

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA DE DOCTORADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**SENTENCIAS EMITIDAS EN LOS PROCESOS DE AMPARO Y LA TEORÍA
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO**

PRESENTADA POR:

DIANA MILAGROS DUEÑAS ROQUE

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

SENTENCIAS EMITIDAS EN LOS PROCESOS DE AMPARO Y LA TEORIA
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL
NEOCONSTITUCIONALISMO

PRESENTADO POR:

DIANA MILAGROS DUEÑAS ROQUE

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO

APROBADA POR EL SIGUENTE JURADO:

PRESIDENTE DE JURADO


.....
DR. CRISTÓBAL RUFINO YAPUCHURA SAICO

PRIMER MIEMBRO


.....
DR. VICENTE ALANOCA AROCÚTIPA

SEGUNDO MIEMBRO


.....
DR. JOSÉ ASDRUBAL COYA PONCE

ASESOR DE TESIS


.....
DR. FELIPE GUTIÉRREZ OSCO

Puno, 24 de enero de 2017.

ÁREA: Derecho

TEMA: Argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo

LÍNEA: Sistema jurídico nacional

DEDICATORIA

A mi padre Teodoro por haberme inculcado el amor por el complejo mundo del estudio y sus constantes enseñanzas; a mi madre Eusebia por su cariño y apoyo incondicional.

A mi hermano Carlos Nicolás por ser mi ejemplo y por su apoyo oportuno.

AGRADECIMIENTOS

- Al Doctor Manuel Atienza por ser fuente de inspiración en el presente trabajo.
- Al Doctor Felipe Gutiérrez Osco por su oportuna colaboración en la materialización de esta investigación.
- A los Doctores Cristóbal Rufino Yapuchura Saico, Vicente Alanoca Arocutipa y José Asdrugal Coya Ponce por sus recomendaciones rigurosas en este trabajo intelectual.
- A la plana docente por haber contribuido en mi formación profesional y al personal administrativo por su labor importante, ambos de la Escuela de Postgrado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano.

ÍNDICE GENERAL

Contenido

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL.....	iii
ÍNDICE DE CUADROS	viii
ÍNDICE DE FIGURAS	ix
ÍNDICE DE ANEXOS.....	x
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I**PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.2.1. Problema general.....	9
1.2.2. Problemas específicos.....	9
1.3. OBJETIVOS.....	9
1.3.1. Objetivo general.....	9
1.3.2. Objetivos específicos	9
1.4. JUSTIFICACIÓN	10
1.5. HIPÓTESIS	12

1.5.1. Hipótesis general	12
1.5.2. Hipótesis específicas	12
1.6. VARIABLES	13
1.7. DEFINICIÓN OPERACIONAL	13
1.8. TERMINOLOGÍA CONCEPTUAL	14
1.9. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.9.1. Viehweg, Theodor: La tópica y el razonamiento jurídico	17
1.9.2. Perelman, Chaim: Hacia la teoría de la argumentación	22
<u> 1.9.3. Toulmin, Stephen E.: Una nueva concepción de la lógica</u>	<u>28</u>
1.9.4. Cano Jaramillo, Carlos Arturo: Conflicto, argumentación y convivencia	32
1.9.5. Sanchez Fernandez, Luis Manuel: Argumentación Jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial	33
1.9.6. Ureta Guerra, Juan Antonio: Técnicas de argumentación jurídica para la Litigación Oral y Escrita	34

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA ARGUMENTACIÓN	36
2.1.1. Los Sofistas (Siglo V. De J.C.)	36
2.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL	55

2.3. CONCEPCIONES DEL DERECHO DE LOS TEÓRICOS Y DE LOS PRÁCTICOS.....	58
2.4. LA REALIDAD ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	64
2.5. PRAGMATISMO JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	70
2.6. PRECURSORES DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	73
2.6.1. Theodor Viehweg y la concepción tópica	73
2.7. TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	107
2.7.1. Neil Maccormick y la Teoría integradora de la argumentación Jurídica	107
2.7.2. Robert Alexy y la argumentación jurídica como discurso racional .	122
2.8. NUEVA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	139
2.8.1. Manuel Atienza Rodríguez.....	139
2.9. JAVIER ESQUIAGA GANUZAS Y LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS	165
2.10. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ	179
2.10.1. Juan Ureta Guerra: Teoría de la Argumentación Jurídica.....	179
2.11. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	184
2.12. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	186
2.13. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	191

2.14. IUSNATURALISMO.....	196
2.15. POSITIVISMO	198
2.16. NEOCONSTITUCIONALISMO	210

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	228
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	229
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	229
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	234
3.5. MATRIZ DE CONSISTENCIA	234

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. LA ARGUMENTACIÓN EN UN CONTEXTO CONTEMPORÁNEO	236
4.2. JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO	252
4.3. NEOCONSTITUCIONALISMO	255
4.4. ANÁLISIS DE SENTENCIAS.....	264
4.5. DISEÑO ESTADÍSTICO	283
4.6. PROCESO DE DEFENSA SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN CONTEXTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN PROCESO DE AMPARO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO ENTRE LOS AÑOS 2014 AL 2015.....	291

4.6.1. Análisis jurídico de las sentencias expedidas en proceso de amparo	291
4.6.2. Argumentación Jurídica de las Sentencias y Autos	318
4.6.3. Contrastación de unidades de investigación y constatación de hipótesis.....	329
CONCLUSIONES	337
RECOMENDACIONES	339
BIBLIOGRAFÍA	341
ANEXOS	351

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
1. Las diferencias entre episteme y doxa.....	43
2. Ámbito real y preferible.....	87
3. Procedimientos de enlace y disociación.....	94
4. Diálogo.....	125
5. Procedimientos jurídicos.....	129
6. Procedimientos y Normas.....	137
7. Reglas y Principios.....	137
8. Legislación sobre argumentación jurídica.....	166
9. Juzgados Mixtos y Civiles del Distrito Judicial de Puno.....	230
10. Muestra del Distrito Judicial de Puno.....	232
11. Las concepciones de la argumentación jurídica.....	265
12. Órganos Jurisdiccionales Permanentes: Juzgado Civil y Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno.....	283
13. Elementos que caracterizan a la Argumentación Jurídica Contemporánea en el Neoconstitucionalismo.....	285
14. Concepción formal (Lógica formal).....	286
15. Concepción material (Fundamentación fáctica).....	287
16. Concepción material (Fundamentación jurídica).....	288
17. Concepción material (Pruebas).....	289
18. Concepción pragmática (Retórica).....	290

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
1. Elementos de los argumentos.....	104
2. Probabilidades y refutación.....	106
3. Lógica formal.....	286
4. Fundamentación fáctica.....	287
5. Fundamentación jurídica.....	288
6. Pruebas.....	289
7. Retórica.....	290

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Elementos que caracterizan las concepciones formal, material y dialéctica.....	352
2. Ficha de Análisis de Expediente.....	354
3. Ficha Textual.....	355
4. Ficha de Resumen.....	356

RESUMEN

En el contexto actual del Derecho existe una realidad desbordante denominada el nuevo Constitucionalismo, fenómeno complejo que irradia a todos los ordenamientos jurídicos que forman parte de los sistemas jurídicos anglosajón, romano germánico, islámico, etc. La referida realidad jurídica obliga a los órganos públicos a dar razones válidas para que puedan decidir los conflictos intersubjetivos, incertidumbres jurídicas, protección de derechos constitucionales, los ilícitos penales y demás que requieran solución, por tanto, existe una elevada demanda de argumentación jurídica por parte de los justiciables. La argumentación jurídica es importante, pues constituye un requisito más para que se pueda presenciar el referido fenómeno, debido que cuida la construcción del silogismo, otorga validez a los fundamentos esgrimidos y finalmente persuade a un público determinado bajo ciertas reglas previas, es decir, se pasa del plano individual al plano social, para la legitimidad de la argumentación jurídica. La presente investigación se dará en los Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno – sede Puno, centrándonos en las sentencias expedidas en los procesos de amparo, cuyos objetivos se encuentran direccionados a la verificación de si las sentencias se encuentran adecuadamente argumentadas conforme a la teoría estándar de la argumentación jurídica dentro del neoconstitucionalismo. Los métodos que se utilizarán son el argumentativo, deductivo, analítico y sintético.

PALABRAS CLAVES: Amparo, argumentación jurídica, autos, concepción formal, concepción material, concepción pragmática, constitucionalismo contemporáneo, estado constitucional de derecho, estado de derecho, proceso, sentencias.

ABSTRACT

In the current context of the law there is an overwhelming reality called the new constitutionalism, complex phenomenon that radiates to all legal systems which are part of the Anglo-Saxon, Germanic Roman, Islamic legal systems, etc. The aforementioned legal reality requires public bodies to give valid reasons for them to decide intersubjective conflicts, legal uncertainties, protection of constitutional rights, and other criminal acts requiring solution, therefore, there is a high demand for legal arguments by of litigants. The legal argument is important because it is a requirement more so you can witness the aforementioned phenomenon, because who cares the construction of the syllogism, validates those put fundamentals and finally persuade a particular audience in certain previous rules, that is, passes from individual to social level, for the legitimacy of legal argumentation plane. This research will be in the Mixed Courts of the Superior Court of Justice in Puno - Puno headquarters, focusing on the sentences issued in processes under whose objectives are directed to the check sentences are adequately argued under the standard theory of legal argumentation within the neoconstitutionalism. The methods used are argumentative, deductive, analytic and synthetic.

KEYWORDS: Legal reasoning, formal concepción, concepción material, pragmatic conception, contemporary constitutionalism, constitutional rule of law, rule of law process, amparo, sentences, autos.

INTRODUCCIÓN

Hoy se discute sobre la distinción entre el Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho, problemática que se aborda primordialmente a partir de la comprensión del rol que posee la Constitución en los diferentes Estados a nivel mundial.

La vinculación de los jueces a la ley sigue siendo un principio fundamental de los ordenamientos jurídicos actuales lo que significa que todas las decisiones representan siempre la aplicación de normas que inciden en el contenido de las resoluciones.

Formalmente los jueces están sometidos al imperio de la ley y que su obligación es aplicarla, así que es menester preguntarnos cómo realizan esta labor, a qué les obligan las normas del ordenamiento jurídico, cómo realizan la tarea argumentativa, qué tipo de libertad tienen a la hora de adoptar decisiones, asimismo se ha dicho que la aplicación del Derecho requiere una previa interpretación que puede ser más o menos difícil dependiendo de la complejidad de las normas. Todos los sistemas jurídicos establecen una serie de criterios que pueden ser utilizados para la interpretación de las normas. En principio *prima face* pareciera que tales criterios limitan la libertad de acción de los jueces en el sentido de que condicionan las posibilidades interpretativas pero, en realidad, la variedad de criterios supone una especie de coartada que viene a justificar (casi) cualquier tipo de actuación y, en consecuencia, cualquier tipo de decisión. Se debe partir de una premisa básica que reconoce y ampara la libertad de los jueces a la hora de interpretar el Derecho. Tal premisa es una consecuencia de la independencia judicial y se plasma en el respeto a la actividad interpretativa

realizada por los jueces. La función que cumplen los criterios interpretativos no es otra que la de aumentar el margen de discrecionalidad en la actuación judicial.

Podemos afirmar que la ley cumple un rol importante en la argumentación jurídica, pero más aún la Constitución, pues da un nuevo contenido a los derechos fundamentales de acuerdo al Constitucionalismo Contemporáneo, lo que permite que la argumentación jurídica cumpla un nuevo rol en nuestra sociedad, puesto que, es obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, es decir, en todas sus facetas, como: la interpretación o la producción del Derecho. Pero no es obvio, aclarar en qué consiste exactamente esa importancia, sobre todo, mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del Derecho y de la teoría jurídica, y prevé, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el Derecho, propio de los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales.

Cuando hoy se habla de argumentación jurídica o de teoría de la argumentación jurídica no se está diciendo algo muy distinto a lo que anteriormente se conoció como método jurídico, metodología jurídica, etc.

En tal sentido, se ha procedido a analizar sentencias recaídas en los expedientes sobre proceso de amparo: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin); obteniendo como resultado la inaplicación, *por parte de los Juzgados Civiles y*

Mixtos del distrito Judicial de Puno, de las concepciones desarrolladas por La Teoría Estándar de La Argumentación Jurídica.

La presente investigación jurídica se divide en cuatro capítulos, seguidamente cuenta con las conclusiones y sugerencias, conforme a los cánones de toda investigación científica.

En el capítulo I se plantea el problema de la investigación sobre la argumentación jurídica en un contexto del neoconstitucionalismo que se presenta con auge en nuestros tiempos y cuyas teorías se aplican a casos concretos, en el presente trabajo de investigación se procura el estudio de la forma de aplicación de las teorías aludidas a los casos que se presentan en los procesos de amparo en el distrito judicial de Puno.

En el capítulo II se desarrolla el enlace entre el Derecho y la Argumentación desde la antigua Grecia, apuntando el papel que han tenido Platón y Aristóteles en la creación de la retórica, asimismo trayendo a colación a los diez mejores oradores de Grecia; seguidamente desarrollando la participación de los romanos en la argumentación jurídica, así como el tratamiento que se le da en los tiempos modernos por haber recobrado un auge decisivo en el mundo del Derecho.

Los precursores de las Teorías de la argumentación jurídica son Theodor Viehweg y la concepción tópica, la misma que es una parte de la retórica, la cual fue una de las artes liberales que conformaban el Trivium. Perelman y la nueva retórica se caracterizaba por aplicar juicios de valor a partir de la distinción que realiza Aristóteles del razonamiento analítico y deductivo. Toulmin y la teoría de la Argumentación afirma que el único campo para el que sería adecuada la

concepción de la argumentación es el de la matemática pura, entre otras precisiones que apunta el precitado autor.

Se tiene como objeto de estudio a la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica representada por Neil Maccormickla razón práctica Kantiana con el escepticismo humeneano armoniza de manera particular. Por su parte, Alexy crea un sistema de niveles, basados en la distinción de reglas, principios y fase argumentativa.

La argumentación y la motivación de las resoluciones judiciales; el primero, estudiado y explicado por Manuel Atienza, considerado como representante de la Teoría Estándar de la Argumentación jurídica, quien dedica su producción intelectual al fijamiento de tres concepciones la formal, material y dialéctica; y, el segundo, es expuesto por Javier Esquiaga Ganuzas, quien resalta la importancia de la interpretación jurídica y de la argumentación, nexos importantes que se manifiesta a la hora de la expedición de las resoluciones judiciales; además, de señalar la distinción entre disposición normativa y artículo jurídico, tema que ha sido frondosamente tratado por nuestro Alto Tribunal Constitucional Peruano. Asimismo, se desarrolla la importancia de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo; y, la evolución de los paradigmas del iusnaturalismo, iuspositivismo y neoconstitucionalismo.

En el capítulo III se señala la metodología de investigación, apartado donde se indica el método utilizado en la presente investigación, el cual es el método de investigación discursivo y dialéctico (Ponce de León, 2009: 70); respecto del primero, se tiene como objeto de conocimiento, a la argumentación

jurídica y al neoconstitucionalismo, que son complejos y no existen respuestas inmediatas a los problemas planteados. Asimismo se aplica el método dialéctico; por otra parte, se ha señalado la población y la muestra con la que se ha trabajado para poder emitir una hipótesis coherente y ajustada a la realidad.

En el capítulo IV, se expone el análisis y discusión de los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las sentencias y autos expedidas por los Juzgados Civiles y Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno, acontecimiento que se da partir del análisis y estudio exhaustivo de las teorías de la argumentación jurídica en un contexto del neoconstitucionalismo de las sentencias y autos expedidos por Juzgados Civiles y Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno; de esa talante, de parte para finalmente aplicar la teoría a la práctica, confrontación que resulta interesante, puesto que, podemos constatar que las diversas sentencias analizadas poseen defectos evidentes a la luz de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica, pues de no hacer la referida operación, aparentemente estaríamos frente a sentencias correctamente motivadas, empero, se tienen únicamente resoluciones judiciales que están incorrectamente motivadas o fundamentadas.

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se debe conocer que desde siempre la argumentación jurídica era una rama del conocimiento que era estudiada y aplicada por una clase elitista o la nobleza, quienes utilizaban un lenguaje estandarizado, culto o albriciamente educado por sus posibilidades económicas notablemente favorables, por ello, no se afanaban en mantener y desarrollar una teoría de la argumentación técnicamente complicada, pues contaban con una educación dedicada y pertinente desde los grados de estudios básicos regulares hasta aún después de los estudios universitarios; sin embargo, esta situación cambió cuando los plebeyos asumen cargos de relevancia en los diferentes puestos de la administración pública, específicamente cuando llegan a desempeñarse como magistrados, es por ello, resulta imperiosamente necesario imponer un esquema único para que los diversos jueces puedan razonar y resolver los casos concretos que tienen a la vista día a día en sus despachos, toda vez, que los magistrados dejaron de pertenecer a una clase social única y elitista. Antiguamente un número considerable de los magistrados provenían de una clase social oprimida; actualmente la mayoría de magistrados provienen de familias muy humildes, muchos de ellos estudiaron en la universidad sin una

adecuada formación, sin Maestros que los formarán en distintas áreas del Derecho, como la argumentación jurídica, estrategia de litigación, retórica, manejo de tecnicismo jurídico, investigación jurídica, epistemología jurídica, filosofía del Derecho, Ciencia Política, Teoría del Derecho y conexos; asimismo, no han contado con una bibliografía apropiada para poder investigar las distintas materias que forman la malla curricular universitaria, con todas esas falencias llegan a ejercer el cargo de magistrados, sin la debida preparación jurídica y cultural que tanto requiere tan noble cargo que posee poder en la sociedad que, conduce el destino de muchos litigantes, dictando medidas cautelares, emitiendo sentencias cuyo contenido cambia la realidad factual de una talante u otra, es así, que tales magistrados sin la preparación idónea causan estragos en la sociedad a través de sus decisiones, obviamente con las salvedades que puedan darse. Esta coyuntura y otros factores hacen necesaria la creación de una Teoría de la Argumentación Jurídica para poder explicar con fundamentos razonables la decisión expedida por los magistrados. Por otro lado, es manifiestamente oportuno indicar que para realizar esta labor parece procedente señalar a grandes rasgos cuáles son los principios básicos que determinan la actividad judicial. En primer lugar, la actividad judicial está sujeta a ciertas restricciones temporales que, de uno u otro modo, condicionan el propio trabajo de los jueces. Se trata de una diferencia importante respecto de la actividad que realizan otros juristas. Los jueces no sólo tienen que decidir sino que deben hacerlo dentro de un cierto marco temporal lo cual significa que su actuación se ve apremiada por el cumplimiento de ciertos plazos. Esta circunstancia determina que en ocasiones no puedan dedicar todo el tiempo que sería deseable para resolver aquellos asuntos de los que conocen. Se sabe que la Administración de justicia

es lenta y que a veces se produce una auténtica saturación que inevitablemente provoca retrasos, a ello, le sumamos una inadecuada preparación profesional; y, tenemos como resultado que nuestra administración de justicia se encuentra en crisis; pues se ha visto en la praxis que los magistrados superiores en vez de aplacar dicha realidad, son complacientes en atención al factor tiempo y carga procesal, lo que se torna en intolerable para los justiciables y abogados de la defensa técnica, máxime si los órganos de control coadyuvan a que los magistrados continúen vulnerando el derecho fundamental a la debida motivación de las decisiones judiciales, en vista que, archivan las quejas que se promueven en contra de magistrados que no fundamentan sus resoluciones.

En el contexto actual, en el Derecho existe una realidad desbordante denominada el nuevo Constitucionalismo, fenómeno complejo que irradia a todos los ordenamientos jurídicos que forman parte de los sistemas jurídicos como: anglosajón (Holmes, 1963), romano germánico, islámico, etc. La referida realidad jurídica obliga a los órganos públicos a dar razones válidas para que puedan decidir los conflictos intersubjetivos, incertidumbres jurídicas, los ilícitos penales y demás que requieran solución, por tanto, existe una elevada demanda de argumentación jurídica por parte de los justiciables. La argumentación jurídica es importante, pues cumple un requisito más para que se pueda presenciar el referido fenómeno que cuida la construcción del silogismo, otorga validez de los fundamentos esgrimidos y finalmente persuade a un público determinado bajo ciertas reglas previas, es decir, se pasa del plano individual al plano social, para la legitimidad de la argumentación jurídica.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿En qué forma se aplica la teoría de la argumentación jurídica en las sentencias sobre proceso de amparo emitidas en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 - 2015 en el contexto del neoconstitucionalismo?

1.2.2. Problemas específicos

-¿Cómo se concretiza la concepción formal de la argumentación jurídica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo?

-¿En qué manera se manifiesta la concepción material de la argumentación jurídica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo?

-¿Cómo se aplica la concepción pragmática de la argumentación jurídica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

- Analizar la forma de aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 – 2015 en el contexto del neoconstitucionalismo.

1.3.2. Objetivos específicos

- Verificar la concepción formal de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.

- Determinar la concepción material de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.
- Identificar la concepción pragmática de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Actualmente vivimos en un nuevo paradigma del Constitucionalismo, razón por la cual se tiene como algunos de los efectos: la distribución formal del poder, el desarrollo de los derechos fundamentales, los mecanismos de control de la constitucionalidad, por tanto, supone una gran demanda de argumentación jurídica por parte de los órganos públicos; es así que, en el caso materia de investigación, el Poder Judicial mediante sus órganos jurisdiccionales tienen el deber de sancionar los ilícitos penales, resolver los conflictos intersubjetivo de interés y las incertidumbres jurídicas aplicando garantías mínimas a lo largo de las etapas procesales y argumentando jurídicamente de acuerdo a los estándares constitucionales, a fin de dar buenas razones, justificación, para decidir conforme a derecho las causas incoadas.

La relevancia teórica jurídica de la presente investigación reposa en que, el contexto mundial constituye causa fin, para analizar bajo las tres concepciones de la argumentación jurídica, la justificación de las sentencias emitidas por los Juzgados de la Corte Superior de Justicia de Puno, y verificar el cumplimiento de los presupuestos y etapas de la argumentación jurídica para posteriormente emitir un juicio valorativo para determinar si la justificación de las sentencias y autos, emitidos en el proceso de amparo, cumplen con los estándares requeridos para ser calificados como fundamentaciones óptimas.

Se investiga la argumentación jurídica debido a que resulta relevante en la realidad actual a fin de proteger derechos fundamentales que deben ser protegidos por cada Estado, en vista que nos encontramos sujetos a un nuevo contexto donde priman los derechos constitucionales; los ciudadanos que recurren a los diversos órganos jurisdiccionales necesitan saber las razones jurídicas de su decisión que incide de manera directa en sus relaciones sociales y jurídicas.

La metodología a aplicarse es la sistemática, deductiva y sintética para desarrollar cada una de las fases de la argumentación jurídica; las técnicas que coadyuvan a la investigación son el estudio de los casos recaídos en procesos de amparo que secundaran con su presentación argumentativa en el análisis lógico de la argumentación jurídica.

Las implicancias prácticas se evidencian en el análisis de las justificaciones contenidas en las sentencias y autos bajo los niveles de reflexión de las tres concepciones de la argumentación jurídica, es decir, se analizaran casos prácticos para posteriormente utilizar las mismas como instrumento de justificativo de validación. Actualmente el tema de argumentación jurídica es de carácter obligatorio para los órganos jurisdiccionales a nivel constitucional, puesto que, se ha visto en la práctica que muchos magistrados han fallado o decidido en causas penales, civiles, constitucionales, contencioso administrativo, entre otros, sin que esgriman argumentos válidos o, en su caso, sin que argumenten conforme a los parámetros diseñados por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual, trae como consecuencias la indefensión de derechos fundamentales de los justiciables y la sanción recaída en los órganos jurisdiccionales por falta de motivación, causal de falta grave que conduce a una

sanción disciplinaria. La argumentación jurídica es importante a nivel práctico, en razón, que en la actividad jurisdiccional se solucionan problemas jurídicos reales que causan sus efectos en el campo práctico y que, en caso, no sean solucionados adecuadamente en atención a los estudios abordados y desarrollados por juristas reconocidos a nivel mundial, traerá como resultado la ineficacia del sistema jurídico nacional y el inidóneo rol de los operadores del Derecho. Con el presente trabajo se pretende lograr la aplicación de los estudios teóricos a los casos prácticos, y que de esa realidad surjan nuevos aportes para enriquecer el estudio de la argumentación jurídica, la misma que se constituye como herramienta de solución de conflictos presentes en la sociedad; finalidad que busca, además de que los magistrados puedan regirse por cánones técnicos-jurídicos y no así por circunstancias subjetivas sin relevancia jurídica, que muchas veces priman en los fallos.

1.5. HIPÓTESIS

1.5.1. Hipótesis general

La aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo es parcial y deficiente en las sentencias emitidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 – 2015, pues sólo los magistrados utilizan de forma genérica la argumentación lógica deductiva, soslayando cabalmente la fundamentación externa como la dialéctica.

1.5.2. Hipótesis específicas

- La concretización de la concepción formal de la argumentación jurídica es parcial y deficiente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.

