocido hasta lo desconocido y, por consiguiente, se precisa del auxilio de alguna mediación para recorrer ese espacio intermedio, que no es más que el razonamiento inferencial el cual es el común denominador cuando se justifica la valoración de las pruebas, sea cual fuere su índole (directas o indiciarias) requiriéndose para un razonamiento inferencial correcto, tanto internamente como externamente de una correcta justificación interna y externa.

Hemos analizado que se considera que un razonamiento estaría internamente justificado si, a la vista de unos elementos probatorios, y dada la máxima de experiencia seleccionada, se infiriera consistentemente que las cosas son así y no de otra manera, si aprobamos que esta conclusión ha sido obtenida correctamente, teniendo, por tanto, la garantía de una justificación interna.

La justificación externa puede no ser indispensable cuando la asunción de las pruebas se basa en el sentido común, en cánones de razón generalmente aceptada, en una autoridad reconocida como válida, en elementos tendencialmente aceptados en el ambiente cultural en el que la decisión se toma o por los destinatarios a los que ésta se dirige.⁶⁶ Por que no cabe duda que el fallo contiene el resultado final de la controversia, la decisión del conflicto, obtenidos a través de ejercicio de la libertad de elección concedida al juzgador; la motivación en cambio, es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juez para justificar la decisión final de la causa, en esencia la actividad jurisdiccional se apoya en la existencia de un ámbito de libertad concedido al juez por la ley para decidir; y correlativamente en la obligación de fallar y resolver el conflicto.

En los límites de la potestad jurisdiccional, el juez recibe de la ley un mayor o menor grado de libertad de elección dirigido exclusivamente a resolver la controversia planteada; en consecuencia a mayor grado de libertad concedida a los jueces, mayores serán los requisitos que deberán cumplir la decisión y la motivación.

66 IGARTUA, Juan: "Idem". Pág. 209

Es por eso que según plantea el magistrado Juan Socorro citando a autores como Daniel González Lagier y Perfecto Andrés Ibáñez han establecido que: En la argumentación fáctica hay que tener en cuenta que lo que debe hacer el juez es:

1º) hacer explícitas las razones de su juicio fáctico, es decir, reconstruir, de modo que puedan ser conocidos por todas las personas, los pasos de su razonamiento. Para ello ha de dejar constancia, como dice Taruffo, de: 1º.1) los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, 1º.2) las inferencias realizadas a partir de ellos, 1º.3) los criterios empleados para llegar a las conclusiones probatorias, 1º.4) los criterios con los que se justifica la valoración conjunta y global de los diversos elementos de prueba, y 1º.5) las razones en que se apoya la opción final en orden al fundamento de la hipótesis sobre el hecho.

2º) en la exposición del juicio fáctico ha de huir de la ambigüedad y poca claridad en la redacción; el apartado de “hechos probados” de la resolución debe evitar el exceso de incisos, oraciones subordinadas, y frases demasiado extensas que obstaculicen la comprensión de aquéllos.

Y lo que no debe hacer es: 1º) explicitar sólo el resultado del juicio fáctico; 2º) exteriorizar un proceso mental, y 3º) exponer la conclusión a la que llegue acompañada de la mera indicación o simple enumeración formal de los medios de prueba que, supuestamente, ha utilizado o se deben utilizar para ello.

Por último para atribuir solidez a la justificación fáctica: señala Atienza, las normas jurídicas tienen siempre un componente de autoridad. Dichas reglas son razones excluyentes o protegidas, según Raz. Hart las llama razones perentorias, y Schauer se refiere a ellas como “razones atrincheradas”. Frente a dichas razones, existen los elementos (leyes científicas, máximas de experiencia, hipótesis, etc) que intervienen como premisas cuando se trata de probar un hecho. El peso o la solidez de estas otras razones (fácticas), que estudia el citado autor en el ámbito de la llamada “concepción material de la argumentación jurídica”, depende de varios criterios. González Lagier enuncia éstos:

1º Los hechos han de ser fiables.

Para que una hipótesis pueda considerarse fundamentada se exige que los datos a partir de la cual se infiere la misma sean fiables. La fiabilidad del hecho depende de cómo hemos tenido conocimiento de él. Dicho conocimiento puede depender de:

- *el conocimiento directo del juez;*
- *de conclusiones científicas (por ejemplo, aquella a la que se llega tras un prueba de ADN), o*
- *puede ser el resultado, a su vez, de otra inferencia.*

2° Los hechos han de ser suficientes.

En la argumentación fáctica es necesaria la suficiencia de los hechos objeto de la misma. Así, cuantos más hechos confirmen la hipótesis que se quiere probar, más seguridad existe en cuanto a su corrección, aunque en ocasiones un solo hecho con un alto grado de fiabilidad puede tener más peso abstracto que varios hechos de escasa fiabilidad.

3° Los hechos han de ser variados.

Como dice González Lagier, la variedad de los hechos aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos. La variedad de esos hechos comporta una ventaja importante: permite eliminar las hipótesis alternativas con las que aquélla entra en juego.

4° Los hechos han de ser pertinentes, es decir, tener una relación directa con el descrito en la hipótesis que se trata de confirmar.

Como señala Andrés Ibáñez, el juez o tribunal que juzga trabaja con hipótesis ofrecidas por las partes. La hipótesis es un intento de explicación de algo que ha sucedido, que tiene relevancia en el proceso. Con ellas se opera conforme a la metodología hipotético-deductiva, que consiste, en este caso, en deducir los efectos reales que tendrían que haberse producido si la hipótesis fuera verdadera, para comprobar, a continuación, mediante las pruebas, si aquéllos han tenido existencia histórica cierta en la realidad. Los criterios para verificar si una hipótesis presenta suficiente solidez son los siguientes:

1° Verificar si ha sido o no refutada: la credibilidad de una hipótesis depende de que haya superado con éxito el juicio de su no refutación por otra alternativa o incompatible.

Dice González Lagier que una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. La hipótesis es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable. Citando a Hempel señala que la refutación puede representarse mediante el siguiente esquema de razonamiento deductivo:

Si la hipótesis H es cierta, entonces la hipótesis derivada H' también lo es.

H' es falsa.

H es falsa.

2° Verificar si se han podido confirmar las hipótesis derivadas. Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran que son falsas, pero aumentan su credibilidad si se conforman como verdaderas.

3° Comprobar si cabe eliminar todas las hipótesis alternativas.

El que una hipótesis determinada sea más creíble que otras depende de la credibilidad de aquellas otras con respecto a las cuales la primera compite. Lo habitual, como reconoce el autor que en este punto seguimos, es que el juez disponga de varias hipótesis y que haya de escoger aquélla que sea más sólida de acuerdo con los criterios que antes se han indicado.

4° Procurar que la hipótesis es coherente y simple.

Para escoger entre hipótesis con un grado de confirmación semejante se ha señalado por la doctrina dos criterios básicos. El primero es de la coherencia narrativa o congruencia. En este sentido MacCormick señala que se ha de escoger una hipótesis que explique los hechos de una forma más creíble teniendo en cuenta una máxima de experiencia fundada, y de acuerdo con el resto del conocimiento del que disponemos.

El segundo criterio de elección entre hipótesis equivalentes es el de la simplicidad, de modo que las hipótesis más simples serían las que explican más con un menor grado de presuposiciones, lo que le atribuye mayor credibilidad.

Se efectuar una buena justificación fáctica: Como resalta el magistrado Andrés Ibáñez, si la sentencia “ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer pero, idealmente, deberá haber sido bien y suficientemente explicado”.

Aplicadas las anteriores afirmaciones a la argumentación fáctica, hemos de partir de que no todos los casos de justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo. No obstante, en todos ellos ha de efectuarse el necesario para que el ciudadano que lea la sentencia pueda tener claro lo siguiente:

1° cuál o cuáles han sido las hipótesis de partida relativas al hecho principal y sus elementos integrantes;

2° cuáles han sido las fuentes de prueba utilizadas y por qué medios se ha producido el examen de las mismas;

3° cuáles son los elementos de prueba obtenidos en cada caso y su aportación al resultado que se expresa en la decisión sobre los hechos, y

4° de qué máximas de experiencia se ha hecho uso y porqué.

Las máximas de experiencia, como dice Stein, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya

observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Las máximas de experiencia pueden ser de “experiencia clínica” (p.ej. cómo se fracturan los metacarpianos; la lesión del boxeador; el haber sufrido un traumatismo en una mano no sería obstáculo para, de inmediato, volver a golpear con ella), o “de experiencia corriente” expuesta el modo de actuar debe ser analítico. El juez ha de exteriorizar, de forma individualizada, el resultado de cada medio probatorio. Ello requiere:

- a) la identificación perfecta de cada fuente de prueba (la persona, el documento o el objeto de la pericia);
- b) la localización original de cada fuente de prueba en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos, y
- c) valorar también la aptitud del medio de prueba propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, teniendo en cuenta sus circunstancias.

Bibliografía Módulo V

ANDRÉS, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal". *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 12, Alicante. 1992

ASÍS, Rafael. **Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento**. Madrid: Marcial Pons. 1995

De ASÍS, Rafael. "Sobre la motivación de los hechos". *Anuario de filosofía del Derecho*. Tomo XVIII. 2001. pp. 35 a 48

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel.

ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan. "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica". *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Núm. 24, 2001.

ATIENZA, Manuel. **Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004.

AGUILÓ REGLA, Josep. "Notas sobre 'Presunciones' de Daniel Mendoca". *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Núm. 22, 1999.