- La concepción material de la argumentación jurídica es inexistente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.
- La concepción pragmática de la argumentación jurídica no se desarrolla en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.

1.6. VARIABLES

V1: Argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo.

V2: Sentencias expedidas en el proceso de amparo.

1.7. DEFINICIÓN OPERACIONAL

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
La teoría argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo	1.1. Formal 1.2. Material 1.3. Pragmática	Teoría de la inferencia Teorías de las premisas Retórica
Sentencias expedidas en el proceso de amparo	2.1. Esfera de lo indecidible 2.2. Proceso como método	Procedimentalización Dialéctica

1.8. TERMINOLOGÍA CONCEPTUAL

Aporia.- Procedente del griego aporía (de a, sin, y poros, salida), este término significa, en sentido propio, dificultad para salir; en sentido figurado, duda, problema sin solución. Aristóteles, que desarrolla 14 a. en el lib. II de su Metafísica, entiende la a. como dificultad o incertidumbre que surge de la igualdad -al menos aparente- de los razonamientos contrarios (Tópicos VI, 6, 145b). Los modernos se adhieren más bien al sentido fuerte derivado de la etimología y consideran la a. como una dificultad de la que no se puede escapar, como una objeción o problema sin solución.

Axioma.- Los axiomas son los componentes más importantes de una investigación científica, cualquiera que esta sea, porque son los que suponen una verdad indiscutible que establece en su contenido e difícil de negar por sí misma a partir de donde se puede seguir realizando todo tipo de inferencias o hipótesis que luego deberán ser confirmadas o negadas. Los axiomas ejecutan los procesos científicos en el cual este método es el deductivo que se deduce a una posible regla científica a partir de una verdad axiomática preexistente.

Concepción formal.- Estudia a la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, es decir, la concepción provee las formas o esquemas de los argumentos conformados por premisas, las mismas que constituyen un encadenamiento lógico y concluyen en una conclusión.

Concepción material.- Determina la validez de las premisas para realizar o tener la intención de efectuar alguna acción.

Concepción pragmática.- Efectúa el control de la argumentación en función a una serie de actos de lenguaje con la finalidad de persuadir a un auditorio o interactuar con otros para llegar a un acuerdo.

Dialéctica.- Proceso de interacción constante, mediante el cual se esgrimen argumentos válidos entre los actores, en cuyo proceso prima la contradicción y persuasión. Se conoce como dialéctica a la técnica que intenta descubrir la verdad mediante la confrontación de argumentos contrarios entre sí.

Lógica formal.- Se acostumbra a definir la lógica formal como aquella ciencia que estudia los razonamientos desde el punto del análisis formal, es decir, desde el punto de vista de su validez o no validez. Esto significa que se desentiende del contenido empírico de los razonamientos para sólo considerar la "forma" (estructura sin materia). Dado el siguiente silogismo: *Los insectos son artrópodos; los dípteros son insectos; por tanto, los dípteros son artrópodos;* al lógico sólo le interesa su validez o corrección (que es formal) expresada en la estructura vacía de contenido *Todo A es B; todo C es A; por tanto, todo C es B.* El que los dípteros sean o no sean artrópodos es una cuestión empírica que interesará en cualquier caso al zoólogo, pero de ninguna manera al lógico. El fundador de la lógica formal fue Aristóteles. Esta disciplina se fue perfeccionando con la introducción, a lo largo del siglo XIX y XX, de todo un potente formalismo matemático (Jorge Boole, Gottlob Frege, Beltrán Russell, etc.). Resulta ya un lugar común equiparar la lógica formal a la lógica matemática, por lo que actualmente constituyen expresiones prácticamente sinónimas. El materialismo formalista rectifica este planteamiento sosteniendo la imposibilidad de una ciencia "no material". La lógica formal

posee referenciales fisicalistas y es tan material como cualquier otra disciplina científica, ya que toda ciencia es material. Por otra parte, no resulta aceptable la existencia de formas puras hipostasiadas exentas de contenidos materiales.

Lógica informal.- La lógica informal, por otra parte, es la más antigua de todas, quizás por su utilidad práctica. Consiste en el estudio del pensamiento crítico, y de cómo hemos de hablar para convencer a la gente. Esto ya lo quería hacer Llull (para cambiar de opinión a quien no pensase como él), pero todos los filósofos anteriores ya se habían dedicado mucho a estudiar todo eso, ya sea cuando hablaban de retórica o dialéctica, de falacias, o de argumentos. En la parte de la lógica que quieren conocer los políticos, los vendedores y estafadores, los jueces y abogados, y otros "profesionales". Pero como hay que conocer la lógica formal para entender la informal, muchos acaban en el terreno de las falacias. Normalmente esto no parece ningún problema, ya que la gente en general tampoco entiende este tipo de lógica; aunque desde hace mucho, los lógicos han intentado enseñar todo esto al público sin mucho éxito. En la lógica informal intervienen muchos campos, y entre ellos, el estudio del lenguaje es uno muy importante.

Justificación.- Dar razones válidas conforme al método científico.

Justificación interna.- Constituye la validez de una inferencia a partir de premisas dadas en base a la lógica deductiva.

Justificación externa.- Somete a prueba el fundamento de las premisas.

Retórica.- Teoría de la expresión hablada donde no se trata de establecer verdades evidentes sino de demostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión.

Tópica.- Arte de descubrir argumentos y debatir cuestiones que son básicamente problemáticas.

1.9. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.9.1. Viehweg, Theodor: La tónica y el razonamiento jurídico

Viehweg utiliza la terminología de la semiótica moderna, el mismo que se distingue entre el aspecto sintáctico, semántico y pragmático. La retórica ha tenido como tema principal a la pragmática; de la situación pragmática procede el discurso. Si en la pragmática es importante el discurso entonces a esa forma de pensar se llama “situacional”; y, en caso de no tomar en cuenta el discurso se la denomina “no situacional”, la misma que es preferida por muchos al no presentar complejidades como la situacional; ésta última resulta siendo decisiva en la práctica cotidiana (Viehweg, 1964:177).

El pensamiento situacional presenta grandes complejidades, de la que se ocupa la tónica en tanto *ars inveniendi*, que proporciona indicaciones útiles, los *topoi* o *loci* ofrecen ayudas iniciales concretas. Funcionan como “fórmulas de búsqueda” en el sentido retórico (Heinrich citado por Atienza, párrafo 260), es decir, como directrices ofrecidas que sirven para descubrir puntos de vista que solucionen el problema en la dirección indicada dentro de una tónica de primer o segundo grado (Heinrich citado por Atienza, párrafo 3 *in fine*), como posibilidades para ingresar en conversaciones, como objetos de la negociación, etc.

Se prefiere como forma de la lógica la dialógica, la que formula conclusiones dentro del discurso y no los separa de ella. En el discurso y discusión se manifiestan acciones lingüísticas, en tanto ataque y defensa están sometidas a un estricto procedimiento de argumentación en el que dos partes se presentan como proponente y replicante, defensor y opositor.

Una nueva corriente crítico lingüístico recurre a la situación pragmática del discurso y es especial en su análisis; además de sostener que sólo es posible volver suficientemente comprensible la situación pragmática general si se conciben sus expresiones como directrices recíprocas para el descubrimiento (invención) y el uso del lenguaje (Rodingen, 1977: 130). De acuerdo a esta concepción toda invención y comunicación lingüística se llevan a cabo dando y recibiendo directrices lingüísticas para la acción.

La teoría tradicional de la ciencia considera a la proposición, es decir, a la relación sujeto-predicado como base del pensamiento y del lenguaje y remite a aquél la directriz, es decir, la secuencia predicado-objeto. Se dice, que el modelo de la proposición, trae consigo el peligro de desplazar de la conciencia el libre juego de las directrices recíprocas, que invitan a la coproducción, es decir, la continuada negociación inventante y hacerla desaparecer detrás de una concepción de la realidad ilícitamente cosificada. En atención a esta realidad se ha podido advertir que el lenguaje jurídico prefiere el modelo de la proposición al modelo de la directriz, por ello, puede

construir una realidad sui generis o de especie o género excepcional y único.

En el discurso existen deberes comunicativos, es decir, que quien ingresa en una situación de discurso asume deberes que son comprensibles por el jurista práctico, quien conoce sus deberes como de aseveración, fundamentación, defensa y explicación; conoce el *onus probando* –la carga de la prueba-. Así por ejemplo, en el derecho civil, el demandante tiene que cumplir su deber de demostrar el fundamento de la demanda.

Viehweg indica que la epistemología jurídica contemporánea impone al discurso determinados deberes teóricos desde la óptica teórica, en otras palabras, cuando alguien habla tiene que poder justificar su discurso, especialmente los deberes de defensa y explicación, de esa talante se puede asegurar un dialogo racional que permita la justificación de aseveraciones teóricas y prácticas.

La tópica constituye un elemento esencial de la retórica. La teoría del discurso está al servicio de una acción lingüística en contextos de acciones o situación pragmática. Es recomendable considerar al pensamiento retórico y tópico como unido a lo situacional; por su parte, el pensamiento no retórico ligado a una condición no situacional, indicado *ut supra*.

Se debe tener en cuenta que la cultura europea ha preferido una actitud no retórica, o mejor dicho, antirretórica. Así se debe indicar que a inicios de la época moderna, en europa, los pasos filosóficos se

envolvían en una orientación antirretórica; en la actualidad es importante la retórica en el lenguaje cotidiano. Lo que en realidad es importante es el parentesco entre jurisprudencia y retórica; y, sus consecuencias.

Los *topoi* están más bien al servicio de un uso del lenguaje que primariamente guía un comportamiento, con su apoyo se puede explicar de qué manera funciona el lenguaje cuando se pase del aspecto no retórico del lenguaje al retórico. Los *topoi* cumplen funciones de directrices en la acción lingüística, funcionan en el lenguaje como avisos operativos, como formulas detectoras, estímulos mentales, incitaciones creativas, propuestas de entendimiento, directrices lingüísticas para la acción. En una conversación los *topoi* son ofrecidos, aceptados o rechazados por los hablantes que dialogan, a fin de lograr una opinión compartida. De esa forma se apertura una comunicación recíprocamente controlable; ambos hablantes deben de evitar reducciones y preparar adecuados campos de acción, conservar, crear y eliminar criterios. El trabajo mental que los *topoi* abren y guían puede aclararse de alguna manera reformulándolos como invitaciones. Seguidamente Viehweg presenta verbigracias:

- “Mira si se dan p.q. [...]”
- “Piensa que r. no está dada [...]”
- “Recuerda el caso similar s. [...]”

Se puede advertir que los comentarios y los libros de instrucciones jurídicas están llenos de los correspondientes *topoi*. Los *topoi* y las

discusiones con ellos, así como su permanente oferta, ponen de manifiesto la relación entre la jurisprudencia y la retórica.

La pandectista jurídica alemana aspiraba construir a partir de conceptos básicos un sistema jurídico omnicompreensivo y distinguir el así obtenido contexto sintáctico-semántico *in thesi* del contexto de acción fundante, imponiéndose éste último.

También fracaso un intento notable, el cual planteó independizar las formaciones jurídicas y separarlas de la situación. Esta es la empresa ontologizante de Adolf Reinach en el año de 1913, dentro del marco de la Escuela fenomenológica alemana, quien se preocupó por demostrar que existen formaciones jurídicas que “poseen un ser, al igual que los números, los árboles o las casas”, según aseguraba, no quería decir “nada oscuro y místico” (Reinach, 1914:14 y 16), lo que resultaba ser no retórico, que no era practicado por los juristas.

Otra concepción no retórica es la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, quien postulaba la división entre el pensamiento normativo y descriptivo (totalmente libre de elementos prescriptivos). Kelsen (1991) creó por su parte una sintaxis jurídica cerrada, que debía estar libre de todo contacto con el contexto pragmático; dicha realidad no era pertinente pues en la praxis se notaba con gran claridad el contexto de acción en el que uno siempre actúa, por ejemplo, en la jurisprudencia de intereses y axiología. En la actualidad resulta siendo de suma importancia la posición pragmática y la retórica como punto fundamental.

1.9.2. Perelman, Chaim: Hacia la teoría de la argumentación

En Perelman se distinguen dos momentos: el crítico: filosofía tradicional; el constructivo: Nueva retórica, nuevo racionalismo, racionalismo retórico: metodología filosófica. En las ciencias naturales se formulan el juicio de verdad; en las ciencias humanas, juicio de valor. Este binomio se expresa en: conocimiento – decisión, demostración – argumentación, verdad- adhesión, racionalidad - razonabilidad.

En la crítica a la razón tradicional y de la modernidad, se formula la crítica a la idea de verdad, y se suscita la confrontación entre verdad y opinión, filosofía y retórica, filosofía tradicional y retórica filosófica (filosofía retórica). Cuando se critica la verdad, se da división metodológica: práctico: argumentación y adhesión; teórico: demostración y verificación.

La metafísica clásica aristotélica es idéntica con la teoría del ser. Se presenta el monismo ontológico, opuesto al pluralismo. Objeta el carácter necesario y evidente de los primeros principios. La evidencia es subjetiva cuando supone una concepción atómica de lo real; es objetiva cuando se manifiesta en la realidad.

Hace dos críticas al concepto de verdad: 1) concepto estrecho de verdad de corte positivista: verdad como adecuación o correspondencia, por medio de un enunciado; que se prueba por verificación, concebida por el neopositivismo; 2) si la filosofía sólo justifica y no fundamenta, entonces debe renunciarse a la consecución

de la verdad. El pluralismo no descarta de plano toda búsqueda de la verdad (Perelman, Ch. y Olbrecht - Tyteca, 1989: 50).

La teoría del conocimiento de la modernidad presenta el racionalismo (intuición) y empirismo (sensible).

Se critica la incapacidad del positivismo lógico ante los problemas éticos, así como lo planteó el empirismo lógico del Círculo de Viena. El problema de los fines dejará de ser filosófico; en adelante será un problema meramente técnico. Por la misma época se distinguía entre juicio de verdad o realidad y juicio de valor, ligada a la oposición entre ciencia y filosofía. El positivismo lógico, el racionalismo, abandonaba a la irracionalidad el problema del hombre. Perelman supera el positivismo jurídico (el neopositivismo de principios del siglo XX) y el iusnaturalismo.

Rechaza el criterio de la evidencia, las concepciones que unían lo racional a proposiciones necesarias y al conocimiento a priori.

La verdad es admitida en el ámbito de las ciencias naturales y exactas (también la demostración). En las ciencias humanas y sociales, se utiliza la adhesión, lo razonable, la teoría de la argumentación. Para las ciencias exactas y naturales, rige el principio de no contradicción, que impide el pluralismo, pues el concepto de razón no se ha modificado. El nuevo racionalismo en filosofía adapta el “principio de responsabilidad”, en lugar de tecnicidad, y de “pretensión de universalidad”, en lugar de acuerdo. La responsabilidad exigida al investigador es una consecuencia de la ausencia de verdad en filosofía, extensiva a la moral y las ciencias humanas. El filósofo es

como el juez que, habiendo oído a las partes, decide. El modelo de racionalidad propio de la filosofía está en las técnicas jurídicas.

La pretensión de universalidad es la argumentación racional. Se trata de un argumento *ad humanitatem*. Perelman considera la universalidad un signo de racionalidad pero sin identificarla con la evidencia cartesiana o lo a priori kantiano. La analogía es una aspiración dirigida a la universalidad de hombres razonables.

Perelman rechaza la evidencia. La falta de criterio de verdad es reemplazada por un recurso de orden sociológico – pragmático: dependencia de la opinión con respecto al medio social y al momento histórico. El “principio de inercia” guarda relación con el valor de la tradición, y es la contrapartida de la “tabula rasa” cartesiana.

Se cuestiona la teoría tradicional del conocimiento, con respecto a la prueba. Para racionalistas y empiristas, la prueba que fundamentaba el conocimiento debía ser considerada universalmente válida. Esta teoría de la prueba descansaba en dos supuestos: a) la conclusión no es más segura que la menos segura de las premisas; b) un saber seguro no puede fundarse más que sobre intenciones evidentes. La verificación y demostración son reemplazadas por un método más ajustado a la filosofía: La justificación. Prueba es todo argumento que disminuye nuestra duda, que suprime nuestra vacilación. La dialéctica se dirige más a la especulación, a la contemplación; la retórica pone en primer plano la acción como propio de una teoría de la argumentación.

La razón “históricamente situada”. El razonamiento jurídico como paradigma de la razón práctica. Se presenta la oscilación entre dogmatismo y escepticismo, también el predominio de la razón que elimina la voluntad y la voluntad sin la asistencia de la razón. La solución o la alternativa es la relación dialéctica entre voluntad y razón, donde ambas se encuentran en mutua interacción (Perelman, Ch. y Olbrecht - Tyteca, 1989: 58 - 60).

Perelman publicó “El método analítico en filosofía”. El racionalismo y el escepticismo habían desarrollado el “objetivismo sin sujeto” o “subjetivismo sin objeto”. Publica en 1958 el “tratado de la argumentación”.

Se tiene tres diferencias entre la teoría de la argumentación y la retórica antigua: ampliación de la idea de auditorio e introducción del auditorio normativo, incorporación del juicio de valor como objeto de debate retórico y nueva interpretación del género epidíctico o demostrativo.

En la retórica de Aristóteles se distinguen tres géneros de discurso de acuerdo con el oyente: deliberativo; judicial (oyente es árbitro, de cosas futuras y pasadas); demostrativo o epidíctico (el oyente es un espectador). El objeto de cada uno de ellos es lo útil y dañoso, lo justo y lo injusto, lo honesto y lo feo.

La Nueva retórica y la tradición aristotélica. La relación retórica – ética y retórica – dialéctica. Para los antiguos, la retórica era una técnica o arte. La relación retórica – ética, con Aristóteles alcanzó el nivel de técnica o arte. La relación retórica – dialéctica planteó que el

fin de la dialéctica es alcanzar la verdad, la acción, la razón, la ciencia. Acerca de los principios nos es posibles hacer ciencia, puesto que la ciencia supone los principios. La dialéctica llega a los principios con la crítica. La retórica cumple una función instrumental, que presupone la dialéctica.

Teoría de la argumentación como metodología filosófica: de la retórica filosófica a la filosofía retórica. La Nueva retórica se presenta como metodología filosófica. La filosofía pertenece al ámbito de la razón práctica y no especulativa. Existen dos razones por las cuales la filosofía devendrá un saber práctico: al inicio está un juicio de valor, una opción axiológica; se proporciona valores demostrando su razonabilidad. La filosofía regresiva cumple actividad revisora en la libertad del filósofo para revisar; el filósofo es como un juez que debe decidir en equidad.

La teoría de la argumentación como Nueva retórica significa abrir una vía media entre dogmatismo y escepticismo. La filosofía es un saber práctico; la teoría de la argumentación, una metodología filosófica. Dos cuestiones: concepción de razón práctica y justificación de razón práctica como propuesta para la ética.

La teoría de la argumentación se ubica dentro de una nueva teoría de la prueba y pretende quebrar el hegemónico dominio ejercido por la demostración sin sustituirla. La argumentación es complementaria de la lógica formal. El objeto de la teoría de la argumentación es el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su

asentimiento. La teoría rige en el ámbito de los valores, de las opciones, de la toma de posición; coincide con las ciencias humanas; el dominio retórico cubre los valores, la Historia, el Derecho, la Religión y la Filosofía. Es un nuevo racionalismo, el racionalismo retórico.

La aplicación práctica de la Teoría de la argumentación en el ámbito jurídico supone una teoría del razonamiento jurídico y una concepción del Derecho. El razonamiento jurídico se identifica con el razonamiento judicial, que tiene como objetivo llegar a una decisión que ponga fin al litigio y logre el consenso de las partes, de los tribunales superiores, y de la opinión pública.

La utilización de la teoría de la argumentación en Derecho se respalda en la lógica jurídica, prescindiendo de los métodos formales. La lógica jurídica como justificación externa va más allá de la lógica formal. En ese contexto, la argumentación debe cumplir con el principio de la retórica: la adaptación al auditorio.

La concepción del derecho está influido por su enfoque judicialista. En ese entender, el Derecho se comprende bajo dos aspectos: el Derecho como técnica cuya función es poner fin a los conflictos con la concurrencia de valores contrapuestos en la sociedad; el Derecho es “razonable”, pues ello se logra con el consenso sobre la decisión judicial. Entonces, lo jurídico se configura a partir de las convicciones, preferencias y valores que se comparte en la sociedad, en tanto ello constituye el tribunal que determina la razonabilidad, el carácter de Derecho (Perelman, Ch. y Olbrecht - Tyteca, 1989: 122).

Cuando consideramos la especificidad y objeto de la lógica jurídica, algunos se refieren al objeto material. Hacemos referencia a la lógica en relación con las técnicas que permiten calificar los hechos, subsumirlos bajo las normas jurídicas y extraer consecuencias jurídicas. Otro objetivo: permite llevar a buen término una controversia; la lógica jurídica posibilita al juez fundar sus decisiones en Derecho. Son los razonamientos por analogía, argumentación a *rationes legis*, o *a pari*, *a contrario*, etc. que son partes de los *tópicos jurídicos*.

La lógica jurídica es la aplicación de la teoría de la argumentación al ámbito jurídico y al judicial. Lógica jurídica es la teoría de la argumentación en su aplicación al Derecho.

1.9.3. Toulmin, Stephen E.: Una nueva concepción de la lógica

Toulmin constata que la ciencia de la lógica se ha presentado desde Aristóteles como una disciplina “autónoma” y despreocupada de la práctica. El modelo de la lógica formal deductiva no puede trasladarse al campo de la “razón práctica” y la lógica no permite explicar la mayor parte de los argumentos que se formulan en cualquier otro ámbito, incluido el de la ciencia. La argumentación de la lógica formal deductiva sería adecuada sólo para el único campo de la matemática pura.

Las contribuciones de Toulmin están en la teoría ética, en la filosofía de la ciencia y en la lógica; nos interesa sus contribuciones en lógica. Su libro *The Uses of Argument*, 1958, se sitúa en las perspectivas del segundo Wittgenstein de crítica al formalismo y

primacía del lenguaje natural; su teoría de la argumentación debe mucho a J. Wisdom y G. Ryle, dos filósofos de dirección analítica.

La posición radical de Toulmin consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin se desplaza desde la teoría lógica a la práctica lógica; desde la “lógica idealizada” a la lógica operativa o aplicada (*working logic*), desde la geometría a la jurisprudencia. El paralelismo entre lógica y jurisprudencia ubica en el centro la función crítica de la razón. Las pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas ante el tribunal de la razón. La corrección de un argumento es una cuestión procedimental, pues algo tiene que ser juzgado de acuerdo con criterios (substantivos e históricamente variables) apropiados para cada campo de que se trate. Esa corrección de un argumento no es una cuestión formal, que dependa exclusivamente de la forma de las premisas y de la conclusión (Toulmin, S. E.; Rieke, R. y Janik, A., 1984: 34.).

Existe gran variedad del lenguaje sobre dar “razones”; pero esa diversidad se distingue entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El uso instrumental se da cuando las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos directamente, sin necesidad de producir “razones” adicionales; por ejemplo, cuando se pide algo. El uso argumentativo supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas; por ejemplo, cuando se plantea una pretensión jurídica; el razonamiento cambia en relación con las situaciones. Sin embargo,

hay situaciones comunes como las de la estructura de los argumentos, es decir, los elementos de los argumentos, funciones que cumplen dichos elementos y cómo se relacionan entre sí; cuál es la fuerza de los argumentos.

Precisamos el alcance de estos términos básicos. El término “argumentación” significa la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, respetando esas críticas, etc. El término “razonamiento” es la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión. Se diferencian dos sentidos del término “argumento”. En el primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento (“*a train of reasoning*”), la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellos, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante. En el segundo sentido, los argumentos son interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento. Interesa a Toulmin argumentos en este segundo sentido (Toulmin, S. E.; Rieke, R. y Janik, A., 1984: 55).

Como bien podrá observarse, también Toulmin parte de la insuficiencia de la lógica formal deductiva, pues pretende formular un modelo que sirva para todo el campo de la argumentación en general.

En primer lugar, pretende superar los esquemas tradicionales de la lógica formal. En segundo lugar, existen seis tipos de

proposiciones: el respaldo, la garantía, las razones, el cualificador, la condición de refutación y la pretensión. Los argumentos sustanciales o no formales son los más frecuentes en la práctica.

En un argumento siempre se distinguen cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. Toulmin distinguió entre Argumentos *substantiales* (*substantial arguments*) y argumentos *analíticos* (*analytic arguments*).

Las falacias son las formas en que se argumenta incorrectamente. Se consideran cinco categorías diferentes: 1) por falta de razones es la petición de principio que argumenta en su favor avanzando “razones” equivalentes al de la prestación original; 2) de razones irrelevantes, consiste en argumentar *ad ignorantiam*, en apelar al pueblo, a la autoridad, a la persona, a la compasión o a la fuerza; 3) de razones defectuosas, falla la calificación o la condición de refutación; 4) de suposiciones no garantizadas, aparece la falsa causa, la falsa analogía; 5) de ambigüedades, cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología, falacia del acento, de composición, división, figuras de dicción).

Se dan conexiones existentes entre el lenguaje y el razonamiento, algunos tipos de razonamientos relevantes, por ejemplo, argumento por analogía, a partir de generalizaciones, signos, causas, autoridad. La actividad de argumentar tiene características especiales en: Derecho, ciencia, arte, negocios, ética.

El sistema jurídico es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento. El derecho (a través de tribunales de primera instancia) proporciona un foro para argumentar. Los tribunales de apelación suministran un segundo foro de argumentación. Esa argumentación no se centra en las cuestiones de hecho, sino en las cuestiones de derecho. Cuestiones de hecho son medios de prueba, cuestiones de derecho son razones (normas, citas de autoridades, tribunales de apelación, etc.). En el primer caso, las garantías como el testigo, la prueba, el documental, etc.; en el segundo caso, en las cuestiones de derecho, la garantía será una norma jurídica general o un principio jurídico. El respaldo de la argumentación consistirá en la referencia al campo general de la experiencia en que se asienta la garantía, y la garantía enuncia una norma o principio vigente (Toulmin, S. E.; Rieke, R. y Janik, A., 1958: 12).

Toulmin pretende superar la lógica. Mientras que la lógica formal estudia los argumentos como una secuencia de proposiciones, a Toulmin le interesan, sobre todo, los argumentos considerados como interacciones humanas, como un tipo de acción.

El planteamiento de Toulmin le parece a Habermas insuficiente, pues sigue adoleciendo aún de una falta de mediación convincente entre los planos de abstracción que representan lo lógico y lo empírico.

1.9.4. Cano Jaramillo, Carlos Arturo: Conflicto, argumentación y convivencia

En el derecho los conflictos se resuelven de acuerdo a la acción comunicativa, por medio del lenguaje y el uso de argumentos, que se

materializan en un teto oral o escrito. El Estado por medio de la rama judicial y otras instituciones del poder público tiene la función de asegurar la convivencia pacífica mediante la prevención y resolución que se presentan en la sociedad buscando proteger los derechos y asegurando el cumplimiento de los deberes sociales.

La argumentación pretende sustentar discursos sobre la base de textos que logren persuadir, por eso, trabaja en la búsqueda de razones válidas; el campo de la teoría de la argumentación jurídica se ocupa de la racionalidad, de las providencias. Una decisión racional es aquella que está correctamente fundamentada. Por eso siempre hay que hallar los fundamentos correctos y válidos. La corrección tiene que ver con la fundamentación, con la fundamentación objetiva de las decisiones. Precisamente la capacidad de justificar objetivamente las decisiones depende la naturaleza científica del derecho y la legitimidad de las mismas. La validez de las decisiones alude a la posibilidad de que puedan quedar en firme y producir sus efectos legales (Cano, 2009: 89).

1.9.5. Sanchez Fernández, Luis Manuel: Argumentación Jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial

La argumentación se revela como una actividad inherente a la racionalidad del entendimiento humano. Se argumenta en campos tan diversos como la religión, moral, negocios, familia, comunidad, política, moral y desde luego el Derecho. Se argumenta en el terreno de las ciencias naturales, en donde siempre hay razones últimas que no

gozan de una verificación absoluta y por ello son constantemente objeto de escrutinio.

En la argumentación se ha de suponer, que deben existir verdades o respuestas a los problemas; pero las aproximaciones a ello pueden ser relativas y falsables. Además, las verdades sólo son contrastables frente a una comunidad de personas que las aceptan, o las rechazan. No hay verdad que no sea tal, si aunque pre-exista no es comunicable no interesa a nadie. Por lo tanto la construcción de verdades o de valores compartidos sólo opera en medio de la discusión racional y la confrontación de razones (Sánchez, 2004: 23).

1.9.6. Ureta Guerra, Juan Antonio: Técnicas de argumentación jurídica para la Litigación Oral y Escrita

El debate crítico es un mecanismo social para solucionar conflictos; y existen tantas variedades de debates como canales formales e informales de solución de conflictos: desde negociaciones, polémicas políticas hasta el propio procedimiento judicial. A la actual teoría de la argumentación le interesa comprobar la idea de que el debate soluciona los conflictos, y que los enfoques adecuados y las técnicas rigurosas pueden contribuir con ese resultado. Por eso, existen sociedades en las cuales el debate crítico se encuentra institucionalizado, éste es parte modélica de la confrontación y resolución de diferencias de opinión. En cambio, en países como el nuestro se carece de instituciones sociales que den espacio al debate crítico, y en el nivel judicial aún desconocemos tanto el desarrollo de

la actual teoría de la argumentación como la práctica del debate crítico

(Ureta, 2012: 54).

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA ARGUMENTACIÓN

2.1.1. Los Sofistas (Siglo V. De J.C.)

2.1.1.1. El Nuevo Rumbo de la Filosofía Griega

El tema general de la filosofía presocrática estaba orientado a la especulación cosmológica, en cuyo contenido excepcionalmente se hacía mención al hombre y a los asuntos humanos. La filosofía había alcanzado una de sus metas convirtiéndose en ciencia racional de las cosas. En el avance de esa teoría científica las soluciones científicas fueron disímiles y muchísimas. La filosofía se encontró en una crisis en la que estuvo a punto de fenecer. Posteriormente en el siglo V aparecen en Atenas, los sofistas que se despreocupan del mundo y concentran su interés especulativo en el centro mismo del hombre. El nuevo rumbo de la filosofía se centra en el hombre (Gonzales, 1964: 18).

2.1.1.2. La Sofística

La palabra sofista sabio. Aristóteles afirmó que la sofística era una sabiduría aparente, por su parte, Platón decía que el sofista era una

especie de no ser, porque aparentaba ser filósofo sin serlo realmente, es así, que de ambas aseveraciones podemos advertir que el sofista era el hombre que trata temas filosóficos fuera de las rutas de la filosofía son conseguir la sabiduría. Los sofistas eran profesores ambulantes que comerciaban con el saber, y que el resultado de su trabajo se vio plasmado en el éxito de sus alumnos en la vida pública. Los sofistas cultivaban la retórica y, sobre todo, la oratoria política. Eran profesores de elocuencia, con los sofistas se sacrifica el verdadero interés de la filosofía de sus predecesores a fines secundarios mercantilistas y políticos, es decir se dio origen a lo contrario de la filosofía. La historia ha recogido de la sofística lo puramente negativo: el relativismo, el escepticismo, el nihilismo.

2.1.1.3. Filosofía y retórica

En este apartado es importante tener a la vista dos temas importantes: 1) los nuevos objetos que la sofística trata y el peculiar modo de tratarlos o, lo que es igual, la materia y la forma de la investigación.

Los sofistas abandonan las cosas de la naturaleza porque se despliega ante sus ojos el orbe de los asuntos humanos y urge la necesidad e indagar la naturaleza de las cosas, tres se destacan como principales: el quehacer político, la conducta moral y la fe religiosa. Las tres son objeto de ocupación sofística con referencia esencial al hombre. De esa manera, surge la necesidad de la discusión, pues las opiniones se ven contradichas por otras opiniones. El razonamiento llevado sobre las cosas en sí mismas será sustituido por mis razones personales expresivas de la opinión que uno se forja de las cosas tal como aparecen en la vida.

La razón deberá ceder el paso a la persuasión; el razonamiento, al discurso; la ciencia misma, a la retórica (Gonzales, 1964: 19).

La filosofía es concebida por los sofistas como retórica sobre los asuntos humanos.

2.1.1.4. Protágoras

La doctrina que influyó en él, es el tema del relativismo, enunciada en su famosa frase: “el hombre es la medida de todas las cosas: de las que son, en tanto que son, y de las que no son, en tanto que no son”, respecto a esta frase las interpretaciones son diversas y su contenido relativo individual. No se ocupa Protágoras del ser de las cosas, sino de la verdad de nuestros pensamientos, y no hallando un criterio objetivo, apela a la subjetividad de cada hombre para demostrar su validez.

La convencionalidad de la ley es simple aplicación del relativismo. La falta de un criterio absoluto que discierna lo verdadero de lo falso determina que cada cual deba tomar por verdadero lo que se le presenta como tal, es decir, su propia opinión. Se ha calificado la doctrina de Protágoras como escepticismo, dicha calificación es muy apresurada, lo que sucede más bien es, que no admite la existencia del parmenídeo, mundo de la verdad y se queda con el mundo de la opinión.

2.1.1.5. Gorgias

Tuvo excelentes dotes oratorias. Criticó la doctrina de los eleáticos, escribiendo sobre ella en su libro Del no ser una serie de tres proposiciones encadenadas que constituyen la más alta expresión del

nihilismo filosófico: 1) nada es; 2) si algo fuese, sería incognoscible; 3) si algo fuese, y lo conociésemos, sería incomunicable a los demás. Con la primera proposición niega Gorgias la realidad; con la segunda, el conocimiento, y con la tercera, la validez del lenguaje. Un escepticismo jamás se ha vuelto a dar en la historia.

2.1.1.6. Otros Sofistas

Contra las tendencias de Protágoras y Gorgias defienden otros sofistas la existencia de una ley natural. Al oponer la naturaleza a la convención, ha surgido prácticamente la distinción entre derecho natural y derecho positivo. La citada distinción constituyó un verdadero aporte de la sofística al progreso de la filosofía. El problema surge cuando se realiza la distinción entre el derecho positivo (fruto de la convención) y el derecho natural (previo a las convenciones sociales) se entendió, muy frecuentemente, como contraposición. En la interpretación misma de la ley de la naturaleza, anduvieron divididos los sofistas. Trasímaco sostenía que la ley natural es el derecho del más fuerte, imposición de la clase dominante. Calicles enseña que el más fuerte, el superhombre, debe imponer tiránicamente su voluntad por encima de toda convención. Hippias de Elis defendía que mientras que la ley escrita es el tirano de los hombres, la ley natural es principio de igualdad y fraternidad universal.

a) Sócrates

Sócrates no buscaba el triunfo en el éxito, sino en la conquista de la verdad, por eso transforma la opinión en concepto; la discusión en diálogo; la habilidad en virtud; la retórica en ética. Los sofistas creían

saberlo todo, no obstante, Sócrates frente a ello reivindica el valor de la ignorancia consciente bajo la fórmula: “sólo sé que nada sé”; ahora bien frente al escepticismo y al subjetivismo estaba persuadido de la existencia de verdades objetivas, por ello, asumió que debería de despertar en sus conciudadanos el interés por el conocimiento y la verdad a través del concepto y la definición; de esa forma Sócrates, en una etapa de escepticismo general, devuelve al pueblo griego la confianza en la verdad (Gonzales, 1964: 20).

Según Aristóteles, son dos las aportaciones que pueden atribuirse legítimamente a Sócrates: la dialéctica o los razonamientos inductivos (en palabras de Aristóteles) y las definiciones universales (o simplemente los universales). Y las dos están, sin duda, en el principio de la ciencia (Aristóteles, 1078: 29). En Sócrates se desarrollan “tres conceptos” (Aristóteles, 1078: 29): **a)** La ironía, **b)** dialéctica; y, **c)** mayéutica. La actitud irónica consiste en despojarse de todas las ideas preconcebidas y adquiridas acríticamente, para emprender la búsqueda de la verdad desde la ignorancia, y luego pasar al siguiente nivel, el de la dialéctica, la que consiste, en plantearse el concepto que se quiere definir, seguidamente se efectúa el análisis de casos particulares. La discusión surgida a partir del análisis hace posible llegar a la definición universal. Y el tercer elemento llamado la mayeútica o arte de ayudar a parir. Sócrates utilizaba este arte sobre el espíritu de los varones y no sobre los cuerpos; permitiendo discernir con seguridad si lo que el alma de un joven engendra es un fantasma, una quimera, fecundo o cierto. Aplicó la mayeútica interrogando en su condición de no saber nada, obrando de esa forma

porque Dios le impuso el deber de ayudar a los demás a parir, sin engendrar. Las personas que participan se dan cuenta que no han aprendido nada de Sócrates, y que más bien encontraron en sí mismos los numerosos y bellos conocimientos que adquirieron, acto que denomina la concepción.

b) Platón

Platón fundó la Academia en el año 367, abocándose a la enseñanza oral y a la redacción de los diálogos, en los cuales empleaba la “dialéctica” como método de llegar a la verdad.

La dialéctica aparece en una situación aporética, en la cual una serie de elementos tendrán cierta importancia como los siguientes:

- La problemática de la reminiscencia.
- La mayeútica socrática.
- La teoría del amor, que sin dejar de ser una regla de vida se constituye en la disciplina científica por excelencia.

La dialéctica es un proceso ascendente y descendente dentro del mundo de la praxis. Tiene dos fases: **a)** Una negativa que apunta a un elemento positivo. Es la anfibología sofista consiste en contraponer opiniones para establecer algún elemento positivo, faceta que no ofrece una exposición totalmente positiva. En este punto de nota la influencia de la mayeútica socrática; y, **b)** Desde el Menón y sobre todo en el Banquete y en el Fedón por influencia de las creencias órficas de la inmortalidad del alma y la reminiscencia aparece la fase ascético – mística de la dialéctica. El conocimiento de la verdad parte de la teoría de la muerte en la filosofía.

La muerte en lo sensible conseguirá el elemento intelectual. El saber no se reduce a lo sensible, para liberarse hay que morir, en dicha intención de muerte que es típica del pensamiento ascético – místico, se pone de manifiesto el amor como motor y tendencia que busca la captación del infinito, pues se trata de dar el paso del amor sensible al intelectual, a la idea suprema denominada el bien. Estando en este punto, conforme lo expone Platón en el mito de la caverna, el dialéctico debe emprender el camino inverso: descender desde la idea suprema encadenando con ella todas las demás ideas, de esa forma, se consigue establecer la comunicación entre las ideas adquiriendo una visión sinóptica del mundo inteligible. El citado descenso abre la esperanza de que aquellos que han alcanzado la idea del bien pueden ejercerlo en el mundo de los hombres (Muñoz, 2008: 13 - 14).

En la República, Platón representa la progresión hacia el conocimiento como una línea compuesta por diversas etapas. El más bajo de todos es la ignorancia. El segundo nivel es el de la *doxa*, la opinión, la categoría intermedia entre la ignorancia y el conocimiento por tener como objeto a aquello que está a medio camino entre el ser -las formas- y el no ser. El escalón más alto lo constituye la *episteme*, el conocimiento o ciencia, que versa sobre la auténtica realidad. En puridad *doxa* y *episteme* están a su vez subdivididas en dos niveles cada una, pero las explicaciones que encontramos en Platón sobre las diferencias y características de cada uno de ellos son tan confusas y objeto de las más variadas interpretaciones. En el nivel inferior de la *doxa* lo constituye la *eikasia* (imaginación, siendo su objeto las artes) y el superior la *pistis*

(creencia, lo que para nosotros es la ciencia); mientras que la episteme se divide en *dianoia* (pensamiento discursivo, básicamente las matemáticas) y *nóesis* (inteligencia o intuición, el ámbito de las formas y de la dialéctica).

Cuadro 1. Las diferencias entre episteme y doxa

<p>Episteme (conocimiento)</p> <p style="text-align: center;"> { Nóesis (inteligencia) { Dianoia (pensamiento discursivo) </p>	<p>Formas (inteligencia)</p> <p>Matemáticas</p>
<p>Doxa (opinión)</p> <p style="text-align: center;"> { Pistis (creencia) { Eikasia (imaginación) </p>	<p>Mundo sensible (objetos de la experiencia)</p>

c) Aristóteles

Se tiene muy breve información sobre la educación recibida por Aristóteles en su juventud, aunque debió ser la propia de los jóvenes griegos de su época. A los diecisiete años, el 368 a. C., se trasladó a Atenas donde se incorporó a la Academia de Platón en la que permanecería durante veinte años. A pesar de algunas anécdotas que se hacen eco de un supuesto enfrentamiento entre Platón y Aristóteles, antes de la muerte de aquél, es poco probable que tal enfrentamiento haya podido producirse, dado que todas las referencias que tenemos de Aristóteles hacia Platón hacen gala de un gran respeto y admiración hacia el maestro, pese a las discrepancias teóricas que luego llevaron a su separación doctrinal. El hecho de que la crítica contemporánea haya puesto de manifiesto el carácter histórico, evolutivo, de la obra aristotélica hace aún más insostenible dicha hipótesis. Sabemos que Aristóteles atravesó por una fase profundamente platónica antes de desarrollar sus propias concepciones filosóficas, asumiendo como propia, por ejemplo, la teoría de las Ideas de Platón, antes de haber procedido a su crítica, como claramente se pone de manifiesto en el diálogo aristotélico "Eudemo", una de sus obras de juventud (Aristóteles, 1078b: 70).

d) Los diez mejores oradores de Grecia

Como se podrá advertir los diez mejores oradores, no sólo destacaron en el campo de la retórica, sino en el ejercicio del derecho y en la política; los que se procede a señalar: Lisias, Isócrates, Antifón, Andócides, Iseo, Esquines, Licurgo, Demóstenes, Hipérides y Dinarco.

Antifón fue el más antiguo y el primero que publicó y editó un discurso en Atenas. Creó las tetralogías, consistentes en tres series de cuatro discursos, son más que discurso esqueletos de discursos.

Iseo esbia discurso para sus clientes y hablaba en persona pro ellos; se le reconoce la gran precisión con que discutía los asuntos y sus discursos acerca de herencia, han sido de mucha utilidad como fuentes para abordar el derecho privado ático.

Lisias era de profesión abogado, su elocuencia era de gran importancia que sólo perdió dos litigios en toda su vida.

Licurgo tuvo el honor de que en repetidas veces los atenienses le confiaran la administración de la Hacienda, trabajo que realizó de forma adecuada.

Nótese que Licurgo, Hipérides y Demóstenes fueron los opositores de Filipo de Macedonia.

Dinarco vivió en Atenas desde muy pequeño, nació en Corintio lo que le impedía participar de las Asambleas Públicas, por ello, se dedicó al oficio de logógrafo, escribiendo discursos para otras personas.

Isócrates se dedicó a ser logógrafo, posteriormente llegó a abrir una escuela de elocuencia que llegó a ser la más célebre de Atenas; cabe añadir, que fue uno de los principales defensores frente a los ataques de Plantón, quien afirmaba que la enseñanza de Isócrates no proporcionaba conocimiento científico sino únicamente simples opiniones, ante lo dicho, Isócrates respondía indicando que el

planteamiento de Platón pretendía lograr un conocimiento muy elevado y tan puro que finalmente no se podía utilizar en el mundo práctico, en suma concluía diciendo que “es mucho más importante tener una opinión razonable sobre cosas útiles que saber con exactitud cosas inútiles”.

Esquines fue considerado como el rival de Demóstenes. En el año 347 a. C. formó parte, junto con otros oradores, de la embajada enviada a Macedonia para negociar la paz, seguidamente formó parte de una embajada para ratificar la paz, dando como resultado la “Paz de Filócrates”. Sin embargo, al regreso de esta embajada Demóstenes acusó a sus colegas y específicamente a Esquines de haberse vendido a Filipo. Inicó un litigio en el que Esquines acusaba también a Timarco logrando que lo condenen. Después de tres años Demóstenes renovó su acusación contra Esquines, quien salió librado por el apoyo de sus protectores. Así se conoció el pleito entre Esquines y Demóstenes como el “Proceso de la Embajada”.

En el año 338 a.C. Esquines escribió otro de sus grandes discursos, cuyo contenido refiere de que un ciudadano propuso que se diera a Demóstenes una corona de oro como reconocimiento a los servicios que había prestado a la patria. Esquines quiso probar con su discurso que tal propuesta era ilegal, empero Demóstenes contestó con su célebre Discurso de la corona, logrando una victoria aplastante sobre Esquines, quien se vio obligado a pagar una multa de mil dracmas, por ello, el perdedor abandonó la ciudad por vergüenza.

Demóstenes conocido como el orador, era hijo de un fabricante de armas y muebles que murió cuando Demóstenes tenía solo siete años, quedando al cuidado de dos sobrinos de sus padres, los mismos que despilfarraron su herencia. A partir de los dieciséis se dedicó a estudiar la oratoria, a los dieciocho inició el litigio contra Afobo, sobrino de su padre fallecido, el cual fue condenado a restituirle gran parte de su fortuna. Para ganarse la vida se dedicó a ser logógrafo, profesión que no era su pasión, ya que, aspiraba primordialmente a la vida política. En su haber tuvo varios discursos, destacando: Filípicas, Sobre los asuntos de Quersoneso, etcétera.

e) La antigua Roma

Roma fue un pueblo con una inclinación fuertemente pragmática, el centro de la vida práctica era la ley y la política, por ello, existieron una gran cantidad de oradores, quienes destacaron en la práctica de la oratoria pero no fueron muchas las novedades que aportaron a la teoría de la retórica.

Los primeros maestros de la oratoria en Roma no fueron específicamente romanos sino libertos, no obstante, también resaltaron en el arte de la oratoria los romanos como Catón el antiguo o Catón el sabio. Su razonamiento se caracteriza por ser sutil. El aporte de Catón fue la declaración de guerra contra Cartago.

Un orador destacable fue Tiberio Sempronio Graco (210 – 158 a.C), padre de los célebres tribunos Tiberio y Cayo Graco, quienes heredaron la elocuencia de su padre, recibieron una educación

humanitaria, lo que los condujo a la creación y lucha de la Ley Agraria, contra el latifundismo y a favor de los pobres.

Lucio Licinio Craso vivió desde el año 140 al 91 a.C, estudio política, retórica y filosofía; en el año 95 fue nombrado Cónsul, llegó a ser el líder del partido de la aristocracia moderada, debido a su elocuencia por ser el mejor orador de su tiempo.

Marco Tulio Cicerón fue el mejor orador que tuvo Roma, nació en Arpinio en el año 106 a. C; posteriormente estudio filosofía y derecho. A los veintiséis años hizo su primera defensa en el foro, teniendo como adversario al orador Hortensio, uno de los más importantes de su tiempo. Al año siguiente defendió un caso realmente complicado que consistía en una acusación de parricidio y quienes sostenían el parricidio eran los que realmente cometieron el crimen; finalmente Cicerón ganó el pleito pero seguidamente marchó a Atenas por miedo a ser víctima de alguna represalia.

Después de la muerte de Sila, Cicerón volvió a Roma y se dedicó a la vida política, ganándose la confianza y el pareció de los sicilianos; quienes le encomendaron que fuera el acusador en el proceso contra Cayo Verres, gran político, pero que Cicerón venció, por ello su poder político se incrementó. Pompeyo lo llamó para que formara parte de su partido y desde ese momento se dedicó para que el Senado le diera a Pompeyo un poder supremo.

Posteriormente Cicerón pronuncia varios discursos ante el César, los cuales fueron: Por el retorno de Marcelo, En defensa del Q Ligario y en defensa de Deyótaro.

En el año 44 a.C, César fue asesinado. Cicerón al principio se alegró porque pensó que habían vengado a la República pero se dio cuenta que realmente la intención era sustituir a César; al ver como crecía el poder de Antonio, Cicerón emprendió una lucha fuerte contra él, plasmado en la famosa obra denominada Filípicas de Demóstenes, pronunciadas en contra de Filipo de Macedonia. La enemistad que tuvo con Antonio le costó la vida, pues éste pidió su cabeza, así fue degollado el siete de diciembre del año 43 a. C.

Cicerón se dedicó al estudio de la retórica, entre su producción destacan: De la invención retórica, Las particiones oratorias y Los Tópicos, obras que recogen reglas, divisiones y clasificaciones previamente establecidas por los tratadistas. La exposición más importante de la teoría de la retórica se encuentra plasmada en sus obras De oratore y Orador; el primero se encuentra escrito en forma de diálogo y abarca cuáles son los estudios propios del orador. Cicerón opina al respecto que el orador debe procurar un amplio saber y nunca separa la filosofía de la elocuencia; en la segunda de sus obras Cicerón procura describe el modelo perfecto de orador. Muchos criticaron a Cicerón de hacer meros resúmenes de anteriores intelectuales de la retórica, sin embargo, cabe indicar que aquellos no alcanzaron la brillantes de Cicerón a la hora de poner en práctica el arte de la

persuasión, por cuanto, es diferente conocer la teoría de la retórica al arte de la persuasión.

Otro grande en la enseñanza de la retórica es Marco Fabio Quintiliano, nació en Calahorra, España, en el año 42 y murió en el 120 a. C, desde muy joven alcanzó fama como orador y abogado. Dedicó a la enseñanza de la retórica más de veinte años, después se dedicó a escribir las Instituciones Oratorias, en ella recoge la experiencia acumulada de todos los años de magisterio. Un tema que fue muy importante y desarrollado por Quintiliano fue la educación del orador desde la infancia, puesto que, el resto de temas afines fueron tratados con importante desenvolvimiento por anteriores autores prestigiosos; de esa forma, acentúa el tema citado, para Quintiliano el verdadero orador es un experto en el decir, aquel que a la grandeza de sus palabras une la grandeza de su espíritu. Para él la infancia es sumamente importante, debido a que el niño debe tener los mejores maestros, nodriza y la mejor compañía. Es la etapa que más recuerda, por ello, se le debe enseñar buenas costumbres y el mejor modo de hablar. Luego llega la edad en la que el niño debe ir a la escuela, donde se refiere a la escuela pública y privada, apunta de la primera que el niño debe acostumbrarse a público numeroso; respecto de la segunda, manifiesta que no es buena por no ser la educación personalizada y porque el niño tiende a adquirir malos comportamientos de sus compañeros. Indica que el estudio de la retórica importa que el niño se capacite en diversos temas como geometría, aritmética, etcétera, pues afirma Quintiliano que al perfecto orador no puede faltarle conocimiento. Para el autor abordado la retórica es “arte

de bien decir”. Critica a Gorgias de Platón cuando afirmó que la retórica es el “arte de persuadir”, pues existen muchas cosas que persuaden como la belleza, el oro, etcétera, ergo no debe considerarse a la persuasión una propiedad exclusiva de la retórica.