BARRANCO, María del Carmen. **Derechos y decisiones interpretativas**. Madrid: Marcial Pons/Universidad Carlos III de Madrid. 2004.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. trad. Manuel Osorio Florint. Granada: Comares. 2001

BONORINO, Pablo, "Lógica y prueba judicial". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo XVI. 1999

BULYGIN, EUGENIO, "COGNITION AND INTERPRETATION OF LAW". *GIANFRAMAGGI O, LETIZIA, Y PAULSON, STANLEY L. (EDS.), COGNITION AND INTERPRETATION OF LAW, TORINO, G. GIAPICHELLI*. 1995

BUSTAMANTE, Reynaldo. **El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo**. Lima: Ara Editores. 2001

CALVO, José. "Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVIII. 2001

CÁRDENAS, Jaime, **Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox**. México: Unam/Iij. 2004

CARNELUTI, Francesco. **La prueba civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayú. 1955

COLOMA, Rodrigo. *Jueces en el laberinto: acerca de la fortuna e infortunio de lenguaje de la determinación de los hechos*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2005

COLOMER, Ignacio. **La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales**. Valencia: Tirant lo blanch. 2003

COPI, Irving y COHEN, Carl. **Introducción a la lógica**. México: Limusa. 2004

CORTÉS, Valentín. "La prueba (I)". Almagro, José, et. al., **Derecho procesal**. T. I, v. I, Valencia: Tirant lo blanch. 1992

DEVIS, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. T. II. Buenos Aires: Zavala. 1988

DÖHRING, Erich. **La prueba. Su práctica y apreciación**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa -América. 1986

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel. 2002

ESEVERRI, Ernesto. **Presunciones legales y derecho tributario**. Madrid: Marcial Pons/ Instituto de Estudios Fiscales. 1995.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch. 1961

FERNÁNDEZ, Mercedes. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: lustel. 2005

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta. 2004

FERRER, Jordi. "Derecho a la prueba y racionalidad de la decisiones judiciales". *Jueces para la democracia*. Núm. 47, 2003

FERRER, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª. ed. Madrid: Marcial Pons. 2005

GARBERÍ, José y BUITRÓN, Guadalupe. **La prueba civil**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004

GASCÓN, Marina. "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de 'Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad ', de Michele Taruffo". *Discusiones*. Núm. 3, 2003.

GASCON, Marina. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2004

GASCON, Marina. "La posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". *Jueces para la democracia*. núm. 54, 2005.

GASCÓN, Fernando. **El control de la fiabilidad probatoria: "prueba sobre prueba " en el proceso penal**. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho. 1999.

GONZÁLEZ, Daniel. "Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle". *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Núm. 13, 1993.

GONZÁLEZ, Daniel. "Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial" *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino. 2000.

GONZÁLEZ, Daniel. **Las paradojas de la acción. Acción humana, filosofía y derecho** **Alicante:** Universidad de Alicante. 2001

GONZÁLEZ, Daniel. "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el derecho penal (I)", en *Jueces para la democracia*, núm. 46, Madrid. 2003a

GONZÁLEZ, Daniel. "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el derecho penal (II)", en *Jueces para la democracia*, núm. 47, Madrid. 2003b

GUASTINI, Riccardo. "Reglas constitutivas y gran división". *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14. 1990.

HEMPEL, Carl. **Filosofía de la ciencia natural**. Madrid: Alianza Editorial. 1993.

HERNÁNDEZ, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons. 2005.

IGARTUA, Juan. **Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1995.

ITURRALDE, Victoria. **Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003.

MARÍN-BARNUEVO, Diego. **Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario**. Madrid: McGraw Hill. 1996.

MENDOCA, Daniel. **Exploraciones normativas**. México: Fontamara. 1995.

MENDOCA, Daniel. **Interpretación y aplicación del derecho**. Almería: Universidad de Almería. 1997

MENDOCA, Daniel. "Presunciones". *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, vol. I, Núm. 21, 1998.

MORA, Luis. "La prueba como derecho fundamental". (En línea) *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional - Proceso y Constitución*. (Julio -Diciembre 2005) Ed. Porrúa. Argentina. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Pag . 169-189. Disponible en: www.lidpc.org.

MORESO, José. **Lógica, argumentación e interpretación en el derecho**. Barcelona: Editorial Uoc. 2006

MUÑOZ, Francisco. "Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal". Madrid: Ed. La Ley, en colaboración con las Universidades de Huelva, Castilla-la Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla y el Instituto Hugo Grotius de Madrid. La Ley. Publicación semestral Julio 2004. Pag. 96-123

MUÑOZ, Luis. **Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso**. 4ª ed. Barcelona: Praxis. 1993

NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)**. México: UNAM. 1989

PÀSARA, Luis. "Como sentencian los jueces de México, D.F. en materia penal". (En línea Revista Penal. Madrid: Ed. La Ley - Julio 2004 -. Publicación semestral de la Ley, S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-la Mancha, Pablo de Olavide de Sevilla y el Instituto Hugo Grotius de Madrid. Disponible en: www.laley.net

PICO, Joan. "El principio de adquisición procesal en materia de prueba". Tomo de Jurisprudencia La Ley. *Revista jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. 1.2006. Grupo Wolters Kluwer. Pag. 1304-1313.

PICO, Joan. "La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil". JUSTICIA Revista de Derecho Procesal. Madrid: Ed. Jb. J.M Bosch. S.L. 2005. Pag. 35-59.

ROCHA, Hugo. **Presunciones e indicios en el juicio penal**. Buenos Aires: Ediar. 1989

RUIZ, Mario. "Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX. 2002

TARUFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta. 2002

VALLINES, Enrique. "Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación". La Ley Penal. *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*. Num. 23 año III enero del 2006. Madrid: Ed. Wolters Kluwer.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. México: Fontamara. 2001. Pag. 35-63 y 171-203.

Módulo VI

La correcta argumentación en la sentencia

Coordinadores:

Juan Carlos Socorro y José A. Cruceta

Autor:

Alberto Moronta

Objetivos específicos

- Incentivar a los jueces al perfeccionamiento de la redacción de sus sentencias, a través de la claridad y el orden.
- Articular la norma, valores y hecho para usarlos de manera congruente en la estructuración de las sentencias, tomando en cuenta la ponderación.
- Diferenciar la argumentación en relación a la norma (subsunción) y en relación a los principios (ponderación).
- Lograr una mayor eficacia en el trabajo del Juez.

Módulo VI

La correcta argumentación en la sentencia

Introducción.....	157
La motivación de la sentencia.....	159
Estatuto legal en República Dominicana.....	160
Criterios jurisprudenciales.....	162
Necesidad y características de la motivación.....	164
Los planos o etapas en el razonamiento judicial.....	176
Cierre conceptual.....	182
Consejos generales contenidos en los módulos anteriores, para la correcta estructuración de la sentencia.....	182

Introducción

La estructuración de la sentencia y la forma de motivarla debidamente, es un tema que cada vez cobra mayor vigencia, en las escuelas judiciales. En los módulos anteriores, hemos tenido ocasión de analizar nuevas propuestas en la teoría de argumentación jurídica, probablemente las más novedosas en nuestros sistemas jurídicos.

Nos parece que ahora es buen momento para integrar, estas teorías y las consecuentes destrezas que hayamos adquirido, con el razonamiento judicial que estudiamos en el primer seminario sobre Estructuración de Sentencias, a la luz de la teoría del magistrado Rodolfo Luis Vigo, me refiero a los cinco planos o estadios del razonamiento judicial. Y vincular todo nuestro estudio con las necesidades prácticas de argumentación de conformidad con la ley, doctrina y jurisprudencia.

Este es el propósito de este último módulo. En un primer capítulo nos gustaría tocar el tema de la motivación de las sentencias en general, en derecho francés y derecho dominicano y en un segundo capítulo, remozar el estudio de los cinco planos referidos con las nuevas propuestas de argumentación que se analizan en los módulos anteriores.

I. La Motivación de la sentencia.

I. Los motivos en Francia, a partir del Análisis del Magistrado Pierre Estoup⁶⁷.

La motivación de las sentencias es la exposición de las razones que han conducido al juez a tomar la decisión que expondrá en el dispositivo. El papel de esta motivación es importante, no sólo desde el punto de vista técnico para permitir a la jurisdicción jerárquicamente superior ejercer su control, sino desde el punto de vista sociológico: en la medida en que el alcance práctico de la decisión está a menudo vinculado a la buena comprensión de la misma por los justiciables, lo que favorecerá su aceptación.⁶⁸

La exigencia de la motivación de las decisiones judiciales nace en materia civil, en Francia, con las leyes del 16-24 de agosto de 1790 y la ley del 20 de abril de 1810. Actualmente se encuentra regida por el artículo 455 del Nuevo Código de Procedimiento Civil cuyo texto es el siguiente:

“La sentencia debe exponer sucintamente las pretensiones respectivas de las partes y sus medios; debe ser motivada. La sentencia enuncia la decisión bajo forma de dispositivo”.

Los motivos son la parte demostrativa de la sentencia, donde se aprecian los méritos de las pretensiones y medios de las partes, en el marco de un razonamiento de tipo silogístico, que consiste en constatar que las condiciones de aplicación de la regla de derecho se encuentran reunidas y conducen a tal solución.

A partir de los artículos del 455 al 458 del Nuevo Código Procesal Civil francés y la ley del 20 de abril de 1810, se ha establecido que la obligación de motivar tiene un carácter imperativo y su incumplimiento puede provocar que la decisión incurra en uno de los siguientes vicios: 1.) La ausencia de motivos, 2.) la contradicción de motivos, 3.) la falta de responder a las conclusiones de las partes y 4) El motivo dubitativo o hipotético.

La obligación de motivar se aplica, en principio, a todas las sentencias, sin importar la jurisdicción de donde emanen y sobre cada una de las pretensiones y cada uno de los medios argüidos por las partes, capaces de influir en la suerte del litigio.

Los motivos enunciados en la decisión habrán satisfecho la obligación de motivar, en la medida en que conlleven una justificación completa de la decisión y responda a todos los puntos de las conclusiones. Esto supone que la motivación sea a la vez intrínseca a la sentencia, precisa y pertinente⁶⁹.

67 Primer presidente de la Corte de Apelación de Versailles, casi todo el material de este primer tema está tomado de su libro LA PRATIQUE DES JUGEMENTS, Paris, Éditions Litec, 1990.

68 REPERTOIRE DE PROCÉDURE CIVILE, 2e. édition, Dalloz, tome II, Pág. 1979.

69 ESTOUP, Pierre. La pratique des jugements, Paris: Éditions Litec. 1990. Pág. 118.

La exigencia de una motivación intrínseca, se refiere a que la decisión debe bastarse a sí misma, sin el apoyo de referencias o elementos exteriores. La motivación para ser precisa, obliga al juez a explicar con motivos propios a la especie, los elementos de prueba en apoyo de su decisión y su fundamento jurídico. Y, por último, la motivación es pertinente cuando es completa, sobre todo, con respecto al plano fáctico, de manera que permita verificar a la Corte de Casación que el juez tomó en cuenta las condiciones de aplicación de las reglas de derecho aplicable y que los elementos de hecho que condicionan la aplicación de esta regla, se encuentran reunidos.