La parte técnica de la obra de Quintiliano se encuentra desde el libro III hasta el libro XI, Las ideas que en esta parte se manejan son las mismas de otros tratadistas: cuáles son los distintos géneros de retórica, las partes de éste arte son: inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio.

Con la caída de Roma, la retórica se queda sin su principal ámbito de ejercicio: el foro político, la vida política, los litigios, etcétera. Al verse despojado este terreno, la retórica se trasladó a las escuelas donde se analizaban casos imaginarios. Realidad que fue descrita por Barrow en las siguientes palabras: la retórica “cayó en lo artificial porque se le privó de sinceridad y el vigor que comunica una vida política auténticamente libre. Se había vuelto académica en el peor sentido de la palabra”. En estas circunstancias, el arte de la argumentación fue debilitándose poco a poco, pues los ejercicios declamatorios de las escuelas distaban mucho de los casos reales, y por eso diría Casio Severo de la práctica de tales ejercicios: “es como quisiéramos juzgar de las condiciones de un piloto haciéndole navegar en un estanque”. Los casos que se desarrollaban provenían de casos fingidos, los que se tornaban fingidos no solo por el tema, sino también por el público, los adversarios y sus respuestas. Los temas ridículos fueron: la sacerdotisa prostituta, el tiranicida puesto en libertad por los piratas, la incestuosa precipitada

desde una alta peña, el sepulcro encantado, el varón fuerte sin manos; estos temas son el reflejo del decaimiento de la retórica de esa época.

Séneca el filósofo, es quien se dedica a estudiar las causas del ocaso de la retórica, las cuales son: que antes, las madres se dedicaban de darle a sus hijos una educación esmerada de forma directa, empero después les confiaron dicha tarea a cualquier esclava; antes, los adolescentes se dedicaban a las artes honestas, en cambio después se dedicaban al circo y al teatro; antes, los grandes oradores se dedicaban con empeño a estudiar todas las artes, en cambio en tiempo de decadencia de la oratoria, los jóvenes se dedicaban a estudiar las técnicas de la retórica, de cualquier manera, pareciera que estarían estudiando el más sórdido de los oficios.

Otra causa para que desaparezca la verdadera retórica fue el cambio de la forma de gobierno de República a Imperio, lo que significa que los ciudadanos participen menos en la vida política, decreciendo el arte de la elocuencia, por haber menos posibilidad de hacerlo.

f) Tiempos Modernos

Como se vio precedentemente, la argumentación jurídica tiene sus raíces en el pensamiento clásico, ya que los griegos vieron en la retórica un elemento fundamental en las discusiones judiciales, así autores como Platón, Aristóteles y Cicerón dieron a la retórica un cariz jurídico al emplear este arte en la defensa y discusiones que se daban en el foro, la retórica acompañó durante varios siglos a la enseñanza de las leyes, su sistematización y a los métodos interpretativos. Será hasta

el siglo XVIII cuando el papel de la retórica en el nivel de la educación legal entra en una crisis frente al espíritu racionalista y científico; para el siglo XIX la retórica estaba en el olvido y así continuo hasta la primera mitad del siglo XX, será en éste siglo cuando el propio pensamiento lógico y científico se comenzará a dar cuenta de sus propias limitaciones de la imposibilidad de fundamentar el conocimiento matemático.

La recuperación de la retórica sucede en una pluralidad de materias: teoría literaria, ética, lingüística, estética y filosofía del Derecho; junto a la recuperación de la retórica, casi simultáneamente otros autores como Klun Kalinowski, Garcia Maynez, etc, comenzaran a desarrollar la lógica jurídica.

En la teoría contemporánea de la argumentación jurídica destacan las tesis de Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Robert Alexy, Alexander Peckzenic, Jersy Wroblesky y de Manuel Atienza, estas teorías suponen la evolución del pensamiento de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica Viehweg, Perelman y Estevan Toulmin.

Mac Cormick proviene de la tradición filosófica basada en las obras de la tradición francesa e inglesa del Common Law, mientras que Alexy encuentra su asidero filosófico en Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana.

Todo proceso argumentativo parte de un problema, se requiere más de una vía para emitir una decisión soportada con razones que permita demostrar que se trata de la mejor respuesta. La premisa que se

toma en cuenta para hacer el razonamiento formal son enunciados interpretados, en esta concepción lo que importa es la forma, la estructura del pensamiento, no el significado del mismo por eso no importa el contenido del mismo. En la concepción dialéctica el proceso debe estar basado en una disputa en la que cada uno de los sujetos intenta vencer al otro provocando, gracias al buen uso de la retórica: la contradicción; o puede estar basado en un diálogo racional en que cada sujeto busca convencer al otro buscando el esclarecimiento para resolver el problema. En cualquiera de los dos casos, según Atienza, debe actuarse ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico que regulan el comportamiento de los contendientes con la finalidad de persuadir a un auditorio para que acepte determinada tesis. Manuel Atienza (1996) refiere que en la concepción formal, lo más importante en cuanto al lenguaje es la relación de los signos entre sí, es decir, el eje sintáctico, dado que en ella se prescinde del significado de los enunciados y sólo se atiende a la estructura del razonamiento. En la concepción material, el eje del lenguaje que destaca es el semántico, tiene el grado de correspondencia entre lo que se dice y lo que acontece y existe efectivamente en la realidad empírica, es lo que da la pauta de calificar de falso o verdadero los enunciados del lenguaje. En el eje pragmático, lo que más importa es la relación dada entre el autor de los enunciados y los enunciados mismos, dado que lo que se busca es el acuerdo, ésta relación la del autor con el signo es la más importante para esta concepción.

2.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL

La argumentación jurídica en la cultura jurídica occidental posee carácter central, debido a los cinco siguientes factores:

Primer factor: Las concepciones del Derecho más características del siglo XX han tendido a descuidar la dimensión argumentativa del Derecho, por ello, se ha tratado de construir teorías jurídicas más complejas para llenar esa laguna.

Segundo factor: La práctica del Derecho del Estado Constitucional parece consistir de manera relevante en argumentar, ejemplo: la cultura jurídica anglosajona – norteamericana- con sistemas procesales basados en el principio de contradictorio y en la que el Derecho es contemplado tradicionalmente no desde el punto de vista del legislador o del teórico o dogmático del Derecho (como ocurre en las culturas del continente europeo y de Latinoamérica), sino desde la perspectiva del Juez y del abogado; esto explica que los norteamericanos no hayan sentido con gran fuerza la necesidad de construir una teoría de la argumentación jurídica, la práctica de la argumentación constituye el núcleo de la enseñanza del Derecho en las Facultades de prestigio desde la época de Langdell (Muñoz, 2008:15).

En un contexto de auge actual de la argumentación jurídica, se denota que el aspecto argumentativo de la práctica jurídica resulta crecientemente destacado en culturas y ordenamientos jurídicos que obedecen a la otra gran familia de sistemas jurídicos occidentales: la de los derechos romano-germánicos.

Tercer factor: producido con el paso del “Estado Legislativo” al “Estado Constitucional”. Por estado constitucional no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino Estado en el que la Constitución

(que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional)
contiene:

- a)** Un principio dinámico del sistema jurídico político, es decir, la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales.
- b)** Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho.
- c)** Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes (Muñoz, 2008: 13 - 17).

Como consecuencia el poder de cualquier órgano estatal (legislador) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente, no basta que realice la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también un control en cuanto al contenido.

El estado constitucional supone así en un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho).

En realidad el ideal del Estado Constitucional, comprendido como la culminación del Estado de Derecho, supone el sometimiento del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a razón de la fuerza; por eso, es bastante lógico que el avance del Estado Constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

El cuarto factor: es pedagógico y en cierto modo es una consecuencia y forma parte de los anteriores. En España los profesores y estudiantes de Derecho consideran más negativo: la enseñanza del Derecho ha de ser más

práctica, la expresión práctica es oscura, como lo es el término teoría y puede entenderse en diversos sentidos (Muñoz, 2008: 18).

El quinto factor: las sociedades occidentales han sufrido un proceso de cambio de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar como fuente de legitimidad aparece el consentimiento de los afectados, la democracia. El referido proceso se da en todas las esferas de la vida y explica que el interés creciente por la argumentación (interés que va ligado al ascenso de la democracia) no se circunscribe únicamente al Derecho. El fenómeno de constitucionalización del Derecho implica: i) un reflejo de la legitimidad de tipo democrático, ii) incluye un elemento de idealidad de los derechos humanos, que va más allá de la democracia, pues apunta hacia otro sentido de la democracia.

Si se considera a la democracia como un sistema de gobierno, esto es, un procedimiento de toma de decisiones, en el que se considera las preferencias de todos, donde funciona la ley de la mayoría, es obvio que existe un espacio amplio de argumentación, mucho más amplio que un Estado no democrático, aunque no necesariamente para una argumentación de tipo racional que busque no simplemente la persuasión, sino la corrección o persuasión racional.

Las cosas son distintas en el caso de la democracia deliberativa, en otras palabras, la democracia entendida como un método en el que las preferencias y los intereses de las gentes pueden ser transformados a través del diálogo racional, de la deliberación colectiva; esa democracia considerada como un ideal, pero no un desvarío de la razón, presupone ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida común (Muñoz, 2008: 19).

2.3. CONCEPCIONES DEL DERECHO DE LOS TEÓRICOS Y DE LOS PRÁCTICOS

Para Manuel Atienza una concepción del Derecho es entendida como un conjunto de respuestas articuladas a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho, como:

- a) Cuáles son sus componentes básicos.
- b) Qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho.
- c) Qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder.
- d) Qué funciones cumple el Derecho
- e) Qué objetivos y valores deben o pueden alcanzarse con él.
- f) Cómo puede conocerse el Derecho.
- g) De qué manera puede construirse el conocimiento jurídico.
- h) Cómo se entiende las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho y otras.

En el siglo XX y en relación con los sistemas jurídicos occidentales, parece haber habido tres conjuntos de respuestas o concepciones, que han jugado un papel central, y otras dos que tiene carácter periférico.

Las centrales son: el normativismo positivista, el realismo (una forma de positivismo) y el iusnaturalismo.

En la periferia se sitúan el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del Derecho (hasta la década de los años setenta del siglo XX, las corrientes de inspiración marxista y las llamadas teorías críticas del Derecho, mezcla de Derecho y alguna otra cosa).

Se ha caracterizado al normativismo positivista, realismo y al iusnaturalismo como si cada una de ellas se fijara en el elemento normativo, conductista (conducta de los jueces) y valorativo del Derecho, realizando un parangón se podría afirmar que el edificio del Derecho se viera desde el punto de vista de su estructura, de su funcionalidad o de su idealidad (Muñoz, 2008: 20).

Se presenta al positivismo jurídico a partir de la llamada “tesis de las fuentes sociales del Derecho”, o sea la tesis de que el Derecho es un fenómeno convencional que se crea y se modifica por actos humanos.

En el iusnaturalismo teológico, en el iusnaturalismo contemporáneo y en las demás actuales versiones de iusnaturalismo no desaparece el elemento teleológico o religioso. Algunos iusnaturalistas ponen énfasis en la tesis de la necesaria conexión entre Derecho y moral, en la imposibilidad de distinguir entre el ser y el deber ser, en la idea de que el derecho no puede tener cualquier contenido, etc.

Lo que se entiende por concepción del Derecho de los prácticos guarda una conexión estrecha con lo que Friedman (1978) ha llamado cultura jurídica interna, esto es, la de los que desempeñan las actividades jurídicas especializadas en una sociedad y que se contraponen a la cultura jurídica externa, las ideas, actitudes, etc., que sobre el Derecho tiene la población en general (Muñoz, 2008: 20).

Precisamente, para Friedman, el razonamiento jurídico, la práctica judicial consistente en dar razones de las decisiones, es un elemento significativo de esa cultura interna, y el mismo autor desarrolla una tipología de los sistemas

jurídicos, según la forma que asume en ellas el razonamiento jurídico. A tal efecto, toma en cuenta dos perspectivas.

La primera perspectiva, establece que un sistema jurídico puede ser:

- Cerrado, si las decisiones sólo pueden considerar; como premisas de las mismas, proposiciones del Derecho (se parte de una distinción entre proposiciones que son jurídicas y otras que no lo son).
- Abierto, si no hay límite para lo que puede ser considerado como una premisa o una proposición del Derecho.

La segunda perspectiva, habría sistemas jurídicos que aceptan la innovación, esto es, la posibilidad de que puede surgir nuevo derecho; y otros que no. Resultan así cuatro tipos de sistemas jurídicos:

- 1) Cerrados y que rechazan la innovación: el Derecho judío clásico, el Derecho musulmán o el Common Law de la época clásica.
- 2) Cerrados y que admiten la innovación: el common law desde el siglo XIX o los derechos codificados de tipo continental-europeo.
- 3) Abiertos, pero que no aceptan la innovación: Derechos consuetudinarios.
- 4) Abiertos y que aceptan la innovación: se aproximaría a lo que Weber entendía por “racionalidad sustantiva”: sistemas de legalidad revolucionaria, como el Derecho soviético de la primera época; o el tipo de Derecho orientado hacia *policies*, característico del Estado Social (del *Welfare State*) (Muñoz, 2008: 22).

Los sistemas jurídicos de nuestros días resultan de la combinación de elementos del tipo 2) y 4), o bien que tiene tendencia de uno y otro: son sistemas

innovadores y relativamente cerrados, lo que no quiere decir que todos los sistemas y/o sectores del Derecho lo sean en el mismo grado.

Esa caracterización puede muy bien servir de marco para situar la diversidad concepciones del Derecho de los jueces y abogados, que operan bajo un determinado sistema jurídico. Así refiriéndose al Derecho norteamericano y a sus jueces, Summers ha identificado dos diversas concepciones operativas (working conceptions) que no constituyen una necesidad lógica pero si pragmática para operar en el sistema.

Summers distingue dos concepciones, una que ve al Derecho como un conjunto de reglas preexistentes (preexistentes a la labor judicial) y la otra que lo contempla como un método para reconciliar mediante razones. Esas dos concepciones podrían evaluarse desde tres perspectivas: facilitar la identificación de los fenómenos normativos preexistentes, interpretar ese material y crear nuevo Derecho (innovar el Derecho), el mismo autor establece que desde la tercera perspectiva, la concepción del Derecho como razón es superior, esto es, resulta más operativa.

Un estudio a fondo de la diversidad de concepciones de lo prácticos, de los teóricos y dogmáticos del Derecho, presupone un estudio minucioso, no obstante, existen algunos rasgos generales como los que pasamos a detallar:

1. La cultura jurídica norteamericana (interna y externa) es mucho menos formalista que la de los países de Derecho continental y, en especial que la española y la de los países latinoamericanos. Así en la cultura académica de los países de los Estados Unidos, la filosofía moral y política y el análisis

económico del Derecho forma hoy parte del bagaje cultural de un jurista, lo que no puede decirse de nuestras facultades de Derecho.

2. De lo anterior lleva a que la cultura jurídica norteamericana propenda más bien hacia el realismo y no sienta un particular rechazo por el iusnaturalismo (o por cierta manera de entender la doctrina del Derecho natural). Mientras que el polo de atracción por los juristas europeos en el siglo XX (incluyendo aquí a los ingleses) lo ha constituido el positivismo normativista; por ello, se explica la escasa influencia de Kelsen en la cultura jurídica norteamericana; o el surgimiento de teorías como la de Dworkin que, obedece al modelo de considerar al Derecho como “razón”.

3. Los cambios en el sistema jurídico y en sistema social que han ocurrido en las últimas décadas llevan a que el modelo norteamericano esté ganando terreno.

4. Por lo que se refiere a la cultura jurídica interna española, o sea, a la de los prácticos y a los profesores de Derecho, la situación podría decirse así:

a) Subsiste un fondo formalista, que tiende a debilitarse progresivamente.

b) El modelo de positivismo jurídico a la Kelsen suscita un rechazo bastante generalizado, en particular entre los jueces, porque el modelo de juez de la teoría pura no se ve que refleje la realidad de la aplicación práctica del Derecho y en parte quizás también porque supone una imagen poco lúcida de la función judicial. Una concepción como la de Harta o Carrió, por el contrario, resulta más atractiva: o sea, la idea de que en algunos casos los jueces crean en mayor o menor medida Derecho, mientras que en otros, en la mayoría, se limitan a aplicarlo.

c) Del modelo de Ronald Dworkin quizás pueda decirse que resulta atractivo, pero es ajeno a los parámetros de nuestra cultura jurídica; sus elementos comunitaristas, hermeneúticos, no son fácilmente comprensibles: los jueces como el resto de los juristas en España no tiene en absoluto la impresión que sean partícipes de tal pensamiento.

d) Algo de realismo jurídico está bien pero demasiado lleva al escepticismo, y esta última no es una actitud ante el Derecho a la que propendan los jueces y profesores quizás sea más frecuente entre los abogados. Pocos aceptarían la posición de la indeterminación radical del Derecho según la cual: “ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos sino que son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que lo van a utilizar parcialmente y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador”.

e) Del iusnaturalismo (la concepción que al menos como ideología habrá sido la más familiar para una gran parte de los jueces y de los profesores españoles en su periodo de formación) no parece quedar casi nada. Si acaso, la propensión a identificar la Constitución con una especie de Derecho natural; o dicho de otra manera, la defensa de un positivismo ideológico (la otra cara de cierto iusnaturalismo) que identifica sin más el Derecho con la justicia y que lleva por tanto a que el jurista piense que no tiene por qué estudiar la teoría que le lleve más allá del Derecho Positivo; no sólo que la filosofía moral y política sea peligrosa para el jurista, sino que no la necesita (Muñoz, 2008: 24).

2.4. LA REALIDAD ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Las concepciones del Derecho más características del siglo XX tenía como objetivo mostrar las razones por las cuales ninguna de ellas permite dar cuenta satisfactoriamente del Derecho visto como argumentación. Y, a *sensu contrario*, mostrar también el camino a seguir para desarrollar esa perspectiva.

Así, frente al formalismo y su concepción cerrada, estática e insular del Derecho, se necesitaría una más abierta y dinámica. El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: morales, políticos, económicos, culturales. La consideración del contexto lleva necesariamente a abandonar una concepción demasiado simple del razonamiento jurídico, como es la del formalismo. Sin embargo, -sería el otro sentido de formalismo jurídico-, la apertura de Derecho tiene que tener un límite; tiene que haber ciertas señas de identidad del Derecho –y del razonamiento jurídico- que lo distinga de otros elementos de la realidad social, que otorgue algún grado de autonomía al razonamiento jurídico. En la terminología de Friedman, podría decirse que el razonamiento jurídico tiene que estar mínimamente cerrado (Muñoz, 2008: 52).

Respecto al positivismo normativista, quizás lo más importante sea comprender que el Derecho no puede verse simplemente como un objeto de estudio, como una realidad que simplemente está ahí afuera, lista para ser descrita. El Derecho es una actividad, una empresa de la que se forma parte. La función del teórico del Derecho no puede limitarse a describir lo que hay; lo esencial es más bien un propósito de mejora de esa práctica, de mejora del Derecho. Eso significa de alguna forma poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo; o, quizás mejor,

reparar que esa distinción sólo es pertinente desde determinada perspectiva, pero no desde otras; como diría Dewey, es una distinción, no una dicotomía. Así, por ejemplo, el enunciado interpretativo emitido por un juez no describe algo preexistente, pero tampoco puede verse simplemente como una prescripción, sino que se trata más bien de una creación peculiar, un desarrollo guiado por ciertos criterios (algo intermedio entre crear y aplicar) y que en cierto modo tiene algo de descriptivo y prescriptivo.

Frente al positivismo normativista, centrado en el sistema del Derecho, en el Derecho visto como un conjunto de enunciados, el realismo jurídico, el positivismo sociológico, pone énfasis en el Derecho considerado como actividad, como una práctica social. Pero tiende a fijar su interés exclusivamente en los aspectos predictivos (y explicativo) de esa práctica, y no en los justificativos. En la consideración del Derecho como argumentación lo que importa no es sólo la conducta de los jueces y de otros actores jurídicos, sino también el tipo de razones que justifican esas conductas. Por lo demás el discurso justificativo es incompatible con el emotivismo axiológico defendido por los realistas; dicho de otra manera, el enfoque del Derecho como argumentación está comprendido con un objetivismo mínimo en materia de ética. El realismo jurídico supone una concepción en diversos sentidos más amplia que la del positivismo normativista y una concepción dinámica e instrumental del Derecho. Pero reduce al Derecho a racionalidad instrumental y estratégica, excluye la deliberación racional sobre los fines (para los instrumentalistas no hay propiamente fines internos propios del Derecho, sino tan sólo fines externos) y, por ello, es una concepción que niega la racionalidad práctica en el sentido estricto de la expresión (Muñoz, 2008: 53).

El problema de las concepciones iusnaturalistas es la dificultad de justificar la noción de racionalidad práctica de la que se parte y de que ésta puede ajustarse con la racionalidad interna del Derecho: ello explica la tendencia a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Uno de los aspectos, quizás el más difícil, del enfoque del Derecho como argumentación consiste en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos; o, dicho de otra manera, de las peculiaridades del razonamiento jurídico dentro de la unidad de la razón práctica.

Finalmente, el marxismo y las teorías críticas del Derecho no pueden dar cuenta del discurso justificativo, el cual presupone cierto grado de aceptación del Derecho. El formalismo jurídico simplifica mucho las cosas, ve más orden del que realmente hay. Pero las tesis de la indeterminación radical del Derecho, de la disolución del Derecho en la política, etc. Imposibilitan que se pueda dar cuenta del discurso interno del Derecho, esto es, no dejan lugar para un discurso que no sea ni descriptivo, ni explicativo, ni puramente crítico. No cabe, por ello, hablar ni de método jurídico ni de argumentación en sentido estricto, sino únicamente de uso instrumental o retórico del Derecho. Como decía, la visión del Derecho como argumentación presupone cierto grado de aceptación del Derecho pero, naturalmente, eso no supone la aceptación de cualquier sistema jurídico. Por eso, ese tipo de enfoque cobra especial relevancia en relación con el Derecho del Estado Constitucional y puede resultar irrelevante (cuando no, ideológico) en relación con otros tipos de sistemas jurídicos: no sólo en un Derecho como el del nacionalsocialismo, sino, en general, en ordenamientos jurídicos que no recojan un sistema mínimo de derechos. El escepticismo con el

que muchos autores “críticos” se refieren a los derechos fundamentales (siguiendo de algún modo una tradición que comienza con Marx) muestra su alejamiento de lo que hoy constituye una señal de identidad de la izquierda (las ideologías de izquierda son las que, en nuestro tiempo, sostienen con mayor énfasis la “lucha por el Derecho” y la “fe en el Derecho”) y, en cierto modo, sugiere que quizás haya algo de equivocado (pues incurriría en una especie de “contradicción pragmática”) en una concepción que al mismo tiempo que promueve el compromiso con la práctica, renuncia a establecer criterios que puedan servir de guía (Muñoz, 2008: 54).

Según Atienza (2007), señaló el déficit y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado Constitucional, es lo que explica que en los últimos tiempos (aproximadamente desde finales de los años setenta del siglo xx) se está gestando una nueva concepción del Derecho que no se deja ya definir a partir de los anteriores parámetros. Se sigue hablando del positivismo jurídico (incluyente, excluyente, crítico, ético, neopositivismo, etc.), al igual que de neorrealismo, neoiusnaturalismo, etc., pero las fronteras entre esas concepciones parecen haber desvanecido considerablemente, en parte porque lo que ha terminado por prevalecer son las versiones más moderadas de cada una de esas concepciones. En este cambio de paradigma, la obra de Dworkin (a pesar de sus ambigüedades) ha sido quizás la más determinante, el punto de referencia a partir del cual se toma partido en amplios sectores de la teoría del Derecho contemporáneo. Y de hecho, muchos otros autores procedentes de tradiciones filosóficas y jurídicas muy diversas entre sí (el positivismo jurídico, el realismo, la teoría crítica, la hermeneútica, el neomarxismo, etc.) han defendido en los últimos tiempos tesis que, en el fondo,

no se diferencian mucho de las de Dworkin; piensa Manuel Atienza en autores como Mac Cormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli (2001). Entre ellos existen, desde luego, diferencias que, en ocasiones, no son despreciables, pero parece que a partir de sus obras pueden señalarse ciertos rasgos característicos de esa nueva concepción. Ninguno de esos autores asume todos los rasgos que ahora señalaré, pero sí la mayoría (o, al menos un número significativo) de los mismos que, por lo demás, están estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del Derecho. Serían los siguientes: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario para comprender la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas –reglas y principios– no tanto, desde su perspectiva de su estructura lógica, cuando a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuando en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, agentes, valores, etc (Austin, 1982). 4) Ligado a la anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse a discursos meramente descriptivos. 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse simplemente legalista –de sujeción del juez a la ley– pues la ley debe ser interpretada de acuerdo a los principios constitucionales. 8)

La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: El Derecho, la moral y la política. Raz con su tesis del positivismo excluyente no suscribiría estas dos últimas tesis, como tampoco Ferrajoli (2001). 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no sólo es razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada exclusivamente por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de Pluralismo Jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o el de integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecer simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica. Ha escrito por ejemplo Nino al respecto: “Pero tan importante como distinguir la

moral positiva y la moral ideal es advertir sus puntos de contacto. Uno de esos puntos está dado por el hecho de que sin la formulación de juicios acerca de una moral ideal no habría una moral positiva... ” (Nino, 1989: 33 – 34).

Pero también hay relaciones entre la moral ideal y la moral positiva que van en la otra dirección. Esto se advierte si centramos la atención en la esfera de la moral positiva que no está constituida por pautas sustantivas de conducta, sino por la práctica del discurso o argumentación moral que contribuye a generar tales pautas y que constituye una técnica social para superar conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso, tales juicios no se formulan en el vacío sino en el contexto de ésta práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y sustantivos de validación, como la universalidad, generalidad y aceptabilidad de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Por supuesto que esta práctica del discurso moral con sus criterios subyacentes, práctica que no es moralmente justificable sin circularidad aunque su expansión sea causalmente explicable, es un producto histórico; se puede distinguir perfectamente entre la actual práctica del discurso moral, de origen iluminista; y otras que están basadas en la autoridad divina o en la tradición...” (Nino, 1989: 33 - 34).

2.5. PRAGMATISMO JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes (Posner, 1990: 44): **1)** La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto; **2)** Tener en cuenta que las teorías, y las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio; **3)** El rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que esté en contra de los

conceptos o de las teorías, sino que unas y otras deben estar elaboradas en el nivel de abstracción adecuado; **4)** Una visión instrumental y finalista del Derecho, el Derecho es un instrumento para resolver conflictos, un medio para la obtención de fines sociales; lo que no tiene por qué excluir que exista también algo así como “fines internos” propios del Derecho; **5)** La vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres; **6)** El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro; eso tampoco excluye que se tome en consideración el pasado, pero sí que éste se valore por sí mismo, y no por su contribución a la obtención de ciertos resultados futuros; **7)** La idea de que la verdad –al menos en el terreno de la práctica- no consiste en la correspondencia de los enunciados con el mundo, sino que esos enunciados resulten útiles, y de ahí la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación; y, **8)** La importancia de la práctica como medio de conocimiento: se aprende argumentar argumentando, etc (Atienza, 2006: 57).

La diferencia fundamental estaría en que este pragmatismo amplio no está comprometido con el relativismo axiológico y no lleva tampoco a identificar corrección con eficacia. Dicho de otra manera, es un pragmatismo compatible con la razón práctica entendida en su sentido fuerte y al que, por ello, no se aplicaría el sarcasmo de Chesterton dirigido contra el pragmatismo clásico: “si el pragmatismo tiene que ver con las necesidades humanas, una de las primeras necesidades del hombre es la de no ser pragmatista” (Menand, 1997: 12). Lo que viene a significar todo esto es que el pragmatismo, no puede considerarse como una filosofía más del Derecho. Como Toulmin lo expresó en una ocasión:

“La gente habla de las actitudes americanas hacia el Derecho, como hacia otras muchas cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo, Y

alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que ése es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensa que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es una teoría más para ser discutida por la intelligentsia, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres” (Toulmin, 1984: 353).

Otra manera de definir al pragmatismo es la siguiente: El pragmatismo jurídico no es exactamente una teoría sobre el Derecho, ni tampoco necesariamente una actitud hacia el Derecho y hacia la Teoría Jurídica. “el pragmatismo jurídico se entiende mejor como un tipo de exhortación acerca de la teoría: su función no es la decir cosas que los juristas y los jueces sepan, sino la de recordar a los juristas y a los jueces lo que ya saben pero frecuentemente no practican”(Smith, 1990: 2). Ese tipo de predica es tanto más importante cuanto más una cultura jurídica (la cultura jurídica interna) se olvida de actuar como debiera. En mi opinión, la teoría del Derecho que se suele elaborar en los países latinos (tanto la dogmática como la teoría general) adolece precisamente de ese defecto: de falta de pragmatismo, de incapacidad para incidir en las prácticas jurídicas.

2.6. PRECURSORES DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

JURÍDICA

La fuerza de los argumentos y a las que se domina *condiciones de refutación*. El modelo planteado se diagrama de la siguiente manera:

2.6.1. Theodor Viehweg y la concepción tópica

a. Antecedentes históricos de la tópica

La obra de Viehweg toma como referencia a la obra de Vico de comienzos del XVIII, quien contraponía el método antiguo, tópico o retórico, al método nuevo, al método crítico del cartesianismo, y en la que se planteaba la necesidad de intercalar la tópica en el nuevo método. La tópica constituye una parte de la retórica, es decir, de una disciplina que tuvo una gran importancia en la Antigüedad, Edad Media, y hasta la actualidad –época del racionalismo-.

Las dos grandes contribuciones son las obras de Aristóteles y Cicerón. La Tópica de Aristóteles era una de las seis obras de que se componía el Órganon, en la que Aristóteles realiza un estudio de los argumentos dialécticos –se ocupaban de estos temas los retóricos y los sofistas- en relación con los argumentos apodícticos o demostrativos, argumentos heurísticos y las pseudoconclusiones o paralogismos. Los argumentos dialécticos – de la tópica- se diferencian de los apodícticos porque inician su análisis de lo verosímil u opinables y no así de proposiciones primeras o verdaderas. En general las conclusiones dialécticas son igual que las conclusiones apodícticas formalmente correctas (Atienza, 1991: 52).

La diferencia radica específicamente en la naturaleza de las premisas, pues los argumentos dialécticos son en endoxa, es decir, proposiciones que parecen verdaderas a todos.

En la profundización de los argumentos dialécticos, Aristóteles se ocupa de la inducción y del silogismos – son modos de inferir de unos enunciados a otros-, del descubrimiento de las premisas, de la distinción de los sentidos de las palabras, del descubrimiento del género y especies y del descubrimiento de analogías.

Por su parte la producción intelectual de Cicerón, tuvo mayor influencia que la de Aristóteles, ya que, se dedica a formular un catálogo de tópicos o conocidos como lugares comunes o puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables universalmente o en determinada rama de saber, a diferencia de Aristóteles que pretendió elaborar una teoría.

La producción de Cicerón tiende a hacer desaparecer la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción, que tiene un origen estoico –distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación-, entre la invención y la formación del juicio. La tópica surge en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa; los argumentos están contenidos en los lugares o loci –*los topoi griegos*- que significan sedes o depósitos de argumentos; entonces la tópica sería el arte de hallar los argumentos, en cambio la formación del juicio sería el paso de las premisas a la conclusión (Atienza, 1991: 53).

La retórica fue una de las artes liberales que integraba, junto con la gramática y la dialéctica el trívium, la tópica aparece como contrapunto del modo de pensar sistemático – deductivo de la geometría de Euclides. La pérdida de influencia de la tópica se habría producido a partir del racionalismo y de la invasión del método matemático – cartesiano.

b. Inicios de la tópica jurídica

La argumentación jurídica tiene su origen en un conjunto de obras a partir de los años 50, las cuales rechazaban la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las concepciones más destacadas son la tópica de Theodor Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin. En el año de 1953 se publicó la primer edición de la obra *Topik und Jurisprudenz*. Dicha obra tuvo mucho éxito en la teoría del Derecho de la Europa Continental y se convirtió en uno de los centros de atención de la polémica del *método jurídico*; desde la publicación, como ha de esperarse, se han generado sendos debates entre partidarios y detractores de la tópica, sin embargo, tales debates no fueron tan claros, pues la obra de Viehweg tiene carácter esquemático e impreciso.

La obra de tópica jurídica, se advierten tres datos relevantes, los cuales son: primero; la resurrección de la tópica en Europa se da en la época de la postguerra en diversas disciplinas. El libro que inicial sobre el citado tema se debe a la obra R. Curtius con su libro denominado *Europäische und Lateinisches Mittelalter*, editado en el año de 1948, de esa forma los planteamientos tópicos se han sido abordados por la ciencia política, sociología, teoría literaria, filosofía y la jurisprudencia; segundo, la

producción intelectual de Viehweg aparece después de la invasión de la lógica moderna en el Derecho, en vista que, la *Juristische Logik de Klug*, representa uno de los primeros intentos de aplicar la lógica formal al Derecho; asimismo, el ensayo *Deontic logic de H. G. Von Wright*, que importa la aparición de la lógica de las normas o la construcción de una lógica especial para el mundo de las normas, tanto la jurisprudencia como la lógica de las normas datan del año de 1951. En suma, la contraposición entre la tópica y la lógica constituye la idea central de la obra de Viehweg. Y el tercer dato manifiesto es que las ideas de Viehweg guardan un obvio parecido con las esgrimidas por Edward H. Levi por el año de 1951 con su obra *An Introduction to legal reasoning*, que ha tenido una gran influencia en el ámbito del *common law*.

Levi realiza un estudio de la constitución estadounidense y la jurisprudencia y de la interpretación de las leyes; el proceso de razonamiento jurídico obedece a un razonamiento mediante ejemplos, es decir de un razonamiento de caso a caso, de lo particular a lo particular – conocido en la praxis como estudio de caso concreto-, Levi afirma que la doctrina del precedente, implica que la proposición descriptiva del primer caso es convertida en una regla del Derecho y aplicada luego a una situación similar, es decir, existen pasos para realizar la operación jurídica: primer paso, se descubren semejanzas entre los casos; segundo paso, la regla del Derecho implícita en el primero se hace expresa; y, tercero, se aplica la referida regla al segundo; así se puede manifestar que el método de razonamiento posee características que en otras circunstancias, podrían ser consideradas como imperfecciones (E.H. Levi, 1964: 9 - 10).

Las referidas características que hace mención Levi se tratan de que para la resolución de casos concretos usualmente no se parte de reglas fijas sino de reglas que cambian de un caso a otro, por ello, acota Levi que las categorías usadas en el proceso jurídico tienen que ser ambiguas para permitir el ingreso de nuevas ideas, lo que no significa la imperfección de aquellas sino que las ideas de la comunidad y las ciencias sociales, adecuadas o no, a medida que ganan aceptación controlan las decisiones, en todo caso, se puede deducir que el derecho no es un sistema cerrado sino es un sistema abierto.

c. Fundamentos de la tópica jurídica

Viehweg analiza la tópica desde tres elementos, que constan de la siguiente forma:

Desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático.

Desde el punto de vista del instrumento con que opera, resulta central la noción de topos o lugar común.

Desde el punto de vista del tipo de actividad, la tópica es una búsqueda y examen de premisas, lo que la caracteriza es un modo de pensamiento que recae sobre las premisas.

Según Cicerón la tópica sería un *ars inviniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas (de tópicos) que no termina nunca, el repertorio de tópicos siempre es provisional o elástico. Los tópicos siempre deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que solo permiten alcanzar conclusiones cortas; por su parte, *el ars iudicandi*, la lógica demostrativa

que recíbelas premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas (Atienza, 1991: 60).

Los tópicos deben entenderse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona; el problema que surge de la utilización de los tópicos, es que no están entre sí jerarquizados, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos que llevarían a resultados diferentes.

Respecto al problema, la caracterización que explica Viehweg, coincide sustancialmente con lo que se entiende como caso difícil, *ad litteram* indica el autor, “toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”.

La idea de problema se contrapone a la de sistema –según Viehweg-, lo que lo lleva a distinguir -siguiendo a Hartmann- entre modo de pensar sistemático y modo de pensar aporético; la distinción radica en una cuestión de acento, esto es, que todo pensamiento surge a partir de problemas y da lugar a un tipo de sistema, sin embargo, el acento puede recaer en uno u otro elemento. Si en caso, el acento se pone en el sistema, entonces éste opera una selección de los problemas, de manera que los que no caen bajo el sistema son apartados y quedan sencillamente sin resolver (Atienza, 1991: 63). Ahora bien si en caso el acento se pone en el problema, entonces de lo que se trata es de buscar un sistema idóneo que ayude a encontrar a la solución; el problema lleva a si a una selección de

sistemas, y en general a un pluralismo de sistemas, en el que el punto de vista no está adoptado con anticipación.

d. Tópica y jurisprudencia

Viehweg indica que la jurisprudencia en Roma y durante la Edad Media fue una jurisprudencia tópica; el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos y no en la elaboración de un sistema conceptual. El objetivo del *ius civile* eran colecciones de reglas, de tópicos que se legitimaban en cuanto eran trabajados por hombre notables, hombres preclaros –*la importancia de la autoridad para la tópica es repetitiva desde Aristóteles*-. Ya en la Edad Media el estudio del Derecho iba precedido por la retórica, y así que muchos juristas famosos fueran maestros de retórica antes que de Derecho. Viehweg apunta que el estilo de enseñanza en el *mos italicus* se basaba en la discusión de problemas, presentando argumentos en favor y en contra de las posibles soluciones, y no a la configuración de un sistema.

En la época moderna, la cultura occidental optó por dejar la tópica y sustituirla por el método axiomático deductivo, el mismo que consiste en partir en partir de una serie de axiomas o principios que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia; sin embargo, no puede aplicarse al campo de la jurisprudencia; entonces se puede constatar que en la edad moderna se trató de operar en el Derecho con un método deductivo, es decir, de dotar de carácter científico a la técnica jurídica, lo que obligaría a un sin número de cambios y operaciones en el Derecho que resultarían inviables.

La jurisprudencia aparece como una técnica que opera tópicamente desde el sistema jurídica y que se opone al pensar investigador llevado a cabo por disciplinas no dogmáticas como la historia del Derecho o la Sociología del Derecho. Finalmente asevera Viehweg que la doctrina civilista alemana de los años 40 y 50, representaría el modelo tópico de la jurisprudencia que él propone y se basaría en tres presupuestos: “1) La estructura total de la jurisprudencia solo puede determinar desde el problema, la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; 2) Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; y, 3) Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Es preciso evitar cualquier otra” (Viehweg, 1964: 129 - 130).

2.6.2. Perelman y la nueva retórica

Chaïm Perelman rehabilitó la razón práctica, esto es, que introdujo algún tipo de racionalidad en la discusión de temas como la moral, el Derecho, la política; creando así una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico – experimentales) y la pura y simple irracionalidad. Contribuyó para que se recupere los conocimientos de la tópica y la retórica a partir de la segunda mitad del siglo XX. La tesis de Perelman es la posibilidad de que se puede fundamentar una noción válida de justicia de carácter formal y que lo anuncia así: “*se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría*”; aparte de esta regla de carácter formal se necesita contar con otros criterios materiales de justicia que permitan establecer cuándo los seres

pertenecen a la misma categoría. El profesor de la Universidad de Bruselas distinguió seis criterios, que definen tipos de sociedad e ideología, son: a cada uno lo mismo, a cada uno según lo atribuido por la ley, a cada uno según su rango, a cada uno según sus méritos o su capacidad, a cada uno según su trabajo, a cada uno según sus necesidades; sin embargo, trabajar con los mencionados criterios, significa resaltar juicios de valor, por lo que, Perelman se pregunta cómo razonar a propósito de valores, respuesta que devino a propósito de la obra de Aristóteles referente a la dialéctica (Atienza, 1991: 65 – 67).

Perelman parte de la diferenciación aristotélica entre razonamientos analíticos o lógico formales que actúan en el terreno de la necesidad –*el paso de las premisas a la conclusión, si las premisas son verdaderas, entonces necesariamente la conclusión*- y razonamientos dialécticos o retóricos –*la argumentación en sentido estricto se desarrolla en el terreno de lo plausible, razonable de una decisión, por ello, en la argumentación es importante un auditorio al que se trata de persuadir*-, en esta última ubica a su teoría de la argumentación jurídica, siendo su interés la estructura y lógica de la argumentación, es decir, pretende elaborar una propuesta semejante al de Frege, que concentre su atención en el análisis de los razonamientos de los políticos, jueces y abogados (Atienza, 1991: 67 - 68).

a. La concepción retórica del razonamiento práctico

El estudio que realmente le interesa a Perelman es la estructura, la lógica y la argumentación; y no los aspectos psicológicos de la misma; es decir, que pretende seguir un programa semejante al de Frege, quien

renovó la lógica formal a partir de la idea de que en las deducciones matemáticas se encuentra los mejores ejemplos de razonamientos lógicos.

Perelman propugna que el análisis de los razonamientos utilizados por los políticos, jueces o abogados, debe ser el punto de partida para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica.

La lógica formal se desarrolla y se conduce dentro de un contexto de necesidad. Un razonamiento lógico deductivo o demostrativo implica que el paso de las premisas a la conclusión es necesario, esto es, que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión también será verdadero. En cambio, la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible de una determinada decisión u opinión, por ello en la argumentación es fundamental un auditorio al que se trata de persuadir. Perelman está convencido de utilizar el nombre de retórica antes que el de dialéctica, lo que se debe de reconocer una importancia singular al auditorio, que es la noción central de la teoría y al hecho que dialéctica le parece un término más equivoco; para los estóicos y los autores medievales era sinónimo de lógica, Hegel y Marx utilizan con un significado completamente distinto al apuntado.

La argumentación es un proceso en el que todos sus elementos interactúan constantemente, lo que se distingue de la concepción deductiva y unitaria del razonamiento de Descartes y de la tradición racionalista. Descartes, por su parte veía en el razonamiento un encadenamiento de ideas, de tal talante que la cadena de las

proposiciones no puede ser más sólida que el más débil de los eslabones, basta que se rompa uno de los eslabones para que la certeza de la conclusión se desvanezca. La estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido, una consecuencia de ello es la imposibilidad de separar rotundamente cada uno de los elementos que componen la argumentación.

Perelman y Olbrecht – Tyteca dividen el estudio de la argumentación en tres partes: los presupuestos o los límites de la argumentación, los puntos o tesis de partida y las técnicas argumentativas, esto es, los argumentos en sentido estricto, los cuales se pasan a desarrollar:

b. Presupuestos de la argumentación

Para la exista argumentación se necesitan ciertos presupuestos previos como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación. En la argumentación se distinguen tres elementos el discurso, orador y el auditorio, último elemento que juega un rol importante y de relevancia y se define como “el conjunto de todos aquellos que quienes el orador quiere influir con su argumentación”(Perelman y Olbrecht, 1989: 55).

Perelman pone en discusión de que forma la distinción clásica entre tres géneros oratorios: el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidictico (ante espectadores que no tiene que pronunciarse), se efectúa desde el punto de vista de la función que cumple el auditorio. Y concede por cierto una considerable importancia al género epidíctico –cuando el discurso parte de la adhesión previa del auditorio,

como ocurre en los panegíricos, en los sermones religiosos o en los mítines políticos-, ya que la finalidad de la argumentación no es únicamente conseguir la adhesión del auditorio, sino además acrecentarla. La clasificación que realizó Perelman se da sobre los tipos de argumentación se basa en la distinción entre la argumentación que da ante un auditorio universal, la argumentación ante un único oyente (el dialogo) y la deliberación con uno mismo.

Posteriormente se debe referir que el concepto perelmaniano de auditorio universal cobró gran importancia, pese a que su contenido es poco claro, se caracteriza por lo siguiente:

1. Es un concepto límite en el sentido en que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva
2. Dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica
3. El de auditorio universal no es un concepto empírico: el acuerdo de un auditorio universal "no es una cuestión de hecho sino de Derecho"
4. El auditorio universal es ideal en el sentido de que está formado por todos los seres de razón, pero por otro lado es una construcción del orador, es decir, no es una entidad objetiva.
5. Lo que significa que no sólo diversos oradores construyen diversos auditorios universales, sino que el auditorio universal de un mismo orador cambia.

En la obra de Perelman se puede distinguir la diferencia entre persuadir y convencer, así el primero significa que sólo vale para un auditorio

particular, mientras que el segundo es la que se pretende válida para todo ser de razón.

La argumentación es una acción con la que se busca obtener un resultado, el cual es buscar la adhesión del auditorio con lo que se llega a prescindir de la violencia física o psicológica; su proximidad con la práctica hace hablar de imparcialidad y no de objetividad.

c. Primera etapa de la argumentación

El punto de partida de la argumentación constituye un primer paso en su utilización persuasiva. Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo real o relativos a lo preferible; respecto del primero, tenemos los hechos, verdades o presunciones, que pretenden ser válidos para el auditorio universal; respecto del segundo, están los valores las jerarquías y lugares de lo preferible, que pretenden ser válidos para auditorios particulares.

Tratándose de los *hechos* se caracterizan porque suscitan una adhesión tal del auditorio universal que sería inútil reforzar, se dice también que son objetos de acuerdo precisos y limitados.

Las *verdades* son sistemas más complejos, uniones de hecho como teorías científicas, concesiones filosóficas, religiosas, etc.

Las *presunciones* pueden ser justificadas ante el auditorio universal.

Los *valores* son objetos de acuerdo relativo a lo preferible, presuponen una actitud sobre la realidad y no pretenden valer para el auditorio universal. Los valores más generales –lo verdadero, el bien, lo bello o lo justo- únicamente valen para el auditorio universal a condición de

no especificar su contenido, se presentan como conformes a las aspiraciones de ciertos grupos particulares.

La *jerarquía* se justifica recurriendo a premisas de orden muy general, esto es, a lugares comunes o tópicos; así la tópica constituiría en la teoría de Perelma, un aspecto de la retórica.

En la actualidad, existen tipos de argumentación que se desarrollan para un auditorio no especializado, y existen otros que se encuentran destinados para auditorios particulares que se caracterizan porque en ellos tienen valor cierto tipo de acuerdos específicos; verbigracia tenemos en el Derecho positivo y en la teología positiva, un *hecho* no tiene que ver con el acuerdo del auditorio universal, un hecho es lo que los textos permiten o exigen tratar como tal. Una discusión no podría darse si los interlocutores pondrían en duda los acuerdos de la argumentación, es decir, si no funcionará el *principio de inercia* en la técnica jurídica del precedente, y en general la regla formal de justicia.

Puede producirse el error en apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido y se incurre en petición de principio, esto es lo que se postula lo que se quiere probar, el precitado principio no es un error de tipo lógico –una deducción lógica siempre incurriría en petición de principio, puesto que la conclusión está contenida en las premisas-, sino un error de argumentación, que consiste en un mal uso del argumento *ad hominem*, se dice que toda argumentación es aquella, pues depende de lo que el interlocutor está dispuesto a admitir. Perelman y Olbrecht Tyteca muestran la utilización e importancia de las modalidades de expresión del pensamiento como las afirmaciones, negaciones, aserciones,

interrogaciones, prescripciones, entre otros; así como la utilización de las figura retóricas, estudiadas como figuras argumentativas, y aparecen clasificadas en tres grupos: figuras de elección –oratoria, perífrasis, sinécdoque o la metonimia-; de presencia –la honomatopeya, la repetición, ampliación, sinonimia, pseudodiscurso directo-; y de comunión –la alusión, la citación, el apóstrofe-; todas ellas pueden imponer o sugerir una elección; aumentar la presencia de un elemento o confirmar la comunión con el auditorio.

Cuadro 2. Ámbito real y preferible

Real	Hechos	Hechos de observación o de supuestos convencionales que provocan una adhesión tal del auditorio universal que sería inútil reforzar. Son objetos de acuerdos precisos y limitados.
	Verdades	Son sistemas más complejos, uniones de hecho como teorías científicas, concepciones filosóficas, religiosas, etc.
	Presunciones	Pueden ser justificadas ante el auditorio universal, diferencia de los hechos.
	Valores ¹	Son “preferibles” porque presuponen una actitud sobre la realidad, no pretenden valer para el auditorio universal, sin embargo, valen para el citado auditorio cuando no se especifican sus

¹ Valores generales: verdadero, bien, bello o justo.

Preferible		contenidos y se presentan como conformes a las aspiraciones de grupos particulares.
	Jerarquía	Los valores son admitidos y jerarquizados por auditorio.
	Lugares comunes o tópicos	Una forma de justificar una jerarquía (o un valor) es recurriendo a premisas de orden muy general o denominados tópicos. Perelman refiere que la tópica es un aspecto de la retórica.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

d. Técnicas argumentativas

Perelman y Olbrecht Tyteca parten de una clasificación general de las técnicas argumentativas en dos grupos: como procedimientos de enlace (“unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda estructurarlos o valorarlos positiva o negativamente”) o de disociación (“su objetivo es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo, o de un conjunto solidario en el seno de mismo sistema de pensamiento”) (Perelman y Olbrecht, 1989: 299).