La obligación para el juez de elaborar una motivación pertinente le impide recurrir a cinco tipos de motivos, cuya utilización prohíbe la Corte de Casación francesa: Los motivos no jurídicos, los motivos ambiguos, los motivos dubitativos, los motivos hipotéticos y los motivos inoperantes. Vamos a referirnos de inmediato a cada uno de ellos.

El motivo no jurídico es aquél que no se funda en las reglas de derecho aplicable, sino en consideraciones extrañas al derecho, tales como la oportunidad, el buen sentido o la equidad, en la elaboración de una decisión judicial. Estos motivos pueden ser invocados indirectamente en el marco de aplicación de una regla de derecho, pero jamás como un principio de solución, al menos que la regla de derecho aplicable no lo haya expresamente previsto.

El motivo ambiguo, es aquél que no permite conocer exactamente las razones que han conducido al juez a tomar la decisión y en consecuencia priva a la Corte de Casación de la posibilidad de ejercer su control. Es por esto que los motivos ambiguos equivalen a una falta de motivos.

El motivo hipotético consiste en la afirmación por el juez de un hecho a partir de una simple suposición.

El motivo dubitativo se diferencia del hipotético en que en este último, el juez, en lugar de afirmar que el hecho constituye una simple hipótesis, expresa dudas sobre su existencia. Resulta del empleo de expresiones como: "Parece que..." "Es posible suponer..."

Los motivos erróneos o inoperantes entrañan la nulidad de la decisión a la que se refieren, en la medida en que no se encuentren justificados por otros motivos regulares.

2. Estatuto Legal en República Dominicana

La exigencia de la motivación en nuestro derecho positivo resulta de lo dispuesto por artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene en nuestro país, rango constitucional por aplicación del artículo 3 de nuestra Constitución. Y, en la ley adjetiva, de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1014 de 1935, por artículo 24 de

la ley sobre procedimiento de casación, por el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, 537 del Código de Trabajo y 24 y 334 del Nuevo Código Procesal Penal, entre otras normas procesales particulares.

Corresponde en primer lugar, al citado artículo 141 del Código de Procedimiento Civil (que es supletorio para las demás materias), establecer el contenido de las sentencias, refiriendo de manera expresa la necesidad de los fundamentos, así enuncia que la redacción de las sentencias contendrá:

- Los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados
- Las profesiones y domicilios de las partes
- Sus conclusiones
- La exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho
- Los fundamentos
- El dispositivo.

Por su parte, el Código de Trabajo en su artículo 537 prescribe que la sentencia enunciará:

- a) La fecha y lugar de su pronunciamiento,
- b) La designación del tribunal
- c) Los nombres, profesión y domicilio de las partes, y los de sus representantes, si los tuvieren,
- d) Los pedimentos de las partes,
- e) Una enunciación sucinta de los actos de procedimiento cursados en el caso,
- f) La enunciación sumaria de los hechos comprobados,
- g) los fundamentos y el dispositivo,
- h) La firma del juez.

El Nuevo Código Procesal Penal consagra como principio la motivación de las sentencias en su artículo 24:

“Art. 24. Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar”.

Mientras que el artículo 334 del mismo Código enuncia los requisitos de la sentencia:

“Art. 334. Requisitos de la sentencia. La sentencia debe contener:

- 1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, el nombre de los jueces y de las partes y los datos personales del imputado;
- 2. La enunciación del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica;
- 3. El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término.
- 4. La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica;
- 5. La parte dispositiva con mención de las normas aplicables;
- 6. La firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hace constar en el escrito y la sentencia vale sin esa firma”.

La exigencia de la motivación en la redacción de las sentencias, pues, no deja lugar a dudas en nuestro derecho interno y afortunadamente contamos con abundante jurisprudencia que clarifica este requisito a cargo del órgano jurisdiccional.

3. Criterios Jurisprudenciales.

A. Precisiones sobre el contenido del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil.

- El artículo 141 del Código de Procedimiento Civil ordena que en la redacción de las sentencias se haga la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, y no una relación circunstanciada de los hechos aducidos por las partes, en apoyo de su demanda. (Cas. 27 de octubre de 1913, B. J. No. 38-40, Pág. 2).

- La omisión de cualquiera de las enunciaciones del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, puede ser motivo de casación, siempre que su falta no esté suficientemente suplida por otras enunciaciones de la sentencia. (Cas. 19 de marzo de 1917, B. J. 80, Pág. 28) (Cas. 9 de junio de 1924, B. J. No. 162-167, Pág. 95).
- La mención relativa a la profesión y al domicilio de las partes es sustancial. (Cas. 3 de abril de 1918, B. J. 93, Pág. 6-7).
- Si la mención de alguna o algunas de las menciones del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil no es causa de duda respecto de la identidad de la parte, no procede la anulación de la sentencia. (Cas. 6 de septiembre de 1922, B. J. 144-146, Pág. 42.)
- Por la expresión “puntos de hecho” empleada en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, debe entenderse las circunstancias que dieron origen a la litis y a la historia del procedimiento, y por “puntos de derecho” las cuestiones que se presentaron ante el tribunal y que éste tenía que resolver. (Cas. 21 de agosto de 1931, B. J. 253, Pág. 23)
- El juez no tiene que mencionar cada uno de los documentos en que se apoya la demanda o la defensa. (Cas. 21 de agosto de 1931, B. J. 253, Pág. 23)
- Ni la disposición legal del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, ni ninguna otra exigen que la exposición sumaria de los puntos de hecho que debe contener la sentencia se haga en un lugar determinado. (Cas. 19 de diciembre de 1932, B. J. 269, Pág. 24).
- Los jueces del fondo no incurrir en violación de la ley al consignar brevemente en el dispositivo de la sentencia los motivos de la decisión por los cuales rechazan la demanda. (Cas. 7 de abril de 1933, B. J. 273, Pág. 4)
- El artículo 141 del C. P. C. no obliga a los jueces del fondo a mencionar en la sentencia todos los hechos y todos los documentos invocados por cada parte en apoyo de sus alegatos. (Cas. 19 de mayo de 1933, B. J. 274, Pág. 7-9)
- La ley no prevé ninguna forma sustancial para la enunciación de los puntos de hecho y de derecho. (Cas. 25 de enero de 1935, B. J. No. 294, Pág. 11)
- El artículo 141 del Código de Procedimiento Civil no tiene sanción expresa en la ley, pero está redactado en términos imperativos y, por tanto, no puede ser indiferente que la redacción de las sentencias se haga o no de acuerdo con sus disposiciones, puesto que esto equivaldría a su abrogación eventual por los tribunales. Además, en el caso de sentencias impugnables por la vía de la casación, la omisión de algunas de las enunciaciones de dicho artículo haría imposible a la Suprema

Corte ejercer su potestad reguladora para la aplicación de la ley. (Cas. 22 de febrero de 1928, B. J. No. 91, Pág. 2).

- Las enunciaciones prescritas por el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil para la redacción de las sentencias tienen por objeto, por una parte, determinar claramente el caso sometido a la decisión del juez; y por otra demostrar que ésta no ha sido arbitraria o caprichosamente rendida, sino como consecuencia de las razones de hecho y de derecho sustentadas por el juez. (Cas. 22 de febrero de 1928, B. J. No. 91, Pág. 2).
- De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia francesas, la ley no establece fórmula sacramental para la enunciación de los puntos de hecho y de derecho. Basta que éstos sean enunciados suficientemente, de cualquier modo y en cualquier parte de la sentencia, o que el conocimiento de ellos resulte de la comparación de las conclusiones de las partes con los motivos de la sentencia. (Cas. 25 de enero 1935, B. J. 294, Pág. 8).
- Constituye una causa de nulidad de la sentencia que no contenga la transcripción de las conclusiones de las partes. (Cas. 22 de febrero de 1985, B. J. 891, Pág. 427)
- Las conclusiones no tienen que estar transcritas totalmente basta que los alegatos de las partes sean contestados y ponderados. (Cas. 14 de septiembre de 1988, B. J. 891, Pág. 427)
- Los jueces del fondo no están obligados a describir y enumerar en sus sentencias, uno por uno, los documentos en que se basaron para formar su convicción, siendo suficiente que expresen que sus fallos son el resultado de la ponderación de los documentos que componen el expediente. (Cas. 6 de marzo de 1985, B. J. 892, Pág. 586).
- Conviene señalar que si conforme con el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil las sentencias deben contener las conclusiones de las partes, el propósito de esta disposición es probar que el juez del fondo ha estatuido dentro de los límites del apoderamiento y comparar los motivos con el dispositivo, con el fin de determinar si la ley ha sido bien aplicada, pero que este propósito es satisfecho cuando el punto esencial de las conclusiones es ponderado por otro juez. (Cas. marzo 1983, B. J. 868, Pág. 710).

B. Necesidad y características de la motivación.

- Una sentencia está suficientemente motivada cuando el juez ha expresado la razón en la cual se fundó para decidir como lo hizo. (Cas. 11 de octubre de 1922, B. J. No. 147-149, Pág. 10)

- Cuando la sentencia no contiene los motivos debe ser anulada diligencia de la parte condenada. (Cas. 22 de enero 1923, B. J. 150-152, Pág. 9)
- Los tribunales deben dar motivos precisos y especiales para los distintos puntos de la litis que han sido objeto de conclusiones. No están obligados a hacer lo mismo respecto de los argumentos producidos por las partes, ni sobre los motivos de sus conclusiones. (Cas. 11 de mayo de 1923, B. J. 153-155, Pág. 22).
- Se considera no motivada una sentencia que en materia de daños y perjuicios no establece en qué consistió la falta de la parte demandada, ni por qué resulta responsable del daño. (Cas. 24 de enero de 1927, B. J. No. 198, Pág. 8).
- Para el cabal cumplimiento del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, es preciso que los motivos sean suficientes para justificar el dispositivo. (Cas. 11 de marzo 1927, B. J. 200, Pág. 6).
- No es potestativo para los jueces motivar o no sus sentencias, porque si fuese así dependería de su capricho el que la Suprema Corte de Justicia, pueda como Corte de Casación, decidir si la ley no ha sido bien o mal aplicada. (Cas. 19 de marzo de 1928, B. J. 212, Pág. 17).
- Los fundamentos de una sentencia son los motivos y éstos deben corresponder a los pedimentos contenidos en las conclusiones de las partes. (Cas. 11 de octubre de 1929, B. J. No. 231, Pág. 9).
- Los jueces deben establecer clara y precisamente en la sentencia los motivos de hecho y de derecho. (Cas. 10 de Dic. De 1930, B. J. 243-245, Pág. 73)
- Aun en los casos en los cuales la decisión del juez se funda en motivos de hecho, las sentencias deben ser claras y suficientemente motivadas para evidenciar la justicia del dispositivo. (Cas. 24 de marzo de 1930, B. J. 234-239, Pág. 77-78)
- Los jueces del fondo están obligados a motivar cada punto del dispositivo que deciden, de lo cual depende el éxito o el rechazo de la demanda. (Cas. 19 de mayo de 1933, B. J. No. 274, Pág. 10)
- Ningún tribunal puede justificarse invocando motivos de orden puramente moral para dictar un fallo que viole los límites de su competencia. (Cas. 19 de agosto de 1919, B. J. 109, Pág. 7).
- La simple enunciación de las reglas legales no es constitutiva, por sí sola, de motivos para la sentencia. (Cas. marzo 1939, B. J. 344, Pág. 176)

- Una sentencia no es válida solo porque contenga motivos, sino que es necesario que éstos sean, serios, claros, precisos, especiales y pertinentes; que, estas reglas referentes a la motivación de las sentencias deben ser observadas más estrictamente, cuando se trata de decidir sobre medidas cuyo ordenamiento es facultativo para los jueces. (Cas. marzo, 1958, B. J. 572, Pág. 636)
- Los fundamentos de una sentencia son los motivos de hecho y de derecho por los cuales ha dado el juez su decisión. En consecuencia, su enunciación es substancial, ya que, de lo contrario sería imposible a la Corte de Casación apreciar si la ley fue bien o mal aplicada. (Cas. julio 1927, B. J. No. 204, Pág. 13)
- Son motivos de hecho los que sirven al juez del fondo para decidir a cuál de los padres debe confiarse la guarda del hijo común en interés de éste. Pero esos motivos deben constar en la sentencia, con tal claridad y precisión que no dejen lugar a dudas acerca de lo justo del dispositivo. (Cas. 20 de enero de 1928, B. J. 210, Pág. 8).
- La sentencia de una Corte de Apelación que expresa como motivos “que la sentencia apelada, cuyos motivos acoge esta Corte, hizo una buena apreciación de los hechos y una correcta aplicación del derecho por cuanto en lo que se refiere a la primera, han sido puntualizadas todas las operaciones que han realizado las partes; y en lo que respecta a la segunda, o sea al derecho, se tuvo en cuenta la doctrina más recomendable y la jurisprudencia más socorrida”, no está suficientemente motivada y debe ser casada, porque constituye una conclusión sin premisas, puesto que la sentencia impugnada en casación no se explica acerca de cómo la sentencia apelada puntualizó las operaciones realizadas por las partes, ni respecto de cuáles son “la doctrina más recomendable” y “la jurisprudencia más socorrida”, por lo cual no puede la Corte de Casación apreciar si esa conclusión es legítima o no. (Cas. 15 de agosto de 1928, B. J. 217, Pág. 11).
- Los motivos son las premisas de las cuales ha sacado el juez, como consecuencia, el dispositivo de la sentencia. Por tanto, es necesario que ellos sean suficientes para justificar dicho dispositivo. (Cas. 11 de marzo de 1927, B. J. No. 200, Pág. 5)
- Los jueces no están obligados a motivar la condenación en costas de la parte que sucumbe, porque se trata de un mandato de la ley, ni la compensación de las mismas, puesto que es facultativo de ellos compensarlas. (Cas. 26 de enero 1926, B. J. No. 186, Pág. 3).
- Cuando hay contradicción entre las partes sobre hechos o elementos de prueba, no basta que los jueces se limiten simplemente a hacer afirmaciones, al respecto, sino que es preciso que den a conocer en su sentencia los hechos y elementos de prueba que sirvieron de base a su decisión, para que la suprema Corte de Justicia pueda ejercer su control de casación. (Cas. 11 de septiembre de 1935, B. J. 302, Pág. 337).

- Cuando de dos o más medios invocados para un fin se acoge el primero, no hay que examinar los demás. Cuando en una demanda en cobro el intimado alega el pago y, además la prescripción, la circunstancia de que el juez del fondo considere probado el pago, lo libera del examen del medio de prescripción, respecto del cual no tiene, por lo mismo que dar motivos. (28 de febrero de 1934, B. J. 283, Pág. 28).
- Es de principio que la sentencia que ordena la ejecución provisional, no obstante oposición, debe ser motivada. (Cas. 30 de septiembre 1935, B. J. 302, Pág. 363).
- Los jueces están obligados a motivar sus sentencias de tal modo, que las cuestiones resueltas por el dispositivo tengan su justificación, explícita o implícitamente, en cualquiera de sus motivos. (Cas. 30 marzo de 1935, B. J. 296, Pág. 93).
- En principio, toda sentencia debe estar motivada y contener, cuando menos, una razón apropiada acerca de cada punto de las conclusiones de las partes. Esta regla debe ser observada en el caso de defecto del demandante, cuando el demandado, en lugar de limitarse a pedir simplemente el descargo, apodera a los jueces del fondo de la litis. (Cas. 28 de junio de 1937, B. J. 323, Pág. 311).
- La sentencia impugnada se limitó a confirmar la sentencia de primer grado señalando única y exclusivamente “que en el presente expediente reposan documentos donde se comprueba que el tribunal que dictó la sentencia ahora recurrida, lo hizo con todo el apego de la ley”; que el tribunal a-quo ha debido, para resolver la controversia surgida entre las partes, y luego ponderar la documentación existente en el expediente sometida al debate, establecer en su sentencia los fundamentos en que apoya su decisión, pues una simple apreciación de los hechos no lo liberaba de la obligación de indicar las razones que lo llevaron a fallar en la forma en que lo hizo; que al no hacerlo así y limitarse, por el contrario, a dar un motivo intrascendente e inoperante, deja su sentencia sin motivos suficientes y pertinentes en violación al artículo 141 del Código de Procedimientos civil. (Cas. 4 de octubre del año 2000, B. J. 1079, Págs. 38-39).
- Que si bien los jueces del fondo son soberanos para apreciar los hechos y el derecho aplicable, esto no los libera de la obligación de motivar lo que decidan sobre todo tipo de discusión que no entre en el dominio de sus facultades jurisdiccionales, puesto que no hacerlo, como en el presente caso, privaría a la Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, de los medios que le permitan ponderar las consecuencias legales que de ellas se deriven. (Cas. 12 de noviembre de 1998, B. J. 1056, Págs. 128-129).

- No basta que los jueces del fondo dentro de su poder soberano, enuncien o indiquen simplemente los hechos sometidos a su decisión, sino que están obligados a analizar todas las pruebas y circunstancias que rodean el caso, sobre todo cuando parte de las pruebas descansan en documentos que merecen crédito como lo es un acta de allanamiento legalmente levantada. (Cas. 26 de noviembre de 1998, B. J. 1056, Pág. 163)
- La motivación importa a las partes, puesto que, de esa manera, ellas encuentran la prueba de que la condena o absolución no es arbitraria o ilegal, y que las normas procesales observadas garanticen un debido proceso, como resguardo a sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República. (Cas. 28 de enero del 1999, B. J. 1076, Pág. 932).
- Si bien es cierto que los jueces que conocen el fondo de los asuntos que les someten, son soberanos para apreciar los hechos y las pruebas que se les aportan en apoyo de los mismos, no es menos cierto que en sus sentencias, éstos deben exponer motivos de hecho y de derecho que no dejen ninguna duda sobre lo acertado de sus decisiones, y que no dejen ninguna duda sobre lo acertado de sus decisiones, y que le permitan a la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, determinar si las sanciones impuestas están ajustadas al derecho aplicable, puesto que esos motivos son el soporte jurídico de los fallos, y por tanto deben ser claros y precisos. (Cas. 27 de septiembre del 2000, B. J. 1078, Pág. 463).
- Los tribunales del orden judicial están en el deber de exponer en sus sentencias las pruebas en que descansa cada decisión tomada por ellos, lo cual es imprescindible, en razón de que únicamente así la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, puede estar en condiciones de determinar si la ley ha sido bien o mal aplicada, además sólo mediante la exposición de motivos las partes pueden apreciar en las sentencias, los elementos en los cuales se fundamentó el fallo que les atañe. (Cas. 20 de octubre de 1999, B. J. 1068, Pág. 447).
- Que el tribunal de segundo grado, justificó la retención de la falta penal a cargo de la imputada bajo el fundamento de que la misma condujo su vehículo con imprudencia, descuido, temeridad, negligencia, atolondramiento, sin circunspección y precaución, sin explicar en qué consistieron tales faltas; que las citadas expresiones utilizadas por el juzgado a quo resultan insuficientes y sin ningún contenido, pues no van acompañadas de una expresión detallada y profunda de todo lo que motivó al juez a decidir como lo hizo. (Cas. 8 de febrero del 2006, B. J. 1143, Pág. 723).