El procedimiento de enlace, se clasifican en: 1) argumentos cuasi – lógicos, cuya fuerza deriva de su proximidad con argumentos lógicos y matemáticos; 2) argumentos basados sobre la estructura de lo real, bien se traten de enlaces de sucesión o de enlaces de coexistencia; 3) argumentos que fundan la estructura de lo real, teniendo en cuenta el caso

particular o la semejanza de estructura existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos -analogía-.

Los argumentos cuasilógicos se basan en estructuras lógicas en sentido estricto, pueden hacer referencia a su vez a la noción de contradicción, de identidad y de transitividad.

La discusión no formal, lo que surgen son incompatibilidades, las que están en función de las circunstancias, esto es, que no tienen un carácter abstracto. Por otro lado, tenemos las contradicciones en sentido estricto o formal que se vincula con la noción de absurdo, la incompatibilidad va ligada con la de ridículo, una afirmación es ridícula cuando entra en conflicto, sin justificación con una opinión admitida; el ridículo se puede lograr a través de la ironía que es un procedimiento de querer de hacer entender lo contrario de lo que se manifiesta en una conversación, el uso de la ironía es un tipo de argumentación indirecta que viene a equivaler al argumento por reducción al absurdo en geometría.

La identidad, la identificación de seres, acontecimientos o conceptos es un argumento cuasi – lógico cuando esta operación no se considera ni arbitraria ni evidente. Perelman clasifica dos procedimientos de identificación: la identidad completa y la identidad parcial.

El procedimiento de identidad completa, puede jugar un doble papel en la argumentación, cuando existen varias definiciones de un término del lenguaje natural; las definiciones pueden justificarse con ayuda de argumentaciones y son ellas mismas argumentos, sirven para hacer avanzar el razonamiento. En la identidad parcial, se distinguen entre la regla de justicia y los argumentos de reciprocidad.

La regla de justicia, permite presentar como una argumentación cuasi – lógica del uso del precedente. Los argumentos de reciprocidad que llevan a la aplicación del mismo trato a situaciones que no son idénticas sino simétricas (ejemplo: si vale Rxy entonces también vale Ryz) con lo que el principio de reciprocidad (en que se basa una moral de tipo humanista, bien se trate de principios judeocristianos como: no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti; o bien el imperativo categórico Kantiano) justifica la aplicación de la regla de justicia.

La noción de transitividad se entiende como la relación entre las partes y el todo, de donde surgen diversos tipos de argumentos (ejemplo: el valor de la parte es proporcional a lo que representa en comparación con el todo), o bien como relación entre las partes resultantes de la división de un todo. Así se puede afirmar que el argumento de la división es la base del dilema (lo que significa que una de cuyas formas consiste en mostrar que de dos posibles opciones que se presentan en una situación, ambas conducen a un sentido inaceptable), pero también de los argumentos jurídico *a pari* -lo que vale para una especie vale también para otra especie del mismo género- o *a contrario* –lo que vale para la una no vale para la otra porque se entiende que esta última es una excepción a una regla sobreentendida referente al género-.

Los argumentos basados en la estructura de lo real se utilizan los enlaces de sucesión o de coexistencia para establecer una solidaridad entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover. Los que se aplican a enlaces de sucesión “unen un fenómeno con sus consecuencias o sus causas” (Perelman y Olbrecht, 1989: 404).

Se incluye en este tipo de argumentos, al argumento pragmático, que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables, radica su importancia en que su uso plantea diversas dificultades, como la de establecer todas las consecuencias de un acto o distinguir las consecuencias favorables de las desfavorables, que solo pueden resolverse recurriendo a argumentos de otra naturaleza. Además, utilizan un enlace de sucesión los argumentos que consisten en interpretar un acontecimiento según la relación hecho – consecuencia o medio – fin (los fines tiene carácter voluntario porque son queridos por el sujeto activo).

El argumento del despilfarro, que consiste en establecer que cuando una obra se ha empezado y se han aceptado los sacrificios que serían inútiles en caso de renunciar a la empresa, es preciso continuar con el mismo objetivo inicial.

El argumento de la dirección, consiste en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas –si se sede esta vez, se deberá ceder un poco más la próxima vez hasta llegar-, lo que ciertamente es complejo de aplicar.

El argumento de la superación, que tiene como fin en ir en un sentido determinado sin que se entrevea un límite en esta dirección, con un crecimiento continuo de valor.

Los fundamentos basados en la estructura de lo real que se utilizan en los enlaces de coexistencia “*asocian a una persona con sus actos, un grupo con los individuos que la componen, y en general, una esencia con sus manifestaciones*”(Perelman y Olbrecht, 1989: 404). La relación acto -

persona da lugar a diverso tipos de argumentos, pues los actos influyen sobre la concepción de la persona y la persona influye sobre sus actos. Un argumento basado en la relación acto – persona es el argumento de autoridad, que se sirve de tal relación como prueba en favor de su tesis. Perelman afirma que la argumentación de autoridad cumple un papel importante, cuando la argumentación trata sobre problemas que no conciernen simplemente a la noción de verdad; éste tipo de argumento se puede constatar en el precedente judicial que se basa en la noción de autoridad. Perelman refiere que es útil aproximar a los enlaces de coexistencia los enlaces simbólicos, estableciendo entre ellos una relación de participación.

Los argumentos que se fundan en la estructura de lo real dan lugar a tres tipos de argumentos: el ejemplo, la ilustración y el modelo, los que se desarrollan a continuación:

La argumentación por el ejemplo, se debe entender que en las ciencias se tratará de formular una ley general, mientras que en el Derecho la invocación del precedente equivale a considerarlo como un ejemplo que funda una regla nueva *-ratio decidendi-*.

La *ilustración*, afianza una regularidad ya establecida, así una disposición jurídica se verá como una ilustración de un principio general en cuanto que hace patente el principio el cual, pero no debe su existencia a dicha disposición.

El *modelo* importa que un comportamiento particular sirve para incitar a una acción que se inspira en él.

El razonamiento por analogía no coincide con el argumento *a simili* o *a pari*; en el tratado de Perelman se entiende a la analogía como una similitud de estructuras, cuya fórmula general sería: $A/B = C/D$, en donde se cumplen las siguientes condiciones:

- El conjunto de los términos C y D, llamado foro, debe ser mejor conocido que el conjunto de los términos A y B, denominado; de esta manera, el foro permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema.
- Entre el tema y el foro debe existir una relación de asimetría, de tal manera que de $A/B = C/D$ no puede pasarse a afirmar también $C/D = A/B$; en esto se diferencia la analogía de una simple proposición matemática, ejemplo: si $2/3 = 6/9$, entonces también vale $6/9 = 2/3$.
- El tema y foro deben pertenecer a dominios diferentes; si pertenecieran a un mismo dominio y pudieran subsumirse a una estructura común, estaríamos ante un ejemplo o una ilustración.
- La relación de semejanza es una relación que se establece entre estructuras, no es una relación de semejanza.

Los argumentos de disociación permiten la unidad primitiva de dos elementos, confundidos en el seno de una misma concepción y designados por una misma noción (Perelman y Olbrecht, 1989: 628), se busca no romper los hilos que enlazan dos elementos aislados sino de modificar su propia estructura.

La disociación de las nociones consiste en una transformación, pues suprime una incompatibilidad, nacida de la confrontación entre tesis sobre normas, hechos o verdades. El prototipo de toda disociación es apariencia – realidad que surge de la necesidad de evitar incompatibilidades entre

apariencias que no pueden ser consideradas expresión de la realidad, si se parte de la hipótesis de que todos los aspectos de lo real son compatibles, entre sí; por ejemplo: el palo parcialmente hundido en el agua parece que esta doblado cuando lo miramos y recto cuando lo tocamos, pero en realidad no puede estar recto y doblado al mismo tiempo. Así también el hombre no puede ser libre y esclavo al mismo tiempo.

Cuadro 3. Procedimientos de enlace y disociación

Procedimientos de enlace	
Argumentos cuasi-lógicos	Se basan en estructuras lógicas en sentido estricto, pueden hacer referencia a la contradicción (de índole formal se vincula con la noción de absurdo), identidad (identidad completa: varias definiciones de un término; identidad parcial: aplicación del mismo trato a situaciones que son simétricas –entre la regla de justicia y el principio de reciprocidad-) o transitividad (aplicables a relaciones de solidaridad, antagonismo y orden de seres y acontecimientos).
Argumentos basados en la estructura de lo real	Utilizan los enlaces de sucesión que unen un fenómeno con sus consecuencias o sus causas (argumento pragmático, del despilfarro, de la dirección, de la superación) y de consistencia

	(argumento de autoridad, de doble jerarquía, relativos a las diferencias de orden y de grado).
Argumentos que fundan la estructura de lo real	Los enlaces que construyen la estructura de lo real dan lugar a tres tipos de argumentos: el ejemplo (permite formular una generalización: la invocación al precedente que crea una regla nueva, expresada en la <i>ratio decidendi</i>), la ilustración (afianza, no crea, una regularidad establecida: disposición jurídica siendo una ilustración de un principio general, creado con antelación y que no se debe a la disposición jurídica) y el modelo (comportamiento particular que inspira futuras acciones).
Procedimientos de disociación	
Parejas filosóficas (a semejanza de la pareja “apariencia/realidad”)	Son las que resultan de una asociación de las nociones: medio/fin, consecuencia/hecho o principio, acto/persona, relativo/absoluto, teoría/práctica, letra/espíritu.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

La interacción y fuerza de los argumentos son insuficientes, por dos razones; la primera, debido a que la clasificación no es exhaustiva por no permitir diferenciar las clases de argumentos que se excluyan mutuamente, en otras palabras, un mismo argumento se puede explicar a partir de diversas técnicas argumentativas: el precedente es un supuesto

de aplicación de una regla de justicia, de la misma forma el argumento de autoridad, argumento a partir de ejemplos, y de definición. El segundo, lo que interesa en la argumentación no son los elementos aislados, todos los elementos de la argumentación se encuentran en constante interacción, como: interacción entre diversos argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto y el conjunto de la situación argumentativa, entre éstos y su conclusión; interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a éste último por objeto (Perelman y Olbrecht, 1989: 699).

El orador deberá tener en cuenta la complejidad de las interacciones al momento de elegir sus argumentos, la amplitud y el orden de la argumentación, para ello deberá guiarse por la fuerza de los argumentos. Para valorar la fuerza de los argumentos se recomienda valorarlo mediante el principio de *adaptación del auditorio*, que se puede entender de dos maneras, por un lado, se puede pensar que un argumento sólido es un argumento eficaz que determina la adhesión a un auditorio o bien un argumento válido, esto es, que se convierte en un argumento que debería determinar su adhesión.

Existe un punto oscuro del Tratado de Perelman y es justamente que existe en la práctica argumentos fuertes y argumentos débiles, por ello, Perelman sugiere un doble criterio: uno que se aplica a todos los argumentos en general, y otro característico de todos los campos de la argumentación, así pues la fuerza de los argumentos dependen de un contexto tradicional (Perelman y Olbrecht, 1989: 705).

e. Lógica jurídica como argumentación

Perelman distingue entre retórica general y retórica aplicada a campos específicos. La lógica jurídica es un estudio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas, pero la lógica jurídica para Perelman no es una rama de la lógica formal aplicada al Derecho, debido a que los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en razonamientos lógico formales; la argumentación jurídica es incluso el paradigma de la argumentación retórica.

Apunta Perelman que “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 (...). La lógica jurídica, especialmente la judicial (...) se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del Derecho y de su funcionamiento en la sociedad” (Perelman y Olbrecht, 1989: 232). En este punto, es necesario mencionar que Perelman va más allá de Aristóteles, quien entiende que la estructura del razonamiento dialéctico es la misma que la del silogismo, aquí la diferencia reside en la naturaleza de las premisas, en el caso del razonamiento dialéctico son sólo plausibles. Perelman comprende que el paso de las premisas a la conclusión se produce de una forma diferente en la argumentación, anota “Mientras que en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno

ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión” (Perelman y Olbrecht, 1989: 11).

La especificidad del razonamiento jurídico parece consistir en lo siguiente. A diferencia de lo que ocurre en las ciencias deductivas y a semejanza de que ocurre en la filosofía y en las ciencias humanas, en la argumentación jurídica resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes, es decir, la argumentación tiene el carácter de una controversia, la misma que se soluciona mediante la imposición de una decisión por vía de la autoridad, mientras que en la filosofía y en las ciencias humanas, cada una de las partes permanece en sus posiciones. La autoridad judicial juega en Perelman un papel importante y de ahí que considere que en el procedimiento judicial es donde “el razonamiento jurídico por antonomasia” (Perelman y Olbrecht, 1989: 201).

Indica Perelman que el Derecho se ha elaborado según un modelo dialectico y argumentativo desde Roma y la Edad Media, hasta llegar a los teóricos iusracionalistas del siglo XVII y XVIII que trataron de construir una jurisprudencia universal fundada en principios racionales y siguiendo un modelo de razonamiento deductivo. Al ideal de jurisprudencia universal se opusieron tres tesis:

1) Hobbes (2013), el Derecho no es la expresión de la razón sino de la voluntad soberana.

2) Montesquieu (1749), las leyes son la expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a un época histórica, etc.

3) Rousseau (1762), el Derecho es producto de la voluntad general de la nación.

Las tres tesis confluyeron en la Revolución francesa y determinaron la nueva concepción del Derecho y del razonamiento jurídico que surge de allí. Con la revolución francesa se generan una serie de cambios: el Derecho se entiende como un conjunto de leyes que son expresión de la soberanía nacional, aparecen sistemas jurídicos bien elaborados, el papel de los jueces se reduce al mínimo y se establece la obligación de motivar las sentencias.

A partir del Código de Napoleón, según Perelman, se habría creado tres teorías del razonamiento judicial: La primera de la escuela de la exegesis, habría dominado en el pensamiento jurídico continental hasta aproximadamente el año de 1880, se caracteriza por su concepción del Derecho como un sistema deductivo y por la configuración que hace del razonamiento judicial, de acuerdo a la teoría del silogismo. Al juez le preocupa que su decisión sea conforme a Derecho.

Perelman denomina a la segunda concepción como Teleológica, funcional y sociológica, y sus orígenes estarían en la obra de Ihering -el segundo Ihering-, el Derecho no se entiende como “un sistema más o menos cerrado que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para determinar unos determinados valores” (Perelman y Olbrecht, 1989: 114), por ello, el juez no puede contentarse con realizar una simple deducción silogística, sino que debe remontarse a la “intención” del legislador, pues lo importante es el fin social seguido por éste, y de ahí que el juez se vea obligado a los esquemas de la lógica formal y a utilizar diversas técnicas argumentativas

en la indagación de la voluntad del legislador (argumentos a simili, a contrario, psicológico, teleológico, etc.).

La tercera concepción es la tónica del razonamiento jurídico, es la predominante, según Perelman, en el razonamiento judicial de los países occidentales después de 1945; después de la experiencia del régimen nacional – socialista, se habría producido una tendencia en los países continentales europeos a aumentar los poderes de los jueces en la elaboración del Derecho, con lo cual se habría dado una aproximación entre el sistema jurídico continental y el anglosajón y sus correspondientes concepciones del razonamiento jurídico (judicial).

Perelman continúa afirmando que la experiencia nazi ha supuesto la crítica definitiva al positivismo jurídico y a su pretensión de eliminar del Derecho toda referencia a la justicia. En suma, la nueva concepción del Derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los lugares específicos del Derecho (los tópicos jurídicos). El razonamiento jurídico no es una simple deducción silogística, ni mucho menos una búsqueda de una solución equitativa, sino más bien de una búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho (Perelman y Olbrecht, 1989: 114), es decir, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea “no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable” (Perelman y Olbrecht, 1989: 178).

2.6.3. Toulmin y la Teoría de la Argumentación

Stephen Toulmin ha contribuido en diferentes campos de la Filosofía como en la Teoría Ética, Filosofía de la Ciencia y Lógica; la filosofía que adoptó fue del “segundo Wittgenstein”; su teoría de la argumentación jurídica la debe a J. Wisdom y G. Ryle. Toulmin se opone a la tradición que inicia desde Aristóteles que, busca hacer de la lógica una ciencia formal que se compara a la geometría y, en lugar de ello, propone migrar desde el centro de atención - teoría lógica- a la “práctica lógica”, pues le importa una lógica operativa o aplicada, de esa forma, para efectivizar dicha operativización utiliza como modelo a la “jurisprudencia²” olvidándose por completo de la geometría. Asevera el profesor Toulmin que la lógica es jurisprudencia generalizada, siendo que los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, es decir, se puede hablar de un paralelismo entre lógica y jurisprudencia que permite ubicar en el medio a la “función crítica de la razón”, es así, que un argumento bueno o bien fundamentado puede resistir a la crítica, sólo si cumple con criterios de corrección de argumentos, no siendo de orden formal (que dependa de la forma de las premisas y de la conclusión) sino de orden procedimental, aplicando criterios substantivos e históricamente variables (Atienza, 1991). Argumentación,

² Una tarea relevante de la jurisprudencia para Toulmin, citado por Atienza en Razones del Derecho, es caracterizar lo esencial del proceso jurídico: los procedimientos mediante los cuales se proponen, se cuestionan y determinan las pretensiones jurídicas y las categorías. En ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. Entrevista con Stephen E. Toulmin, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho Nro.13, Alicante, 1993, p. 341:

“(...) Yo estaba viendo en la jurisprudencia el mejor ejemplo de razonamiento práctico, elevado a la forma de una actividad intelectualmente seria y profundamente reflexiva. De suerte que, lo que estaba diciendo es que la lógica, en el sentido de una explicación general del razonamiento y la racionalidad, debería el mismo nivel de sofisticación formal y de flexibilidad humana que la mejor jurisprudencia alcanza (...).”

razonamiento y argumentos son términos empleados por el pensador inglés; el primero, lo define como una “*actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, refutando esas críticas, etc.*”; el segundo –con un sentido más restringido-, como “*la actividad central de presentar las razones en favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión*”; y, el tercer término cuenta con dos sentidos: a) un argumento es un tramo de un razonamiento o “*la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición en favor de la que argumenta un determinado hablante*”; y, b) los argumentos son algo en que la gente se ve involucrada, en otras palabras, son “*interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da la vuelta a tales tramos de razonamiento*”. A Toulmin le interesa el segundo sentido (Atienza, 1991: 106).

En un argumento se distinguen “cuatro elementos” (Atienza, 1991: 106 - 109): la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.

i. Pretensión (en inglés *Claim*)

The claim significa afirmar, postular, opinión o pretensión, que constituye el punto de partida como el punto de destino. Verbigracia:

- Ariel -proponente- manifiesta que: “*Constanza tiene derecho a recibir herencia*”.
- Romina -oponente- puede:
 - Evita cuestionar: no surge la necesidad de cuestionar.
 - Cuestiona: el proponente debe dar razones (*grounds*) relevantes y suficientes en favor de su pretensión.

- Ariel arguye: “*Constanza es la única hija de Nadalini, quien falleció sin dejar testamento*”.

ii. Razones (en inglés *Grounds*)

The grounds significa fundamentos, razones o “hechos específicos del caso”, que en una argumentación típica, serán los hechos que forman parte del supuesto de hecho de la norma aplicable al caso concreto. El oponente podrá discutir los hechos o aceptarlos, pero en ambos casos, podrá exigir al proponente que justifique el paso de las razones a la pretensión. Cabe mencionar que, los hechos acaecidos en la realidad factual son los mismos encontrados en los supuestos de hechos de las normas jurídicas.

iii. Garantía (en inglés *Warrants*)

The warrants significa garantías, condiciones o enunciados generales –la garantía del argumento- que autorizan el paso de las razones a la pretensión. Las garantías varían de acuerdo a la naturaleza del argumento, siendo tales: una regla de experiencia, norma jurídica, principio jurídico, ley de la naturaleza. Las garantías son reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. Realizando un parangón se podría decir que mientras que los hechos o razones equivalen a los ingredientes de un pastel, la garantía equivale a la receta, cuya puesta en práctica permite mezclar los ingredientes y obtener un resultado. Verbigracia:

- Ariel -proponente- afirma que: “*Los hijos suceden a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento*”.

El proponente, en el ejemplo, ha establecido una garantía o enunciado general para su argumento, lo cual, no siempre es suficiente, pues deberá demostrar que

la garantía es válida, relevante y con suficiente peso. El proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra.

iv. Respaldo (en inglés Backing)

The Backing significa respaldo, apoyo. El proponente al mostrar que su garantía es superior frente a otras, deberá indicar cuál es el “respaldo” o campo general de información, el cual, se encuentra presupuesto en la garantía, en atención al tipo de argumento. Se puede citar:

- Ariel -proponente- formula el siguiente respaldo: “*el artículo 930 del Código Civil*”. Pareciera que la garantía es una simple repetición de los hechos registrados en el respaldo, no siendo cierto, debido que la garantía tiene una importancia práctica, ya que, muestra de qué talante o manera se puede argumentar a partir de los hechos contenidos en el respaldo.

Los cuatro elementos de todo argumento se representan en el siguiente esquema:

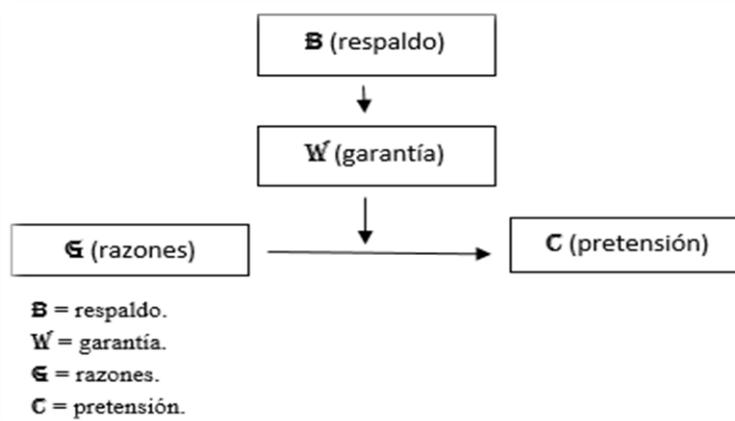


Figura 1. Elementos de los argumentos.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

El respaldo (B), la garantía (W), las razones (G) y la pretensión (C) constituyen elementos que hacen que un argumento sea válido o correcto. Si hablamos de la fuerza de un argumento, entonces inexorablemente la pretensión se afirma con un grado de certeza que puede ser mayor o menor, esto acaece en dos contextos, uno en la lógica deductiva, y el otro, en la práctica lógica. Habíamos indicado que a Toulmin le importa, este último contexto, los argumentos vistos como interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten a los razonamiento, es decir, no se ocupa de la lógica deductiva, donde el paso a la conclusión se da de manera “necesaria”. El sentido de argumentación que le preocupa a Toulmin tiene lugar en la vida práctica, en cuyo espacio no necesariamente se da el paso de las premisas a la conclusión, sino que *las razones, la garantía, el respaldo* presentan a la *pretensión* un “apoyo más débil” que suele expresarse mediante “*cualificadores modales*” (qualifiers) como: presumiblemente, con toda probabilidad, plausiblemente, según parece, etc; asimismo, dicho *apoyo* a la *pretensión* puede darse en ciertas condiciones, es decir, existen ciertas circunstancias extraordinarias que pueden debilitar la fuerza de los argumentos, esas circunstancias se las denomina “*condiciones de refutación*” (rebuttals). Con tales anotaciones el esquema se graficaría del siguiente modo:

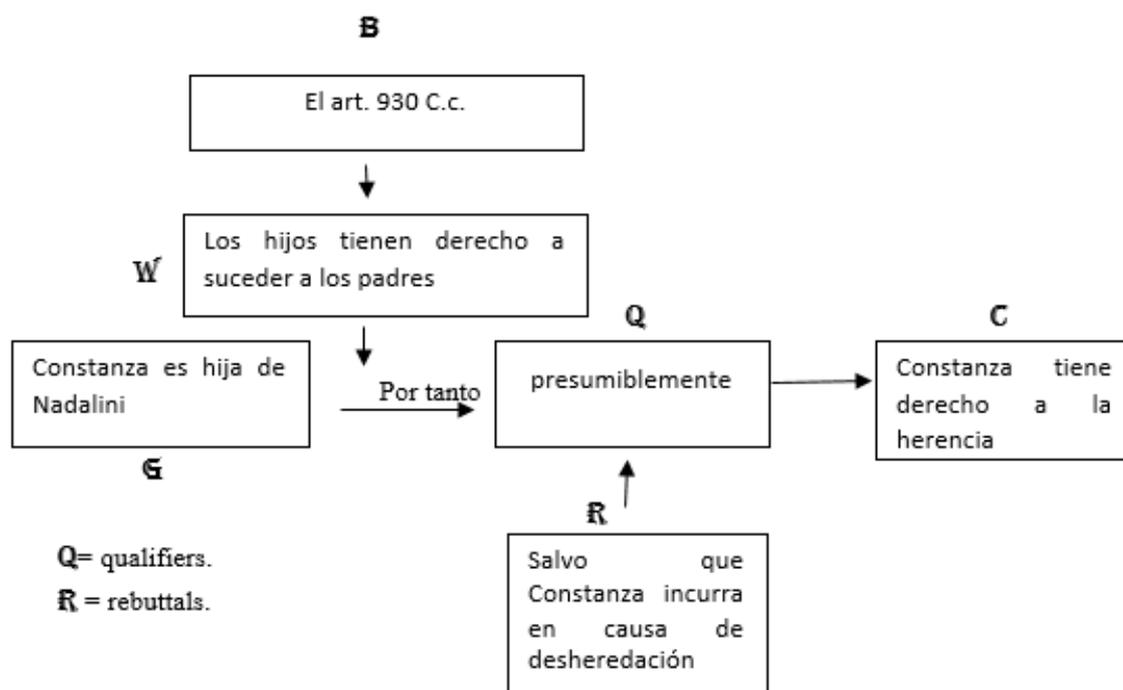


Figura 2. Probabilidades y refutación.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

El profesor inglés elaboró una “clasificación de argumentos” (Atienza, 1991: 109 - 111), en el que incluye la distinción entre argumentos analíticos y substanciales, argumentos formalmente válidos y formalmente no válidos, argumentos que utilizan una garantía y argumentos que establecen una garantía, argumentos deductivos e inductivos y argumentos concluyentes y no concluyentes, no obstante, más adelante en su publicación denominada *An Introduction to reasoning* obvia las citadas distinciones, quedándose con la división de argumentos formales (lo único que interesa es su estructura interna, a saber, si las conexiones entre los diversos enunciados son o no impecables, entendiendo al argumento como una cadena formal de proposiciones) y no formales (se interesa por la estructura interna y prioritariamente por la relevancia externa –argumentos que se realizan en la práctica-), que en buena cuenta podría considerarse como una reelaboración de la distinción entre argumentos

analíticos (paso de enunciados a la conclusión) y substanciales (argumentos efectuados en la práctica).