C. Sobre qué debe estatuir.

c) Los jueces no están obligados a discutir en los motivos de sus sentencias todos los alegatos de las partes, ni a contestar todos los medios en que éstas fundan sus conclusiones. (Cas. 29 de junio de 1931), B. J. 251, Pág. 100).

d) Las partes deben enunciar formalmente en sus conclusiones, el demandante, sus pretensiones y el demandado sus medios de defensa, porque el juez no tiene que contestar sino el dispositivo de las conclusiones, y en el dispositivo los puntos precisos que han sido formulados en el mismo. (Cas. 21 de agosto de 1931, B. J. 253, Pág. 23)

e) Basta a los jueces, referirse a los elementos, circunstancias o documentos de la causa, para fundamentar sus conclusiones, sin tener que retener y contestar cada argumento ofrecido por las partes, no siendo su fallo susceptible de críticas, sino cuando el juez haya sido puesto en mora, por conclusiones explícitas y formales, de pronunciarse sobre pretensiones precisas. (Cas. agosto 1954, B. J. 529, Pág. 1699).

f) Que los jueces están en el deber de responder a todos los puntos de las conclusiones de las partes para admitirlas o rechazarlas, dando los motivos que sean pertinentes; que esta regla se aplica tanto a las conclusiones principales y a las subsidiarias, como a las conclusiones que contengan una demanda, una defensa, una excepción o un medio de inadmisión. (Cas. 2 de septiembre de 1991, B. J. 968-969, Pág. 1145).

g) Para que exista el vicio de omisión de estatuir es necesario que el tribunal haya dejado de pronunciarse sobre un pedimento hecho mediante conclusiones formales y no sobre simples alegatos insertos como motivación del recurso de apelación no planteados en los debates. (Cas. 2 de diciembre de 1998, B. J. 1057, Pág. 241).

D. Motivos erróneos.

- Los motivos erróneos no son causa de nulidad de la sentencia cuando el dispositivo está conforme a derecho y se justifica por otros motivos. (Cas. 23 de diciembre de 1931, B. J. 255-257, Pág. 139) (Cas. 23 de diciembre de 1936).
- El error en los motivos de derecho no puede conducir a la casación de una sentencia cuando el dispositivo de ésta pueda ser justificado por otros motivos que la Suprema Corte de Justicia supla como Corte de Casación, tomando como base los hechos comprobados en la sentencia impugnada. (Cas. diciembre 1956, B. J. 557, Pág. 2701).

E. Dispositivo ambiguo.

El dispositivo ambiguo de una sentencia debe interpretarse por las otras partes de la misma sentencia y en particular por los motivos (Cas. 20 de julio de 1932, B. J. 264, Pág. 16)

Cuando el dispositivo de una sentencia deja dudas sobre su verdadero alcance, puede ser aclarado e interpretado por los motivos de la misma. (Cas. 30 de enero de 1933, B. J. 270, Pág. 16).

F. Contradicción de motivos.

- Los errores y contradicciones que existen en los motivos de una decisión no dan lugar a casación, cuando prescindiendo de esos errores y contradicciones, la decisión en su dispositivo es regular y conforme a la ley, puesto que, la falta o ausencia de motivos por la contradicción que existan en ellos, debe ser de tal naturaleza que se aniquilen recíprocamente y que ninguno de ellos pueda ser considerado como base de la decisión. (Cas. 30 de marzo de 1935, B. J. 296, Pág. 103).
- Una sentencia puede ser anulada cuando contenga motivos contradictorios entre sí, los cuales al anularse recíprocamente, la dejan sin motivación suficiente o cuando la contradicción que existe entre sus motivos y el dispositivo la hagan irreconciliable. (Cas. enero 1957, B. J. 558, Pág. 116).
- Para que haya contradicción entre los motivos de una sentencia y el dispositivo de la misma, es necesario que los motivos no sean incompatibles con el dispositivo. (Cas. 10 de septiembre de 1915, B. J. No. 63, Pág.3).

G. Materia penal.

7. Los jueces del fondo están obligados a establecer si la falta imputada al prevenido ha sido cometida por éste. (Cas. Agosto 1951, B. J. 493, Pág. 890).

8. No es suficiente para caracterizar la falta del conductor que se exprese en la sentencia que los frenos no respondieron, sino que es necesario que los jueces expongan los hechos y circunstancias por los cuales ellos no funcionaron. (Cas. Junio 1956, B. J. 55, Pág. 1200).

9. Basta a los jueces, referirse a los elementos, circunstancias o documentos de la causa, para fundamentar sus conclusiones, sin tener que retener y contestar cada argumento ofrecido por las partes, no siendo su fallo susceptible de críticas, sino cuando el juez haya sido puesto en mora, por conclusiones explícitas y formales, de pronunciarse sobre pretensiones precisas. (Cas. agosto 1954, B. J. 529, Pág. 1699).

10. En materia represiva es preciso que el juez compruebe en hecho la existencia de todas las circunstancias exigidas para caracterizar la infracción, y que, en derecho, califique estas circunstancias con relación a la ley aplicable. (Cas. marzo 1955, B. J. 536, Pág. 488), (Cas. abril 1956, B. J. 549, Pág. 758).

11. Debe ser casada la sentencia que no determina, en sus motivos, los hechos correspondientes a los elementos constitutivos de la infracción en la cual se ha fundado una condena, en razón de que es imposible, en tales circunstancias, decidir en casación si la ley ha sido o no bien aplicada. (Cas. 28 de abril de 1937, B. J. 321, Pág. 189).

12. No basta que los jueces del fondo declaren al inculpado culpable de una infracción determinada. Es preciso, además, que justifiquen en su dispositivo cómo han edificado su convicción a tal respecto, pues, de otro modo, no podría la Suprema Corte de Justicia apreciar si la ley ha sido bien o mal aplicada. (Cas. 31 de mayo de 1937, B. J. 322, Pág. 259).

13. La obligación de los tribunales represivos de motivar sus sentencias, es un principio general que se aplica a todas las jurisdicciones y que aparece consagrado por el artículo 27, apartado 5to. de la Ley Sobre Procedimiento de Casación: importa, en efecto, que la Corte de Casación esté siempre en condiciones de apreciar la regularidad de la calificación de los hechos y que las partes encuentren la prueba de que su condenación no es arbitraria o ilegal; además, el juez debe siempre motivar sus sentencias sobre cada punto o extremo de las conclusiones, bien sea del ministerio público, de la parte civil o del acusado. (Cas. 27 de octubre 1936, B. J. 315, Pág. 571).

14. Es deber de los jueces en materia represiva establecer en sus sentencias de una manera clara, precisa y suficiente los motivos de hecho y de derecho en que se basan, de modo que la Suprema Corte de Justicia, al ejercer su poder de control, pueda apreciar si la ley fue bien o mal aplicada; es decir, deben exponer los hechos de la prevención y dar a éstos la calificación correspondiente, de acuerdo con el texto legal aplicado. (Cas. abril 1973, B. J. 749, Pág. 849.)

15. No basta que el juez del fondo enuncie, indique o señale simplemente el hecho sometido a su decisión, sino que está obligado a precisarlo, caracterizarlo, siquiera implícitamente de manera que evite contradicciones en el mismo dispositivo de su fallo, de forma que el recurso de casación pueda ponderar las consecuencias legales que de él se desprenden. (Cas. 10 de diciembre de 1997, B. J. 1045, Págs. 140-141)

H. Falta de base legal.

7) Para que la falta de ponderación de un documento pueda constituir la falta de base legal, es necesario que ese documento hubiera podido influir decisivamente en la solución de la causa. (Cas. mayo 1958, B. J. 574, Pág. 1024).

8) La falta de base legal se produce cuando los motivos dados por los jueces no permiten reconocer, si los elementos de hecho, necesarios para justificar la aplicación de la ley, se hallan presentes en la sentencia. (Cas. septiembre 1963, B. J. 638, Pág. 976).

9) Se incurre en el vicio de falta de base legal cuando se dejan de ponderar documentos de la causa que eventualmente hubieran podido conducir a una solución distinta del litigio. (Cas. abril, 1971, B. J. 725, Pág. 973) (Cas. noviembre 1978, B. J. 816, Pág. 2126).

10) La falta de base legal, como causal de casación, se produce cuando los motivos dados por los jueces no permiten reconocer si los elementos de hecho necesarios para justificar la aplicación de la ley se hallan presentes en la sentencia; que en la especie, el tribunal a-quo, sin ponderar debidamente los referidos documentos, rechaza las pretensiones del recurrente sin dar motivos precisos que justifiquen esa solución, limitándose únicamente a expresar que el inventario de piezas de la parte recurrente resulta contundente en relación a los hechos que sostiene y ha puesto en condiciones al tribunal de acoger sus pedimentos, en el sentido de que sea rechazado el, recurso de apelación de que se trata y la condena del recurrente al pago de las costas". (Cas. 7 de noviembre del 2001, B. J. 1092, Págs. 84-85).

11) No basta una mera exposición de lo sucedido, una simple transcripción de las declaraciones de las partes o los testigos, sino que los jueces deben hacer un razonamiento lógico que conduzca a establecer sobre quien o quienes recae la falta generadora del delito, y la violación a la ley; por lo que, al no contener la sentencia impugnada ninguna motivación en la cual la Corte a-qua expusiera su percepción del caso, y la fundamentación jurídica para fallar como lo hizo, incurrió en el vicio de falta de base legal. (Cas. 18 de octubre del 2000, B. J. 1079, Pág. 289).

12) Los jueces del fondo están obligados a ponderar todos los documentos que son sometidos por las partes, so pena de incurrir en sus sentencias en falta de base legal; que en la especie al no examinar el juez a-quo, en su sentencia, el referido informe del inspector de trabajo, incurrió en dicho fallo en falta de base legal, ya que de haberlo ponderado, hubiera eventualmente, dado una solución distinta al caso. (Cas. 5 de mayo de 1993, B. J. 989-991, Pág. 415).

13) Los jueces del fondo son soberanos para apreciar los hechos de la prevención y el enlace que éstos tienen con el derecho aplicable, pero se les obliga a que elaboren la justificación de sus decisiones mediante la motivación que señala la ley, única fórmula que permite a la Suprema Corte de Justicia en funciones de Corte de Casación, determinar si hubo una correcta, sana y adecuada aplicación de la justicia y el derecho, que permita salvaguardar las garantías ciudadanas que la Constitución acuerda a los justiciables. (Cas. 11 de enero del 2006, B. J. 1142, Págs. 338-339).

14) Que como se evidencia por lo anteriormente transcrito, la Corte a-quá declaró inadmisble el recurso de apelación interpuesto por la recurrente sin analizar ni siquiera sucintamente los motivos en que se fundó para incoarlo, basándose en que la misma no hizo motivación específica y detallada de los puntos que señala, y que los mismos no constituyen motivos suficientes como para hacer aceptable el recurso interpuesto; que los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación, no pudiendo ser reemplazada por la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas. (Cas. 25 de enero del 2006, B. J. I 142, Pág. 760).

15) La Corte a-quá, al evaluar la admisibilidad del recurso de apelación no hace constar en su resolución una síntesis de cuáles fueron los medios o alegatos planteados por los recurrentes, por lo que evidentemente no examinaron los mismos y en consecuencia, no permiten conocer a las partes cómo es que han podido comprobar que el escrito de apelación no contiene las argumentaciones pertinentes para fundamentarlo como establece la ley. (Cas. 5 de abril del 2005, B. J. I 140, Pág. 565).

I. Desnaturalización.

a. Sólo la desnaturalización que haya podido influir en lo decidido por la sentencia puede conducir a la anulación del fallo. (Cas. noviembre 1952, B. J. 508, Pág. 2201).

b. La desnaturalización de los hechos de la causa supone que los hechos establecidos como verdaderos no se les ha dado el sentido y alcance inherente a su propia naturaleza. (Cas. noviembre 1952, B. J. 508, Pág. 2080).

c. Si es incontestable que los jueces del fondo tienen poder soberano y exclusivo de interpretar las convenciones y las cláusulas de un contrato, no lo es menos que la Suprema Corte de Justicia-en funciones de Corte de Casación- tiene la facultad de examinar si los jueces han desnaturalizado la esencia de los actos o desconocido la voluntad de las partes claramente expresada en dichas convenciones. (Cas. 15 de octubre de 1915, B. J. No. 64, Pág. 6).

d. La desnaturalización de los hechos supone que a los hechos establecidos como verdaderos no se les ha dado el sentido inherente a su propia naturaleza. (Cas. septiembre de 1963, B. J. 638, Pág. 975)

e. Cuando los jueces afirman la existencia de hechos no establecidos los desnaturalizan. (Cas. julio 1964, B. J. 648, Pág. 1062).

f. En la sentencia atacada, la Corte a-quá, confundió las calidades de las partes en el proceso, dándoles a la recurrente la calidad de recurrida y viceversa, atribuyéndole además a la compareciente conclusiones distintas a las presentadas en audiencia, ya que

éstas no versaron sobre el descargo puro y simple de la demanda, sino que las mismas abarcaron el fondo de las pretensiones de la parte recurrente, lo que es distinto; que al atribuir la Corte a la parte recurrente una calidad distinta a la que ostentaba así como conclusiones diferentes a las presentadas, ha desnaturalizado los hechos de la causa, razón por la cual la sentencia impugnada debe ser casada, sin necesidad de examinar los demás medios del recurso. (Cas. 18 de julio del 2001, B. J. 1088, Pág. 114).

J. Daños y Perjuicios.

1. Debe ser casada la sentencia de cuyas consideraciones no resultan los elementos indispensables para el control que ha de ejercer la Suprema Corte de Justicia respecto de la existencia de la relación de causalidad, en materia de daños y perjuicios, consideraciones que deben contener por lo menos, el mínimo debido de claridad y precisión. (Cas. 17 de octubre de 1934, B. J. 291, Pág. 3).

2. Aún cuando los jueces del fondo fijan soberanamente el monto de los daños y perjuicios por ellos acordado, tienen la obligación de exponer en sus sentencias los motivos de hecho que les han servido de fundamento para llegar a esa conclusión. (Cas. diciembre 1979, B. J. 829, Pág. 2428.)

3. Los jueces del fondo son soberanos para apreciar la indemnización a conceder a la parte perjudicada, pero tienen que motivar sus decisiones respecto a la evaluación que ellos hagan de los daños, ya que la facultad de apreciación que corresponde en esta materia a los jueces del fondo, no tiene un carácter discrecional que les permita decidir sin establecer claramente a cuáles daños se refiere el resarcimiento ordenado por ellos. (Cas. 4 de enero 2006, B. J. 1142, Pág. 243) (Cas. 24 de enero del 2005, B. J. 1142, Pág. 333).

K. Sentencia del 17 de diciembre de 1998 que esboza los criterios generales sobre la motivación.

a. Es obligación de los tribunales del orden judicial motivar sus sentencias, esto como un principio general que se aplica a todas las jurisdicciones y que aparece consagrado en el apartado 5 del artículo 23 de la Ley de Casación, a fin de que la Suprema Corte de Justicia, esté siempre en condiciones de apreciar la regularidad de la calificación de los hechos y que las partes encuentren la prueba de que su condena no es arbitraria ni ilegal.

b. Los jueces deben siempre responder y motivar sus decisiones sobre cada punto o extremo de las conclusiones, bien sea de parte de la representación del Ministerio Público, de la Parte Civil o del acusado.

c. La motivación de una sentencia debe ser la percepción que el juzgador tiene de la historia real de los hechos, la explicación de la fundamentación jurídica de la solución

que se da al caso concreto que se juzga, por lo que no bastaría una mera exposición, sino que, ha de hacerse un razonamiento lógico; que la sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento de los jueces, como la explicación de las razones que motivaron la misma.

d. Una sentencia carente de motivos de hecho y de derecho conduce a la arbitrariedad de la resolución; asimismo, la falta de fundamentación jurídica comporta una solución cimentada fuera del ordenamiento jurídico; que una sentencia carente de motivos puede ser manifiestamente arbitraria, no solo por esta carencia, sino también porque, aun siendo aparentemente motivada, tal motivación sea impertinente, o no tenga que ver con lo que se está juzgando, o no sea jurídicamente atendible.

e. Una motivación irracional o no razonable, tampoco cumple con el voto de la norma legal, así, de esa manera, la motivación racional apela a la lógica de los hechos, y nunca debe vulnerar los principios de esta, por eso, no basta como motivación una mera yuxtaposición de proposiciones que no tengan ninguna conexión entre sí.

f. La motivación debe ser concreta y no abstracta, puesto que, unos razonamientos generales sin ninguna conexión con el caso sometido, continúan siendo arbitrarios y no cumplen ninguna de las finalidades de la Ley sobre la materia, que tiene en la motivación el conocimiento de las razones de hecho y de derecho que justifiquen su dispositivo y posibilitan su entendimiento y posible impugnación.

g. La exigencia de la motivación no comporta sólo el hecho de satisfacer al justiciable, sino que, esta supone entre otras cosas: a) un juicio lógico que ha llevado al juzgador a seleccionar unos hechos y unas normas; b) La aplicación razonable de la norma y la respuesta a las pretensiones de las partes y c) a los alegatos relevantes de la decisión, sobre todo, en esto último, basta que se limiten a las alegaciones que sean pertinentes para la resolución del caso distinguiéndose claramente entre las pretensiones de las partes y las propias argumentaciones.

i. Para la apreciación de los hechos en materia penal resulta imprescindible que los tribunales del orden judicial razonen como se pasa de unos hechos probados, a tener otros como acreditados por medio de indicios, obligando a exponer las interpretaciones posibles de tales hechos probados y por qué se elige la interpretación inculpadora; posibilitando de esa manera, tanto a las partes, como a la instancia judicial superior; la revisión de los elementos y circunstancias reales del caso, resultando pues, indispensable, explicar las razones de la selección de los elementos probatorios.

g. La motivación de las decisiones es un derecho fundamental de las personas, que forma parte integrante del debido proceso, necesario e imprescindible para la efectividad del mismo y para no dejar en la penumbra tan importante aspecto del proceso, ya que no pueden existir zonas de actividad jurisdiccional, salvo aquéllas que la misma ley

ordena, que no sometan a la opinión pública y al conocimiento de las partes, quienes no pueden apreciar si la selección de los elementos probatorios es racional y razonable de no ponerse de manifiesto las razones en que la misma se basa. (Cas. 17 de diciembre de 1998, B. J. 1057, Págs. 190-191).

L. Falta o insuficiencia de motivos.

- Una decisión debe necesariamente bastarse a sí misma, razón por la cual la falta o insuficiencia de motivos no puede suplirse por la simple referencia a los documentos o los elementos de la causa, sin haber sido objeto de una depuración, análisis o ponderación del alcance de los mismos; que esto es aun más necesario, en el caso en que, como en la especie, el demandado no tuvo oportunidad, por la razón que fuere, de presentar sus medios de defensa y haber sido declarado el defecto en su contra. (Cas. 6 de septiembre del 2000, B. J. 1078, Págs. 115-116).
- Que al no enunciar los jueces del fondo en la sentencia recurrida los nombres y datos relativos al título que debía amparar del derecho de propiedad de las personas a quienes innominadamente se les atribuyó la calidad de propietarios del terreno en litis, es preciso admitir que la sentencia de que se trata adolece de una insuficiencia de motivos. (Cas. 29-10-97, B. J. 1043, Pág. 104).

II. Los Planos o Etapas en el Razonamiento Judicial

El magistrado Rodolfo Luis Vigo expuso su nueva teoría o modelo del razonamiento judicial en uno de los primeros seminarios de la Escuela Nacional de la Judicatura, en el año 1999, que sirvió de plataforma para todos los seminarios que se dieron en todo el país sobre “El Razonamiento Judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia”.

Este autor critica la dogmática anterior, porque circunscribía el objeto del razonamiento a la interpretación de las normas jurídicas, prescindiendo de la Constitución, preceptos y valores constitucionales, que deberían ser objeto del primer análisis y, de las demás fuentes del derecho. Afirmo que pueden descubrirse hasta cinco dimensiones en la interpretación jurídica, las cuales son: a) la propiamente jurídica o regulatoria, b) la fáctica, c) la axiológica, d) la lingüística o semiótica y e) la lógica. A estas dimensiones para fines de nuestro estudio las hemos denominado planos.

A continuación vamos a referirnos a cada uno de esos planos en específico y remozar de alguna forma su estudio, a fin de poder integrarlo con las teorías de argumentación aprendidas en los módulos anteriores.

A) Plano regulatorio

Afirma el magistrado Vigo que a la hora de buscar la regla o medida jurídica conforme a la cual solucionar un problema, el intérprete, no sólo puede recurrir a las normas jurídicas propiamente dichas, sino también tiene a su disposición a los principios jurídicos. En este sentido cita a Perelman quien reconoce que una de las notas más distintivas que permite hablar de una nueva etapa en la interpretación después de la segunda guerra mundial, lo constituye el recurso a los principios generales del derecho.

Que, por otra parte debemos recordar aquellos autores que amplían el ámbito regulatorio de las conductas con los valores, de modo que para establecer si una determinada conducta está prohibida, permitida u obligada según el derecho, no sólo corresponde recurrir a las normas y a los principios, sino que cabe la remisión a los valores⁷⁰.