2.7. TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.7.1. Neil Maccormick y la Teoría integradora de la argumentación

Jurídica

a. Teoría estándar de la argumentación jurídica

La tónica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin tienen un punto en común y es el rechazo del modelo de la lógica deductiva; los citados autores demuestran que la concepción lógico deductiva tiene sus límites; y a partir de tal situación pretenden reconstruir la argumentación jurídica, lo que es equivocado y de muy escaso valor.

Las teorías que anteceden al presente capítulo no pueden ser teorías satisfactorias de la argumentación jurídica por ser insuficientemente complejas y desarrolladas; sin embargo, tienen la virtud de haber aperturado un nuevo campo de investigación, esto es, de haber servido como precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica.

Actualmente la argumentación en general y la argumentación jurídica poseen un gran desarrollo, pues específicamente la argumentación jurídica se constituye como principal centro de interés de la actual teoría y filosofía del Derecho. De esa forma la teoría de la argumentación jurídica resulta ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico.

Existen dos teorías que en los tiempos contemporáneos han alcanzado gran difusión y han sido muy discutidas, y se las cataloga como teoría estándar de la argumentación jurídica; existen también otras teorías que han conocido una importante difusión como de Aulis Aunio (1097) y Aleksander Peczenick.

MacCormick –*su tradición reposa en Hume, Hart y la tradición del common law inglesa y escocesa-* y Alexy –*su tradición reposa en Kant, Habermas (1989) y la ciencia jurídica alemana-* provienen de tradiciones filosóficas muy distintas que llegan a formular concepciones de la argumentación jurídica semejantes.

b. Argumentación práctica y argumentación jurídica

La tesis de MacCormick se encuentra expuesta en *Legal Reasoning and Legal Theory* de 1978, la cual destaca por ser sencilla, clara e integradora, pues MacCormick armoniza la razón práctica Kantiana con el escepticismo humeano, precisamente de demostrar que una teoría de la razón práctica debe ser complementada con una teoría de las pasiones, de construir una teoría que sea descriptiva como normativa, que dé cuenta de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se situó a la mitad del camino, es decir, entre una teoría del Derecho ultraracionalista –Dworkin con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta a cada caso- y una irracionalista -como indica Ross las decisiones jurídicas son arbitrarias, son un producto de la voluntad, no la razón-.

Para MacCormick tanto la argumentación práctica en general como la argumentación jurídica en particular cumplen la función de justificación, la cual está presente cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, ya que, la única manera de persuadir se da cuando los argumentos se encuentran justificados. Ahora bien, en el caso de la argumentación jurídica si son conformes con los hechos establecidos y con las normas vigentes.

El jurista profesional parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y ubica su elaboración teórica en la segunda, lo que no implica que su teoría sea únicamente prescriptiva sino, al mismo tiempo, es descriptiva; demuestra bajo qué condiciones una decisión jurídica puede considerarse justificada, sino que pretende que las decisiones jurídicas se justifican de acuerdo con el precitado modelo, de forma que, su teoría consistiría en la formulación de una serie de hipótesis falsables.

MacCormick toma como objeto de estudio las decisiones publicadas de los tribunales de justicia británicos (de Inglaterra y de Escocia), el estilo de los jueces presentan dos ventajas: la primera es que las decisiones se toman por mayoría simple y cada juez tiene que escribir su fallo, lo que resulta beneficioso pues hace que aparezcan más claramente las diversas soluciones posibles para cada caso difícil; y la segunda ventaja, es que la ausencia de una carrera judicial hace que los jueces se recluten entre los propios abogados, lo que acarrea a que ellos asuman un estilo menos impersonal y que refleja con más intensidad el hecho de que la

argumentación jurídica es esencialmente una controversia (Maccormick, 1978: 8).

Justificar una decisión práctica significa necesariamente una referencia a premisas normativas, las mismas que según el jurista profesional no son el producto de una cadena de razonamiento lógico, lo que no significa que no se pueda dar ningún tipo de razón en favor de unos u otros principios normativos; se pueda dar, pero estas no son ya razones concluyentes sino razones que necesariamente importan una referencia a nuestra naturaleza afectiva que encierran una dimensión subjetiva.

c. Teoría integradora de la argumentación jurídica

MacCormick refiere que las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo, prueba de lo que asevera es el fallo del juez Lewis J. en el caso Daniels versus R. White and Sons and Tarbard (1938); el supuesto es que Daniels compra en una taberna a la señora Tarbard una limonada que luego resulto estar contaminada con ácido carbólico, lo que ocasionó perjuicio en la salud del señor Daniels y de su esposa: la venta fue lo que en el common law se denomina una “venta por descripción”, pues Daniels había pedido una botella de la marcar “R. White and Sons”. Precisamente ahora para el análisis del caso concreto, se entiende que en una venta que existe una condición implícita de que la mercancía vendida debe ser de calidad comercializable; quien incumple una tal condición tiene la obligación de responder por los danos y perjuicios ocasionados, de forma que, la señora Tarbard debe indemnizar a Daniels.

‘Para la solución del caso citado, MacCormick escribe el fallo en forma de una serie de “modus ponens” que versa de la siguiente forma:

$P \rightarrow q$ (1) si una persona transfiere la propiedad de sus mercancías a otra persona por una suma de dinero, entonces existe un contrato de venta de esas mercancías entre ambas partes, llamadas vendedor y comprador respectivamente.

P (2) En este caso, la señora Tarbard transfirió la propiedad de un bien –una botella de limonada- a otra persona –el señor Daniels- por una suma de dinero.

q (3) En este caso, se efectuó un contrato de venta de esa botella de limonada entre la parte vendedora y la parte compradora.

$Y \rightarrow z$ (16) Si un vendedor ha roto una condición de un contrato cuyo cumplimiento le fue remitido, entonces el comprador está autorizado para obtener del vendedor los daños y perjuicios equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor (el comprador tiene otros derechos que no viene aquí al caso).

Y (15) En este caso, la parte vendedora ha roto una condición del contrato, cuyo cumplimiento le había sido requerido.

Z (17) En este caso, el comprador está legitimado para obtener del vendedor los daños equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor.

MacCormick indica que lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal, esto es, la orden de un juez o de un tribunal condenado a una parte a pagar una cierta cantidad de dinero no es ya un producto lógico, aunque lo que justifique dicha decisión sea precisamente un razonamiento lógico – deductivo.

En última instancia, se puede constatar que la decisión del juez o la norma concreta en que se apoya no es lógica, pues significa condenar a la parte vendedora que en el caso en cuestión era completamente inocente –así lo entiende el juez en el propio fallo referido-, al mismo tiempo que absolver al fabricante de la limonada que al fin y al cabo habría sido el causante de la aparición del ácido carbónico, lo que plantea dos cuestiones de interés:

La primera cuestión; la expresión lógica se usa en dos sentidos, en un sentido técnico o lógica deductiva, el predicado “lógico” se usa en relación con los argumentos, con las inferencias; las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias; el otro sentido de “lógica” significa justa; entonces lo que se ha querido decir es que la decisión es inconsistente con directrices generales o con principios del Derecho, o que va en contra del sentido común. El razonamiento jurídico puede no ser lógico en el segundo sentido, pero sí en el primero; es decir, que una decisión jurídica tiene cuando menos que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa, en el sentido de que la primera es condición necesaria pero no suficiente para la justificación externa.

La segunda cuestión, es si el juez no condena al fabricante sino que lo absuelve no es porque considere que éste no es responsable, sino porque entiende que el actor no ha podido probar que lo fuera; es decir, no ha podido probar que el fabricante incumpliera con el criterio de “cuidado razonable” en el proceso de fabricación establecido en un famoso precedente: Donoghue versus Stevensons, de 1932. De acuerdo a MacCormick, la existencia de reglas de Derecho adjetivo que regulan la carga de la prueba pone de manifiesto la relevancia que tiene la lógica deductiva para la justificación de las decisiones jurídicas; la razón del caso es que una norma de la forma $p \rightarrow q$ (si se da el supuesto de hecho p , entonces deben seguirse las consecuencias jurídicas q) y un enunciado de la forma $\sim p$ (no es el caso o no ha sido probado p), no se sigue lógicamente nada. Para poder inferir $\sim q$, esto es, que no deben seguirse las consecuencias jurídicas q , que por lo tanto el fabricante debe ser absuelto, es necesario añadir una nueva premisa de la forma $\sim p \rightarrow \sim q$ (si no se da el supuesto de hecho p , entonces no deben darse las consecuencias jurídicas q), que justamente no es otra cosa que la regla de la prueba que el juez tomó en consideración en el fallo comentado.

d. Presupuestos y límites de la justificación deductiva. Casos fáciles y casos difíciles

La justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites; y, son los que se pasan a detallar:

Primer presupuesto; el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido; sin entrar en cuál sea la naturaleza de dicho deber, lo que

parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones subyacentes (De Paramo, 1988: 32) que justifican la obligación de los jueces como la certeza del Derecho, la división de poderes, etc; y que en ocasiones pesan más que el deber de hacer justicia.

Segundo presupuesto; el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

La justificación deductiva tiene sus límites, en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas. Además de los casos fáciles, como el caso Daniels, a los jueces se les puede presentar casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, de acuerdo a los problemas de interpretación de relevancia, de prueba o de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica; y son los que pasamos a enumerar:

1) Problema de interpretación

Se da cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura; ejemplo:

La *Race Relations Act* de 1968 prohíbe la discriminación en el Reino Unido sobre la base de color, raza, origen nacional o étnico, pero surgen dudas a propósito de si la prohibición cubre también un supuesto en que una autoridad local establece que sólo los nacionales británicos tiene derecho a obtener una vivienda protegida, es decir, que la norma podría interpretarse en el sentido de entender que discriminar por razón de origen

nacional -incluyendo la nacionalidad actual- es ilegal, o bien en el sentido que discriminar por razón de origen nacional –sin incluir la nacionalidad actual- es ilegal; esta última es la aceptada por la Cámara de los Lores en el caso *Ealing Borough Council v. Race Relations Board* (1972).

2) Problemas de relevancia

Proponen una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse una determinada norma, sino si existe una tal norma, aplicable al caso, verbigracia:

El caso *Donoghue v. Stevenson* en el que se discute si existe o no responsabilidad por parte de un fabricante de una bebida que por estar en mal estado, ocasiona daños en la salud del consumidor. Aunque cuando se decidió el caso no existía precedente vinculante, la mayoría de la Cámara de los Lores entendió que había una regla del Common law que obligaba al fabricante a indemnizar cuando éste no hubiese tenido un cuidado razonable –doctrina del “reasonable care” en el proceso de fabricación.

3) Problemas de prueba

Hace alusión al establecimiento de la premisa menor; probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente e inferir proposiciones sobre el pasado; de esa forma si se acepta que el testigo es honesto, su memoria confiable, etcétera; que la habitación del acusado y de la víctima eran contiguas y en ambas aparecieron manchas de sangre; que la cabeza y brazos de la víctima aparecieron en un paquete en el sótano del acusado; que el acusado y otra mujer tenían llave de la víctima;

de todo lo dicho se puede inferir que el acusado Louis Voisin, mató a la víctima Emilienne Gerard, tal afirmación no es una prueba de su verdad sino un test de coherencia, el hecho de que todas las piezas de la historia parecen ajustar bien y que no se ha vulnerado ninguna regla procesal de valoración de la prueba.

4) Problemas de calificación

Problemas de calificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios que se consideran probados, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma; verbigracia:

El caso MacLennan, donde el señor del mencionado apellido plantea una acción de divorcio sobre la base de que su esposa fue adúltera, y que dio a luz un hijo después de haber transcurrido once meses sin tener relaciones sexuales con él; la esposa admitió esto último pero negó que se tratara de un caso de adulterio, pues el hijo fue concebido utilizando técnicas de inseminación artificial, entonces queda sobre el tapete la siguiente pregunta ¿la técnicas de inseminación artificial se deben entender como causal de adulterio?.

e. Justificación en los casos difíciles. El requisito de universalidad

La tesis de MarcCormick (1978) que justificar una decisión en un caso difícil significa cumplir con el requisito de universalidad y que la

decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema –lo que significa, que se cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia- y en relación con el mundo –argumento consecuencialista-.

El requisito de universalidad está implícito en la justificación deductiva; se exige que para justificar una decisión normativa, se cuente con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial), por supuesto, cuando se justifica una determinada decisión, se tiene que ofrecer razones particulares en favor de la misma, pero todas las razones particulares no son suficientes, se necesita además de un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A,B,C debe tomarse la decisión D (De Paramo, 1988: 155). Ocurre lo mismo cuando queremos explicar científicamente un acontecimiento, pues importa mostrar sus causas y sostener alguna hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto. En este extremo al parecer se denota que MacCormick estaría reproduciendo el esquema de Toulmin, cuando manifiesta que en favor de una conclusión o pretensión hay que aducir no sólo razones concretas (los data o grounds), sino también la garantía (warrant) que permite el paso de las razones a la conclusión.

Aclara el jurista profesional que la universalidad no es lo mismo que generalidad, esto es, que una norma puede ser más específica que otra, pero ser igualmente universal, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico, que no tiene nada que ver con que una norma sea más o menos específica; por otro lado, la equidad se dirige contra el carácter general de las reglas no contra el principio de universalidad (MacCormick, 1987: 97),

por lo demás, se puede aplicar el principio de universalidad a los problemas de prueba.

f. Justificación de segundo nivel. Consistencia y coherencia

Surge la justificación de segundo nivel o justificación externa cuando queremos justificar la elección de una u otra norma general. Una hipótesis científica tiene que tener sentido en relación con el cuerpo existente del conocimiento científico y en relación con lo que ocurre en el mundo.

Las decisiones jurídicas deben tener sentido con el sistema jurídico y con el mundo –consecuencias de las decisiones-, y aunque la justificación de una decisión jurídica sea una cuestión abierta, también aquí cabe hablar de una cierta objetividad a la hora de preferir una u otra norma, unas u otras consecuencias (MacCormick, 1987: 103).

Una decisión debe tener sentido con el sistema significa que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia; la primera, cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. Esta exigencia se extiende a la premisa fáctica, el requisito de consistencia puede entenderse que deriva de la obligación de los jueces de no infringir el Derecho vigente y la obligación de ajustarse a la realidad en materia de prueba; la segunda, respecto a la coherencia se deben distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa.

Una (as) norma (s) es (son) coherente (s) si se subsume (n) bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables, para MacCormick principios y valores son equivalentes, pues entiende que

los valores son los estados de cosas que se consideran deseables, legítimos, valiosos; así el valor de la seguridad en el tráfico se corresponde con el principio de que la vida humana no debe ser puesta en peligro indebidamente por el tráfico rodado. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, puesto que, presupone la idea de que el Derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad al permitir considerar a las normas no aisladamente sino como conjuntos dotados de sentido, debido que promueve la certeza del Derecho, ya que, los ciudadanos no pueden conocer cabalmente el ordenamiento jurídico. La coherencia puede ser satisfecha por un Derecho nazi que parta como valor supremo de la pureza de la raza.

La coherencia normativa se basa en dos tipos de argumentos que son importantes en la resolución de casos difíciles: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. De acuerdo MacCormick los principios se caracterizan (Carrio, 1970: 40), por ser normas generales cumpliendo una función explicativa –aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas-; y porque tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación –si una norma puede subsumirse bajo un principio, eso significa que es valiosa- (MacCormick, 1978: 45); en conclusión la diferencia entre las reglas y los principios es que las reglas tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable; mientras que los principios expresan el fin a alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta. Los principios son sumamente necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero

un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en una norma obligatoria.

Argumentar en base a principios y por analogía no son cosas distintas, la analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito de principios, la analogía presupone la coherencia del Derecho e implica un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran sino se construyen.

g. Argumentos consecuencialistas

Una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema sino también en relación con el mundo. La argumentación jurídica dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia es esencialmente una argumentación consecuencialista.

Cabe distinguir entre resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, se podría decir que forma parte del propio concepto de acción. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado, a su vez se tiene que distinguir entre consecuencias conectadas casualmente con el resultado y otras consecuencias remotas que no están conectadas casualmente con la acción. El hecho de establecer cuáles sean las consecuencias de una decisión no es sólo extraordinariamente difícil sino que en general no suele jugar un papel importante en la justificación de las decisiones con la excepción de algunas áreas del Derecho donde es frecuente que se tengan en cuenta las decisiones judiciales para actuar en el futuro. Lo que

realmente importa son las consecuencias y el sentido de implicaciones lógicas, es decir, que los argumentos consecuencialistas son hipotéticos pero no probabilistas, a este tipo de consecuencias las denomina consecuencias jurídicas, las que se evalúan con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la conveniencia pública, etcétera.

h. Tesis de la única respuesta correcta. Los límites de la racionalidad práctica

MacCormick formula el aserto de que no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta. El jurista profesional defiende en la teoría el Derecho y la argumentación jurídica, una vía intermedia entre el irracionalismo de un Ross y el ultraracionalismo de un Dworkin, pero lo que le interesa saber es mostrar cuáles son sus diferencias con Dworkin y, en particular, hasta qué punto está justificada la crítica de este último a Hart y al positivismo jurídico.

La crítica de Dworkin a Hart como lo entiende MacCormick (MacCormick, 1978: 126) se condensa en cuatro puntos:

- 1) Hart no da cuenta del papel de los principios en el proceso de la aplicación del Derecho.
- 2) Los principios no podrían identificarse a través de la regla de reconocimiento que en la caracterización del Derecho de Hart cumple el papel de indicar cuales son las normas que pertenecen al sistema.

3) La teoría de las normas sociales en que se basa la noción de regla de reconocimiento es insostenible.

4) Hart caracteriza mal la discreción judicial al suponer que en los casos difíciles los jueces actúan como cuasileisladores y ejerce una discreción fuerte.

2.7.2. Robert Alexy y la argumentación jurídica como discurso racional

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en su *Theorie der juristischen argumentation. Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begrundung*, obra que coincide con la de MacCormick; se puede afirmar que ambos han recorrido el mismo camino, pero en sentidos opuestos. MacCormick parte de las justificaciones de las instancias judiciales para elaborar una teoría de la argumentación jurídica que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. En cambio, Alexy parte de una argumentación práctica general que deviene posteriormente en el Derecho, su planteamiento central es considerar al discurso jurídico o a la argumentación jurídica como un caso especial del “discurso práctico general”. Tanto MacCormick como Alexy no pretendieron crear una teoría normativa de la argumentación jurídica, que posibilite la diferencia entre buenos y malos argumentos, sino una teoría analítica (se penetra en la estructura de los argumentos) y descriptiva (se incorporan elementos de tipo empírico). Alexy para elaborar una teoría del discurso práctico racional general y luego una teoría de la argumentación jurídica utiliza las siguientes fuentes:

- Teorías de la ética analítica de Toulmin, Hare y Baier.
- Teoría del discurso de Habermas.
- Teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlangen.
- Teoría de la argumentación de Perelman.

La teoría de Alexy (1997) importa una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiana en el campo del Derecho.

i. Teoría del Discurso de Habermas

Habermas, Toulmin y Perelman utilizan un concepto amplio de razón, lo que le permite a Habermas (1987) afirmar que las cuestiones prácticas pueden ser decididas racionalmente. Habermas sostiene que no se puede desterrar a la argumentación práctica de la racionalidad y que así el resultado del discurso práctico puede ser un resultado racionalmente motivado, es decir, que *“las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de éste término”* (Atienza, 1991: 179). El sentido lato de verdad es utilizado en su teoría consensual de la verdad, el cual, es contraria a la teoría de verdad como correspondencia, lo que quiere decir, que se centra en que la verdad es entendida como una correspondencia entre enunciados y hechos. Habermas (1998) sostuvo que *“sólo puedo (...) atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que pudiera entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto (...). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás”*, es decir, que el nivel cultural del emisor y receptor debe ser idéntico para llegar a consensos, puesto

que, los contenidos de las categorías conceptuales de ambos serán los mismos (Maccarthy, 1987).

En un *sentido amplio* los enunciados normativos serían descriptivos, susceptibles de verdad. En un *sentido estricto* los enunciados normativos no serían exactamente verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. En relación con las teorías sobre la verdad, Habermas (1989) traslada desde el nivel semántico (la verdad en el sentido de las proposiciones o de las normas) al nivel pragmático (la verdad relacionada a las afirmaciones, promesas, mandatos, etc). El fundamento de la teoría de Habermas es una pragmática universal que construye los presupuestos racionales del uso del lenguaje.

En todo acto de habla que está dirigido a la comprensión mutua mediante afirmaciones, promesas, mandatos, el hablante o emisor crea una pretensión de validez, de modo que, lo dicho por él es válido o verdadero según los tipo de acto de habla. Existen tipos de “actos de habla” que a continuación se verifican:

- Actos de habla constatativos (el hablante pretende que su enunciado es verdadero): afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar.
- Actos de habla regulativos (lo mandado, exigido es correcto): mandatos, exigencias, amonestaciones, excusas, recomendaciones, consejos.
- Actos de habla representativos (lo que se expresa es sincero o veraz): revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar.
- Actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o un acuerdo) se presupone el reconocimiento de cuatro pretensiones de validez:

Cuadro 4. Diálogo

Hablante – Oyente
El hablante tiene que elegir una <i>expresión inteligible</i> para el hablante y el oyente puedan <i>entenderse entre sí</i> .
El hablante tiene que tener la <i>intención de comunicar</i> un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda <i>compartir el saber</i> del hablante.
El hablante tiene que querer manifestar sus <i>intenciones verazmente</i> para que el oyente pueda <i>creer</i> en sus emisiones.
El hablante tiene que elegir una <i>emisión correcta</i> en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de esa forma, hablante y oyente puedan <i>coincidir entre sí</i> , en lo que se refiere al aspecto normativo.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

Existen pretensiones de validez que se relacionan con cada acto de habla, dichas pretensiones pueden ser problematizadas y cuando se problematizan las “pretensiones”³ de verdad o de corrección, entonces acontece el paso de la acción –acción comunicativa- al discurso. Existen dos tipos de discurso: el *discurso teórico* en cuyo contexto el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar que sus aserciones son

³ Existen otros tipos de pretensiones: la pretensión de inteligibilidad, que es condición pero no objeto de la comunicación; y, la pretensión de veracidad no se resuelve discursivamente, ya que, un hablante es o no sincero sólo puede reconocerse en sus acciones.

verdaderas; y, el *discurso práctico* en el que una determinada acción o norma de acción es correcta.