Apoyándose en el modelo del magistrado español Carlos Climent Durán, Rafael de Asís

Roig divide el juicio de derecho en dos fases: elección de la norma y fijación de la norma⁷¹.

- Elección de la norma.

El juzgador elige el material normativo desde el que va a analizar los hechos fijados. Esta elección la hace mediante la técnica de la subsunción. Se trata de determinar qué enunciados normativos pueden tener relación con esos hechos, o lo que es igual, en qué enunciados normativos podrían ser subsumidos los hechos fijados. La fase de la fijación de los hechos y la de la elección de la norma están estrechamente conectadas.

- Fijación de la norma.

Es el proceso a través del cual se dota de sentido al enunciado o conjunto de enunciados normativos elegidos o creados, a la vez que se justifica el por qué de su posible aplicación en el caso en cuestión.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, ¿Qué fuentes del derecho serán aplicadas al caso específico? ¿Dónde buscar la respuesta jurídica que el caso requiere? ¿Dónde está la regla que me va a permitir resolver?.

Se trata de la regla conforme a la cual vamos a medir los hechos, esta regla puede ser legal, constitucional, principios...

Dentro de las fuentes del derecho se privilegia la Constitución, sus normas principios, valores y luego las demás fuentes del derecho, la ley ordinaria, tratados internacionales, decretos, resoluciones, reglamentos..., tomando en cuenta la jerarquía de las fuentes infraconstitucionales.

72 DE ASÍS, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Madrid: Marcial Pons. 1995, Pág. 99 y 101.

73 GORPHE, François. Las resoluciones judiciales. Buenos Aires: Ediciones Europa-América. 1953. Pág. 95.

De acuerdo con la teoría de Kelsen, hay normas jurídicas superiores e inferiores. La norma superior es la Constitución que rige todo el sistema y de la que derivan las demás normas creadas por los diversos organismos o centros de producción normativa.

Los organismos de creación de las normas son de dos tipos:

a) El de producción originaria, que crea la norma básica del sistema, que es la Constitución, producida por el poder constituyente y

b) Los de producción derivada, que son aquellos que la Constitución atribuye capacidad normativa al facultarlos a crear normas de aplicación general, con fuerza obligatoria, esto es, a crear las leyes, estos son:

c) El Congreso Nacional, que crea la ley ordinaria, Los tratados y convenciones internacionales, cuando han sido adoptados por los poderes públicos, de conformidad con el artículo 3 de la constitución, el Poder Ejecutivo, que puede expedir decretos y reglamentos según dispone el artículo 55 de la Constitución, La junta Monetaria, en virtud del artículo 111 de la Constitución, Los Ayuntamientos, y la Junta Central Electoral.

e) Hay otras fuentes de creación de la norma, como son la costumbre, la jurisprudencia constante de los tribunales y los contratos y negocios jurídicos, al tenor del artículo 1134 del Código Civil.

En este plano, el juez, al decidir la norma aplicable, es decir, identificar la premisa mayor del silogismo, determinará en primer lugar, si algún precepto, norma o principio escrito o no escrito de la Constitución rige el caso sometido a su decisión, o si incide de algún modo sobre la solución.

Luego determinar si alguna de las normas derivadas colide de algún modo con la Constitución, y, si por ello, resulta ineficaz para la solución del caso. Entonces procederá a establecer cuáles son las leyes, reglamentos, resoluciones o cualquier otra norma derivada que lo rija.

Este procedimiento de identificación de las normas deberá ser relatado en la sentencia de manera que permita a la jurisdicción superior determinar la regularidad y corrección del razonamiento empleado sobre los textos para llegar a la solución contenida en el dispositivo de la sentencia.

B) Plano fáctico.

Los jueces tratamos con hechos. Nuestro oficio en última instancia está en decir si una conducta determinada está obligada, permitida o prohibida.

El juez realiza ese juicio de hecho con el fin de reconstruir los hechos en lenguaje y terminología jurídicos, examinándolos como susceptibles de ser analizados desde una

perspectiva normativa a fin de crear la norma jurídica individual que constituye la sentencia que pone fin al litigio.

El juicio de hecho consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente y puede ser dividido en tres fases: la presentación de los hechos (hechos alegados), la actividad probatoria (interpretación y valoración) y la fijación de los hechos (relato fáctico de los hechos sobre los cuales va a centrar el juicio de derecho).

Rafael de Asís Roig apoyándose en el modelo formulado por el magistrado español Carlos Climent Durán afirma que el juicio de hecho consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente, se trata de la premisa menor del silogismo y presenta tres fases principales: La presentación de los hechos, la actividad probatoria y la fijación de los hechos.

a) La presentación de los hechos

La presentación de los hechos se proyecta sobre unos hechos brutos, es decir, sobre unos hechos pasados que no pueden ser objeto de contemplación directa por el juzgador, ni por las partes.

Son presentados o descritos por las partes, convirtiéndose así en hechos alegados. Como estos hechos no son empíricamente evidentes para quien juzga, se debe llevar a cabo una actividad que consista en su prueba, la actividad probatoria.

b) La actividad probatoria.

Se proyecta en dos planos: el de los medios de prueba y el de los hechos. En el primero de ellos se busca la fiabilidad o confianza que genera cada uno de los medios probatorios. En el segundo se busca determinar el significado de los hechos (interpretación) y su verosimilitud o creencia en su veracidad (valoración).

Fiabilidad: Incide en dos dimensiones de los medios de prueba. Por un lado, las partes o intervinientes en el proceso, que han alegado los hechos o que aparecen reflejados en los mismos, analizando si reúnen condiciones suficientes de credibilidad. Por otro lado, los documentos aportados, en el sentido de analizar si reúnen los requisitos exigidos para poseer eficacia probatoria.

Determinación del significado de los hechos: Consiste en determinar lo expresado por las partes o intervinientes o por el documento presentado, es decir, consiste básicamente en la interpretación de las pruebas.

Determinación de la verosimilitud de los hechos: por la que se examinan los hechos con la intención de determinar su grado de veracidad.

Una vez probados ciertos hechos, la actividad del juzgador será la de comparar éstos con los hechos alegados, con el objetivo de apartar aquéllos que no han sido probados.

Se produce entonces el relato fáctico, fijando los hechos sobre los que va a centrar el juicio de derecho, hechos que serán presentados como susceptibles de ser analizados desde una perspectiva normativa .

Se afirma que la actitud del juez frente a los hechos que le son sometidos se parece a la del hombre de ciencia que intenta escrutar la naturaleza y observa los fenómenos, en ese sentido de que debe ser positiva e imparcial. La entera libertad de espíritu asentada sobre la duda filosófica, que recomendaba Claude Bernard, se traduce aquí por la falta de toda opinión ya formada y por la duda con respecto a las opiniones previas, comprendiendo en ellas la acusación .

C) Plano axiológico.

Nos preguntamos qué es lo que hace valioso el derecho, lo que pretende existir como derecho. Hay ciertos valores jurídicos que hacen valer a algo como derecho, si se contradicen de una manera grave, inequívoca, nos encontramos con algo que tiene apariencia de derecho y no con algo verdaderamente jurídico.

Todas las normas que integran el ordenamiento jurídico que regula la conducta de los individuos en sociedad están inspiradas en una finalidad de carácter marcadamente axiológico o valorativo, ya que todo sistema de legalidad es el resultado de un sistema de legitimidad, es decir, de una forma de entender y jerarquizar unos determinados valores.

Se afirma que la razón de ser de la creación, aplicación y obediencia de las normas está en la consecución de unos determinados valores, entre los que podemos destacar la justicia, la seguridad, la paz, el orden...

El análisis jurídico así como está guiado por la lógica, también tiene que estar guiado por los valores jurídicos, a lo largo de la construcción de la sentencia desde la decisión normativa, fáctica, la de integración y hasta la decisión final, van apareciendo los valores.

Hoy tenemos una especie de tabla de valores jurídicos que son la declaración universal de los derechos humanos, la conciencia jurídica universal objetivada. Este núcleo axiológico hace valer y en definitiva da sentido al derecho. Si el derecho no sirve al hombre en aquello tan esencial como son los derechos humanos, poca cosa podría pedírsele.

D) Plano lingüístico.

El uso adecuado del lenguaje tiene una gran importancia en la redacción de la sentencia, ya que ésta como decisión normativa individual no debe prestarse a ambigüedades y confusiones, debe ser clara, precisa.

Una palabra mal empleada puede provocar la casación de una sentencia.

Cuando utilizamos una palabra que tiene un significado en el ámbito científico jurídico y en el científico natural, debemos privilegiar el científico-jurídico.

Se recomienda la no utilización de palabras vagas o ambiguas y si se han usado, deben despejarse las dudas con el contexto.

La mala utilización de los signos de puntuación puede cambiarle el sentido a una oración y hasta a todo un párrafo.

La carga emotiva que llevan las palabras perjudica su significado y favorece su vaguedad.

E) Plano lógico.

La redacción de la sentencia supone el respeto de una estructura lógica, que evidencie que se realizó una buena labor de interpretación jurídica que culminó con la decisión del organismo jurisdiccional.

Se construye un silogismo, pero no el silogismo teórico del modelo dogmático, sino un silogismo práctico que se construye con valores, en un diálogo, pesando argumentos.

En la redacción de la sentencia se produce un ir y venir de los hechos y el derecho. Los hechos los vamos precisando a medida que lo van requiriendo las reglas y las reglas las vamos precisando a medida que se van precisando los hechos.

Se produce la decisión normativa general, la decisión fáctica y si esto tiene conexión permite que haya una conclusión que será la decisión normativa individual.

Cierre conceptual

La labor de estructuración o interpretación que llevamos a cabo en la redacción de la sentencia podemos verla desde 5 planos o dimensiones diferentes que ya hemos tenido oportunidad de examinar y discutir:

Se trata de herramientas de trabajo, nuevos elementos propuestos en la nueva teoría de la interpretación que viabilizan una mejor estructuración de la sentencia.

Debemos tomar en cuenta que en toda sentencia deben encontrarse de manera subyacente estos planos, es decir, en su redacción el juez tuvo que reconstruir y fijar los hechos, que buscar e interpretar las fuentes del derecho aplicables, en toda su redacción tuvo que respetar los preceptos de la lógica, debió utilizar un lenguaje claro, preciso y en estilo judicial y todo su trabajo debió estar inspirado por los valores jurídicos que inciden y sirven de fundamento a todo nuestro ordenamiento.

De manera que no se citarán, ni se harán constar en forma escrita en la sentencia; pero sí deben servir de eficaz y obligatoria guía en su redacción.

Algunas recomendaciones finales:

- A) Hacer un listado de argumentos a favor y argumentos en contra.
- B) Hacer el balance axiológico, por ejemplo, preguntarse qué significa nuestra decisión en términos de justicia y de seguridad jurídicas.
- C) Dentro de lo axiológico, preguntarse cómo se va a proyectar en sus consecuencias.
- D) La certeza. El juicio conciencia debe ser cierto, verdadero. Nunca decidir cuando se tenga alguna duda.
- E) Computar el derecho comparado.

III. Consejos generales contenidos en los módulos anteriores, para la correcta estructuración de la sentencia.

Este curso sobre argumentación jurídica, de manera general, persigue proveernos de las herramientas necesarias para mejorar nuestro trabajo jurisdiccional. En los módulos anteriores, se han estudiado, discutido y debatido diversas teorías de argumentación jurídica, que a la fecha han de haber sido asimiladas por los participantes.

En este último módulo, en el tema anterior, esbozamos de nuevo la teoría de Vigo, que no nos parece inconciliable con las ahora estudiadas, todo lo contrario, el estudio en su conjunto, nos ayudará a realizar con más eficacia una de nuestras labores fundamentales: la redacción de sentencias.

Ahora, nos gustaría concluir este módulo retomando algunos consejos, o cuestiones puntuales, contenidos en algunos de los módulos anteriores, por la sabiduría que encierran y su absoluta pertinencia con la finalidad integrativa de este último módulo.

En primer lugar, la decisión del Tribunal Constitucional Español que marca los parámetros para evaluar la debida motivación de una sentencia.

I.) Cuando una Sentencia se Considerara Debidamente Motivada.

En sentencia número 55/1987 del 13 de mayo, el Tribunal Constitucional Español indicó que

c) Una resolución judicial está mínimamente argumentada cuando: A) permite el control de otros órganos judiciales, su crítica y B) cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

d) Añade que la decisión judicial se debe dirigir a lograr no sólo el convencimiento del directamente afectado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

2.) Como Exteriorizar las Fuentes en la Argumentacion Judicial:

La aspiración a una justicia comprensible proclamada por la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano⁷⁴, en su apartado octavo establece que:

“Todas las personas tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”.

Nótese la necesaria implicación del plano lingüístico en este punto, el lenguaje existe para comunicar; es un medio de comunicación, el juez utiliza este medio para explicar el motivo de sus decisiones.

Para lograr esta comprensión general del auditorio, el juzgador deberá:

A) En su discurso motivador ha de partir, como presupuesto imprescindible, de un estudio profundo del caso, que ha de “hacerse ver”.

Con ello queremos decir que, antes o simultáneamente con la mención de las fuentes aplicables, el juez debe exteriorizar al ciudadano, en la medida suficiente (atendiendo a la complejidad del caso), que conoce y domina éste.

B) En la fundamentación jurídica de sus decisiones se ha de utilizar un estilo sencillo y que facilite la claridad, de modo que se debe emplear:

- oraciones cortas, separadas por puntos, en voz activa, en formas personales.
- Asimismo, se ha de procurar situar el sujeto antes que el verbo, y los adjetivos tras los sustantivos, sin repeticiones ni circunloquios.
- se ha de evitar las construcciones negativas y el uso de lenguaje o expresiones directa o indirectamente sexista.

⁷⁴ Aprobada en México en el año 2002, en el marco de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

C) Las fuentes del Derecho que se han de mencionar en la argumentación de la decisión judicial han de ser las suficientes para el caso enjuiciado.

D) Las fuentes aplicables serán las adecuadas a la motivación fáctica, es decir, singularizados los hechos en la correspondiente resolución, las fuentes (formales) que se han de utilizar serán las que estén relacionadas con aquéllos.

En este sentido debe evitar el denominado *razonamiento polivalente*⁷⁵ y la *argumentación de disco duro*⁷⁶.

E) El “Fallo” o “Parte Dispositiva” de cada resolución no ha de contener referencia alguna a la fuente del Derecho que se ha utilizado para alcanzar el resultado decisorio en él contenido.

Lo contrario supondría incurrir en una inútil reiteración, o, en el peor de los casos, en una exposición de aquélla fuera de lugar, perturbadora de la claridad de la decisión.

F) Los límites a la referencia de las fuentes del Derecho: la sentencia (o cualquier otra resolución judicial) no puede ser un pretexto para la elaboración con la misma de un tratado científico acerca de una determinada institución jurídica⁷⁷.

G) El dejar “reposar” la sentencia durante algún tiempo, antes de firmarla.

Como señala Peces Morate, es una práctica que garantiza la claridad en el decir, de manera que el juez pueda situarse mentalmente en la posición de tercero con una mayor capacidad crítica para la propia creación.

3) Sobre el Juicio fáctico.

De los desarrollos estudiados en los módulos anteriores, extraemos algunas sugerencias útiles que podrían ayudarnos en el plano fáctico.

Se aconseja que para lograr una buena argumentación fáctica, el juez debe:

a. Hacer explícitas las razones de su juicio fáctico, es decir, reconstruir, de modo que puedan ser conocidos por todas las personas, los pasos de su razonamiento.

b. En la exposición del juicio fáctico ha de huir de la ambigüedad y poca claridad en la redacción.

75 El magistrado del Tribunal Supremo español Manzanares Samaniego aludió a la necesidad de evitar el “razonamiento polivalente”, que consiste en la mención extensa de un fundamento jurídico genérico (por ejemplo, sobre la responsabilidad extracontractual en los casos de accidentes de circulación) y, a continuación, añadir: “aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado (...)”. Aunque este modo de operar es de uso frecuente entre los jueces, resulta inapropiado, desde el punto de vista de una buena argumentación con referencia a las fuentes del Derecho, si no va acompañado de una permanente referencia a los elementos que singularizan del caso.

76 En este sentido el magistrado Perfecto Andrés alude a la necesidad de que el juez huya de la que llama argumentación de “disco duro”, es decir, que con el empleo de las nuevas tecnologías (las facilidades que proporciona los sistemas informáticos, y las bases de datos) no se abuse del empleo del instrumento consistente en “cortar” y “pegar” textos (toda clase de fuentes) que facilitan los programas de ordenador, y con ello se dedique poca atención a la fundamentación del caso concreto.

Que para atribuir solidez a la argumentación fáctica, los hechos han de ser fiables, suficientes, variados y pertinentes.

Y que para exteriorizar el resultado de cada medio probatorio debe haber realizado:

- 1) la identificación perfecta de cada fuente de prueba (la persona, el documento o el objeto de la pericia);
- 2) la localización original de cada fuente de prueba en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos, y
- 3) valorar también la aptitud del medio de prueba propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, teniendo en cuenta sus circunstancias.

77 El estilo que se use en dicha resolución no puede ser el que se utiliza en un manual universitario. No obstante, puede resultar útil el colmar la referencia de la fuente aplicable con la mención de su precedente histórico, o de su tratamiento en la jurisprudencia (el uso de los “argumentos históricos”, “argumentos de autoridad” o “argumentos de propia autoridad” a los que se hará referencia en este curso).

Bibliografía Módulo VI

BIAGGI, Juan. **15 años de Jurisprudencia de Procedimiento Civil Dominicana, 1988-2002**. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura. 2002.

Dalloz. "Repertoire de Prédécure civile". Tome II. 2e. Edition. 1979

DE ASIS, Rafael. **Jueces y Normas, la decisión judicial desde el ordenamiento**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995

ESTOUP, Pierre. **La pratique des jugements**. Paris: Éditions Litec. 1990

GATON, Carlos. **La Jurisprudencia en la República Dominicana**. Santo Domingo: reimpresión 1989, Almanzor González Cacahuatate.

GORPHE, François. **Las resoluciones judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Europa-América. 1953

JORGE, Jorge. **4 Años de Jurisprudencia Analítica**. Santo Domingo: Ediciones Capeldom. 1993.

MACHADO, Pablo. **Jurisprudencia Dominicana, 1960-1976. Tomos I y II**. Santo Domingo: Universidad Autónoma de Santo Domingo. 1989

MACHADO, Pablo. **Jurisprudencia Dominicana, 1977-1979**. Santo Domingo: Editora Taller. 1981

MACHADO, Pablo. **La Jurisprudencia Dominicana en la Era de Trujillo**. Tomos I y II. Santo Domingo: Editora Corripio. 1990

PICHARDO, Rafael. **Un lustro de Jurisprudencia Civil. 1997-2002**. Santo. Domingo: Alfa y Omega. 2002

República Dominicana [Códigos] **Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana y Legislación Complementaria**. Santo Domingo: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, 2001.

República Dominicana [Códigos] **Código de Procesal Penal de la República Dominicana. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia**. 2003. 201 p.

República Dominicana [Códigos] **Código de trabajo de la República Dominicana: Ley 16-92 : promulgada el 29 de mayo 1992 (modificado en los Arts. 177, 184, 222, 263, 264, 467 y 473) -- 11a. ed. Actualizada**. Moca: Editora Dalis. 2002

República Dominicana [Leyes] Ley 821 de organización judicial y sus modificaciones del 21 de noviembre de 1927. G.O. No.3921

República Dominicana. [Leyes]. Constitución Política de la República Dominicana. 2002.

SOCORRO, Juan. Conferencia sobre la Argumentación Jurídica. Auditorio de la Suprema Corte de Justicia. Marzo 2006

SUBERO, Jorge. 2 años de Jurisprudencia Dominicana. Santo Domingo: Universidad Iberoamericana, 1986.

UBALDO, Manuel. Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana. Volumen primero y segundo. Santo Domingo: Editorial Tiempo, S. A., 1987

VIGO, Rodolfo. Interpretación Jurídica. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2006



FACULTAD NACIONAL
DE LA FORTALEZA

República Dominicana