Habermas define a la argumentación, el discurso, como una serie de actos de habla o un tipo de interacción, de comunicación y no como una serie o encadenamiento de proposiciones. Conceptualiza al discurso como “*forma peculiar improbable de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la coacción no coactiva del mejor argumento con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no de las pretensiones no problemáticas*” (Atienza, 1991: 182), esto significa, que tal acuerdo es un consenso racional como resultado del peso de las evidencias y de la fuerza de la argumentación. El acuerdo es válido para todos los sujetos racionales que se encuentran en total libertad y simetría de oportunidades de elegir y ejecutar los actos de habla entre todos los participantes. La argumentación, el discurso, es una situación ideal de habla o de diálogo.

ii. La Teoría del Discurso como teoría procedimental

La teoría del discurso racional es una teoría procedimental que involucra a individuos, exigencias y proceso de decisión. a) La teoría de discurso se caracteriza porque participan un número ilimitado de individuos; b) Alexy (2005) incluye reglas y formas de argumentos; y, c) la teoría del discurso se caracteriza porque las convicciones fácticas y normativas pueden ser modificadas según la presentación de argumentos presentados en el procedimiento.

iii. **Las reglas y formas del discurso del discurso práctico general**

a) **Las reglas fundamentales.-** El primer grupo de reglas del discurso práctico racional son reglas fundamentales, cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística. Las reglas son de no contradicción, sinceridad, universalidad y uso común del lenguaje.

b) **Las reglas de la razón.-** El segundo grupo de reglas, que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso, son: la regla general de fundamentación, igualdad de derechos, universalidad y no coerción.

c) **Las reglas sobre la carga de la argumentación.-** El tercer grupo de reglas son de carácter esencialmente técnico, busca es facilitar la argumentación.

d) **Las formas de los argumentos.-** Alexy manifiesta que hay dos formas de argumentar un enunciado normativo singular: por referencia a una regla (supuesto de hecho) o señalando las consecuencias de la misma. Se incluye el esquema básico de Toulmin.

e) **Las reglas de fundamentación.-** referidas a las características de la argumentación práctica y regulan cómo llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Alexy formula tres variantes del principio de universalidad, que se vincula con las concepciones de Hare –*principio de intercambio de roles*-, Habermas –*principio de consenso*- y Baier –*principio de publicidad*-. El segundo grupo de reglas de fundamentación (la primera inspirada en ideas Hegeliano – Marxista y la segunda en Freud) tienen la finalidad de

garantizar la racionalidad de las reglas por medio de su génesis social e individual.

f) **Las reglas de transición.-** Se parte de que en el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso; puede tratarse de problemas sobre hechos (discurso teórico), de problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje) o de cuestiones concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso).

iv. **Los límites del discurso práctico general**

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica debido a que algunas de las reglas del discurso pueden cumplirse de forma aproximada, no todos los pasos de la argumentación están determinados y todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes (Alexy, 2003).

Alcanzado un acuerdo, no significa que todos estarían dispuestos a seguirlo, lo que descansa en la distinción que Alexy toma de Kant entre la formación del juicio y la formación de la voluntad, lo que significa, que saber lo que es correcto no significa que se esté dispuesto a actuar en ese sentido.

Los dos puntos precedentes constituyen la limitación de las reglas del discurso práctico, que hacen posible que se pueda crear un sistema jurídico que sirva para cerrar la citada laguna de racionalidad.

El Derecho resulta justificado discursivamente, en su dimensión normativa (reglas y principios) como conjunto de normas que hacen que aumente la resolución de cuestiones prácticas y en su dimensión coactiva, donde las normas se imponen a quienes no están dispuestos a cumplirlas (Alexy, 2011).

Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos:

Cuadro 5. Procedimientos jurídicos

Procedimiento jurídico	Fundamento
Creación estatal de normas jurídicas	El establecimiento de normas jurídico positivas tiene el sentido de seleccionar algunas de las normas del discurso práctico, empero, ningún sistema de normas puede garantizar que todos los casos prácticos puedan resolverse a través de la lógica, mediante las normas vigentes y hechos, pues las razones son la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posible, por eso, resulta justificado el siguiente procedimiento.
Argumentación jurídica o	El discurso jurídico tiene sus límites, lo cual es reflejado cuando no proporciona una única respuesta

discurso jurídico	correcta para cada caso, de esa forma, necesitamos otro procedimiento que a continuación se presenta.
Proceso judicial	Después de terminar este último procedimiento, queda una sola respuesta de entre las discursivamente posibles.

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

El procedimiento de creación de normas y el proceso judicial tienen carácter institucionalizado, en otras palabras, están regulados por normas jurídicas para llegar a un resultado definitivo y obligatorio.

Alexy distingue entre argumentación jurídica en sentido estricto y amplio; el primero, se caracteriza porque se desarrolla en el contexto del segundo procedimiento y que sería la de la dogmática jurídica; y, el segundo sentido, incluye la argumentación legislativa, la argumentación del juez, la de las partes en el proceso, la de la opinión pública.

v. La teoría de la argumentación jurídica

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, permitiendo discutir cuestiones prácticas, se construye una pretensión de corrección (un ejemplo sería la pretensión de justicia). En el discurso jurídico no se pretende sostener que una pretensión o “claim”⁴ es

⁴ Término utilizado por Toulmin.

racional en forma automática, sino que debe ser justificada en forma racional de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. Si hablamos de procedimientos, el procedimiento del discurso jurídico se define por las reglas y formas del discurso práctico general, y por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que de forma sintética expresan la aplicación de la ley, precedentes vinculantes y dogmática jurídica. Se puede diferenciar dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, se trata de la justificación interna y externa, cada cual, concibe reglas y formas del discurso jurídico.

a) Reglas y formas de la justificación interna

En la fundamentación de una decisión jurídica debe aplicarse por lo menos una norma universal y otras proposiciones, sin embargo, para los casos complicados no basta la inferencia deductiva, se establecen diversos “pasos de desarrollo”⁵ de forma que la aplicación de la norma al caso no genere discusión.

b) Reglas y formas de la justificación externa

La justificación externa es la justificación de las premisas, las mismas que pueden ser tres:

- Reglas de Derecho positivo cuya justificación consiste en mostrar su validez en atención a los criterios del sistema.

⁵ Verbigracia citado por Atienza en su libro Razones del Derecho:

- Quien comete un asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.
- Quien mata alevosamente, comete un delito.
- Quien mata alevosamente, comete un asesinato.
- Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
- Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
- X mató a Y mientras este último estaba dormido.
- A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

- Enunciados empíricos, que se justifican con los métodos de las ciencias empíricas, máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba.
- Reformulaciones de normas.

Alexy diferencia seis grupos de reglas y formas de la justificación externa:

- 1) Interpretación
- 2) Argumentación dogmática
- 3) Uso de los precedentes
- 4) Argumentación práctica general
- 5) Argumentación empírica
- 6) Formas especiales de argumentos

b.1) Reglas y formas de la interpretación

Alexy elabora formas de la interpretación semántica, genética y teleológica.

- Interpretación semántica: ofrece tres formas de argumentos, según que se usen para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible.
- Interpretación genética: se justifica una interpretación R de R', porque se corresponde con la voluntad del legislador.
- Interpretación teleológica: se pretende alcanzar un fin objetivo, que se fundamenta de acuerdo a una norma o un conjunto de normas.

b.2) reglas de la argumentación dogmática⁶

⁶ Se formulan de la siguiente forma:

- Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

Alexy resalta la importancia de la dogmática jurídica como característica de la argumentación jurídica y que es entendida como una serie de enunciados que se refieren a normas y a la aplicación del Derecho, tales enunciados están en una relación de coherencia y contenido normativo. Alexy tiene una concepción positiva de la dogmática jurídica, pues le atribuye las siguientes funciones:

- Estabilización: ciertas formas de decisión se perpetúan en los periodos de tiempo.
- Progreso: amplía la discusión jurídica en su dimensión temporal, personal y objetual.
- Descarga: no se discute todo en cada oportunidad.
- Técnica: constituye información clasificada para ser enseñada y transmitida cuando ésta se presenta en forma unificada y sistematizada.
- Control: decidir casos con los ya decididos y por decidir, incrementa el principio de universalidad y de justicia.
- Heurística: las dogmáticas poseen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas.

Por otro lado, Alexy formula reglas de la argumentación dogmática, referidas a la:

-
- Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
 - Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

- Necesidad de fundamentar los enunciados dogmáticos en enunciados prácticos de tipo general.
- Posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados sistemáticamente en sentido estricto (el enunciado debe ajustarse a los enunciados dogmáticos aceptados y a las normas jurídicas vigentes) y amplio (se ve si son compatible entre si -según puntos de vista prácticos de tipo general-, los enunciados dogmáticos y normas jurídicas, los cuales ayudan a fundamentar decisiones).
- Necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, ya que, no contradicen los principios de la teoría del discurso y que es un tipo de argumentación del discurso jurídico.

b.3) reglas sobre el uso de los precedentes

El uso del precedente importa la aplicación de una norma, lo que significa la extensión del principio de universalidad. La aplicación de precedente no es obligatoria, por tanto, el apartarse del mismo significa que se debe afrontar una carga argumentativa de alto nivel. Las reglas del uso del precedente son:

- Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.
- Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

b.4) formas de argumentos jurídicos especiales

Los argumentos jurídicos especiales son el argumento e contrario, la analogía y la reducción al absurdo. La regla a aplicarse para estos argumentos es:

- Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

vi. Límites del discurso jurídico. El Derecho como sistema de normas y de procedimientos

El discurso jurídico tiene límites, esto es, que se arriba a una solución racional respetando reglas, sin embargo, el cumplimiento de reglas no garantizan que en cada caso se pueda obtener una única respuesta correcta. Cuando varios participantes tienen a la vista un caso, las reglas del discurso jurídico permiten que ellos puedan llegar a soluciones incompatibles pero racionales; así inmediatamente surge la pregunta de por qué ocurre lo descrito, evidentemente se debe: a) el discurso se desarrolla desde las convicciones fácticas de los participantes; b) todos los pasos de la argumentación no están determinados; c) algunas de las reglas del discurso pueden ser satisfechas de forma aproximada; lo que demuestra que al darse un discurso ideal no se asegura que el discurso práctico permita alcanzar siempre un consenso o una única respuesta, teniendo en cuenta que el discurso ideal se da cuando se cumplen completamente con las reglas (tiempo ilimitado, participación ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios). Más aún, si existen

diferencias antropológicas entre los participantes que pueden frenar el discurso y excluir el consenso.

La pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico es una pretensión limitada (se efectúa de acuerdo a la ley, dogmática y precedentes) y relativa a los participantes (el resultado depende de las convicciones normativas con los que cuentan), usualmente el procedimiento no puede ser realizado en la práctica. Frente a dicha realidad, Alexy afirma que en absoluto se desacredita la teoría del discurso, por las siguientes razones:

- Resulta posible discursivamente la existencia de diversas respuestas, pero no todas son posibles. El procedimiento discursivo pone límites. No existe una única respuesta correcta, pues sostener lo contrario, es sostener una teoría fuerte de los principios, que contendría todos los principios del sistema jurídico; y, relaciones abstractas y concretas de ellos, para así, determinar unívocamente la decisión en cada caso. Alexy manifiesta que sólo se puede defender una teoría débil de los principios sin entenderlos como un catálogo de topoi.
- El punto de partida de una discusión está constituida por las convicciones de los participantes fácticamente existentes. La teoría del discurso es un procedimiento para su tratamiento racional. Una convicción normativa relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional.
- Los resultados pueden ser modificados en el tiempo, lo que es positivo pues se pueden eliminar deficiencias acaecidas en un tiempo anterior. Si

bien es cierto que el procedimiento no pueda realizarse en la mayoría de los casos, pero si se puede elaborar mentalmente.

Alexy refiere que una teoría de la argumentación jurídica se materializa en un contexto de una teoría general del Estado y del Derecho. La teoría del Derecho tendría que ser capaz de ligar el sistema jurídico como sistema de procedimientos y el sistema jurídico como sistema de normas.

Cuadro 6. Procedimientos y Normas

Sistema de Procedimientos o lado activo	Sistema de Normas o lado pasivo
Discurso práctico general	Reglas
Creación estatal del Derecho	Principios
Discurso jurídico	
Proceso judicial	

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

Alexy diferencia a las reglas de los principios como una distinción de tipo cualitativo o conceptual y no de grado.

Cuadro 7. Reglas y Principios

Reglas	Principios
Son normas que exigen un cumplimiento pleno, por tanto, pueden ser cumplidas o incumplidas.	Son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.
Si una regla es válida entonces es obligatorio lo que ordena.	Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser

<p>Las reglas contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.</p> <p>La aplicación de las reglas es a través de la subsunción.</p>	<p>cumplidos en diversos grados.</p> <p>La aplicación de los principios es a través de la ponderación.</p>
---	--

Fuente: Razones del Derecho de Manuel Atienza.

No es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, no obstante, cabe crear un orden débil, que consta de tres elementos:

- a) Sistema de condiciones de prioridad: cuando un principio prevalece sobre otro se configuran las condiciones del estado de prevalencia, por ello, nace el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio que logro prevalecer, esto significa, que rige el principio de universalidad.
- b) Sistema de estructuras de ponderación, que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con la posibilidad fáctica y jurídica. Con relación a las posibilidades fácticas, se formulan dos reglas que expresan el principio de optimalidad de Pareto que permiten el paso del campo de la subsunción e interpretación al campo de la decisión racional. Respecto a las posibilidades jurídicas, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en la ley de ponderación.
- c) Sistema de prioridades *prima facie*: cuando un principio prevalece sobre otro se configura una prioridad establecida para el futuro, pero esa

prioridad puede ser modificada y, si es así, entonces quien lo haga debe asumir la carga de la prueba.

Alexy plantea un modelo –de racionalidad- del Derecho en tres niveles (reglas, principios y procedimientos) que no permite obtener siempre una única respuesta correcta para cada caso, empero dicho modelo nos lleva a un mayor grado de racionalidad práctica, siendo incorporado en el Derecho moderno, específicamente en el Derecho de un Estado democrático y constitucional. Para Alexy el Derecho contiene una dimensión ideal o pretensión de corrección que plantean las normas y las decisiones jurídicas. La pretensión de corrección posee un carácter relativo y un carácter absoluto; lo que lo lleva a Alexy a no abandonar de forma absoluta la tesis de la única respuesta correcta.

2.8. NUEVA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.8.1. Manuel Atienza Rodríguez

a. Concepción formal

- Lógica formal

La lógica formal se ve como un aspecto de la argumentación que se da en otras prácticas. Es preciso anotar que si la concepción formal de los argumentos es importante para la práctica jurídica, no es porque el Derecho sea una parcela de la lógica, sino porque la argumentación jurídica presenta una dimensión formal y el análisis lógico resulta de interés.

La lógica es una disciplina polémica y compleja, para fijar su naturaleza no es una cuestión asimétrica todo lo contrario, tampoco se puede decir

que existe una sola lógica sino varias lógicas (Hacck, 1982: 24): lógica tradicional; lógica clásica o lógica deductiva estándar; lógicas que son una extensión de la anterior como las lógicas modales, las lógicas deónticas o las lógicas temporales; lógicas que divergen de la lógica estándar, como las lógicas plurivalentes, paraconsistentes, intuicionistas, no monótomas o relevantes; lógicas inductivas, etc.

Ahora bien, sabiendo que existe una pluralidad de lógicas, también es pertinente indicar que todas las lógicas tienen algo en común y justamente es el estudio formal de los razonamientos y de las inferencias, punto importante para diferenciarse de otras disciplinas que estudian los argumentos y otros de sus aspectos: lingüística, psicología, retórica, inteligencia artificial o el Derecho.

Lo dicho sobre “algo en común” de todas las lógicas, no resulta completamente satisfactorio, por las siguientes razones; primero, porque la ciencia lógica incluye no sólo la teoría de la inferencia, sino también el estudio de las propiedades matemáticas de ciertos sistemas formales; así como el estudio de las teorías de los modelos (Quesada, 1985: 2); segundo, porque no todos los lógicos aceptan que el estudio de su disciplina deba restringirse a los aspectos formales de los argumentos: y, tercero, porque hay un uso relativamente extendido, *y no hay ninguna razón sólida para apartarse del mismo*, que viene a identificar el análisis lógico con el análisis conceptual sin más: lo característico de la lógica no sería centrarse en los aspectos formales; ejemplo: en el campo del Derecho o en el de la argumentación jurídica.

Las razones precitadas constituyen punto fundamental para afirmar que no se puede identificar sin más la concepción formal de la argumentación con la concepción de la lógica.

No se puede dejar de afirmar que la lógica deductiva estándar -de proposiciones y predicados- constituye el núcleo de la concepción formal; conviene aclarar en qué sentido es formal la lógica (la lógica deductiva estándar) y que hay que entender por análisis o consideración formal de los argumentos.

La inferencia no es el único objeto de la lógica, se puede decir que la inferencia ha constituido tema central desde la época de Aristóteles.

La lógica formal no se interesa por el estudio de las premisas o de la conclusión considerados como enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, tampoco estudia el efecto que se trata de obtener con la argumentación: persuadir a otra persona, salir ganador en un debate, etc; a la lógica formal le interesa el paso de las premisas a la conclusión, por la relación de inferencia. Para explicar esto Gibourg (Echave, Urquijo y Guiborg, 1999: 19) ha acudido al símil de la aritmética: en general no tiene sentido discutir los precios en un restaurant, pero sí que lo tiene repasar la suma; la lógica nos permite hacer algo semejante con los argumentos: comprobar que no existen errores en el paso de las premisas a la conclusión, que con independencia de qué sea lo que pensamos de las premisas (del precio y de la cantidad de los platos), la conclusión se desprende de ellas (la suma total es correcta).

Resulta claro que aunque la corrección de la inferencia –de la suma- puede verse en algún sentido como una razón para aceptar la conclusión –para que estemos dispuestos a pagar la cuenta-, es una razón que puede ser derrotada por otras: uno puede aceptar que la inferencia es correcta –que la suma está bien hecha- y sin embargo no aceptar la conclusión (no estar dispuesto a pagar): es más, la noción de inferencia lógica no podría presentarse tampoco diciendo que si un argumento es deductivamente válido, entonces si aceptamos las premisas estamos obligados a aceptar también la conclusión; lo que caracteriza a la relación lógica de inferencia es algo más abstracto que estar obligado (moral o psicológicamente) a hacer algo o aceptar algo.

Strawson caracteriza a la lógica como el estudio de las inferencias desde una perspectiva formal, general y sistemática. General quiere decir que lo que interesa al lógico son las clases de inferencia y no argumentos como “todos los hombres son mortales, Sócrates es hombre, por lo tanto, Sócrates es mortal”; o “todos los ladrones deben ser castigados, Juan es un ladrón, por lo tanto, Juan debe ser castigado” (Strawson, 1969: 120); es decir, que lo que le interesa es toda la clase de argumentos que obedecen a un mismo esquema, como satisfacer la regla de *modus ponens*. Formal; se ocupa de las inferencias haciendo abstracción del significado concreto de los enunciados y del contexto en que han sido emitidos, se tiene que saber que los lógicos no se interesarían por inferencias como: “si alguien es soltero, entonces eso implica que no es casado”, porque esa inferencia aun siendo general no es formal: su validez depende de los términos casado y soltero; a diferencia lo que ocurre con “si alguien es soltero y ama

la música, entonces eso implica que ama la música”: la validez depende de la forma lógica, pudiéndose prescindir por completo del significado de las palabras “soltero” o “ama la música”.

En el primer caso la validez o la verdad de la proposición “si alguien es soltero entonces no es casado” depende de reglas semánticas concernientes al significado de las palabras; en el segundo caso depende de reglas lógicas, de una regla que podría expresarse así: “A y B, por lo tanto, B” (en ambos casos se trata de verdades analíticas no dependientes de la experiencia, pero en el segundo caso tendríamos una verdad formal).

Sistemática; quiere decir que la lógica trata de presentar de una manera organizada el estudio de los aspectos generales y formales de los argumentos; por ejemplo, puede hacerlo de una manera axiomática, o como un sistema de reglas de inferencia, éste segundo método de presentación de la lógica es el que más se aproxima a la manera como la gente argumenta y que permite mostrar que a partir de unas pocas reglas de inferencia puede darse cuenta de todas las demás.

Para Manuel Atienza “formal” significa abstracto y que abstraer significa separar o no tomar en cuenta ciertos aspectos de una realidad que se trata de estudiar. Es preciso diferenciar los grados y tipos de abstracción. Uno de ellos sería la generalización, es decir, el tipo de abstracción consistente en separar de un objeto o de una clase de objetos, aquellos elementos que podrían considerarse individuales o particulares, propio de cada ejemplar, para quedarse únicamente con lo que pertenece a la clase, al género. Por ejemplo: “si alguien es soltero, eso implica que

no es casado”. Existe un tipo de abstracción más radical, la formalización que consiste en prescindir no de lo específico o singular frente a lo general sino también del significado concreto de las expresiones usadas (que viene dado por reglas semánticas) y del significado contextual (determinado por reglas pragmáticas) que depende de circunstancias como quien ha realizado la emisión correspondiente, con qué propósito, en qué ocasión, etc. La forma de una frase o de una inferencia sería lo que queda una vez que se suprimen esos elementos.

“Si alguien es soltero y ama la música, eso implica que ama la música”, puede ser representado de la siguiente forma:

$P \wedge q$ = enunciado compuesto por la conjunción de otros dos enunciados simples

P = enunciado que es la afirmación del segundo de ellos.

Argumentos, escritos en el lenguaje de la lógica proposicional, es la aplicación de la regla *modus ponens* que puede escribirse en el correspondiente metalenguaje:

$P \rightarrow q$

P _____

q

Jaap Hage, cita un ejemplo escrito en lenguaje natural:

- Todos los ladrones deben ser castigados
- Jhon es un ladrón

- Por lo tanto, Jhon debe ser castigado

Si el argumento lo escribimos en la notación de la lógica de proposiciones quedaría de la siguiente manera:

P

Q

R

Lo que no sería válido, pero en la lógica de predicados de primer orden sería:

$(x)Px \rightarrow Qx$

Pj

Qj

De manera que si se acepta este otro formalismo, sería un argumento válido.

Hage tiene razón cuando indica que la forma de un enunciado es relativa al formalismo lógico que se emplea y cuando manifiesta que la distinción entre formal y no formal se da como un continuo y debe relativizarse. Para Hage la lógica es “aquella parte de la visión del mundo a la que menos dispuesto estamos a renunciar si la visión del mundo es menos coherente de lo que nos parece aceptable” (Hage, 2001: 352).

El primer ejemplo no parece captar bien lo que es la forma del argumento en cuestión, pues la validez de su contenido se perdería si

tradujéramos el argumento, de la manera como se ha hecho, a términos de lógica proposicional. Es decir, existen diversos formalismos lógicos para expresar cada uno de los argumentos del lenguaje natural, pero disponemos de algún criterio para optar por uno y otro –por ejemplo: nuestras intuiciones-. Y justamente en este punto surge un tema realmente importante: la incapacidad de la lógica formal (de los lenguajes formalizados de la lógica) para reflejar toda la riqueza de los lenguajes naturales.

Respecto a los argumentos que se expresan directamente en un lenguaje formal, la argumentación que surge para dar respuesta a un problema estrictamente formal (argumentos de la lógica o de la matemática), eso no plantea ninguna dificultad.

Lo que no ocurre con la argumentación jurídica y con la argumentación de la vida cotidiana, frente a ellos la lógica formal viene a ser una idealización que suministra esquemas para trasladar a su lenguaje esos argumentos y así poder analizarlos. Pero se trata de un modelo que no es plenamente satisfactorio. Para entender se ejemplifica de la siguiente manera: la conjunción “y” tiene en castellano un sentido de sucesión temporal y de conexión que no capta el símbolo de conjunción en la lógica (\wedge); eso hace que la traducción en términos de lógica proposicional de dos frases como “se casaron y tuvieron un hijo” y “tuvieron un hijo y se casaron” sea la misma ($p \wedge q$ tiene el mismo significado que $q \wedge p$); y no se diga nada de estas dos frases “asesino a su mujer y se suicidó” y “se suicidó y asesino a su mujer”. Por otro lado la conjunción “y” no siempre funciona como una conjunción en sentido lógico: “una película en blanco y negro” no equivale

a “una película en blanco y una película en blanco y una película en negro”.

Se representa en forma de conjunción una frase como “un triángulo tiene tres lados y ayer comí pollo” (Escandell, 1996: 16), este ejemplo para un hablante de castellano no tiene sentido, pues la conjunción expresa, en nuestro lenguaje natural, una relación de conexión entre dos oraciones que aquí no se da.

Esos problemas de traducción al lenguaje de la lógica, en el caso de la argumentación jurídica revisten importancia en relación con la interpretación del condicional o con los contextos intencionales.

No se trata sólo de que la relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia (el antecedente y el consecuente) jurídica puede ser de condición suficiente, necesaria o necesaria y suficiente; la lógica estándar provee precisamente fórmulas distintas para cada caso, de manera que permite solucionar la ambigüedad que a veces aqueja a la formulación de una norma en lenguaje natural. El mayor problema es que esa relación (de implicación material), en la lógica estándar se define de manera que entre el antecedente y el consecuente no existe necesariamente una conexión explicativa o causal, sino que expresa únicamente la idea de que el antecedente no puede ser verdadero cuando el consecuente es falso, lo que se aparta de la manera en que, en el lenguaje natural, se usan las expresiones de la forma “si...entonces”. Y ello lleva a dificultades cuando se trata a traducir a términos lógicos argumentos que contienen premisas con condicionales en los que el antecedente es a su vez un condicional o

cuando figuran negaciones de condicionales o algún condicional contrafáctico; por ejemplo –el antecedente es un condicional-: “Si Rafael se va a comportar como un buen ciudadano si se le pone en libertad, entonces se le debe poner en libertad; pero Rafael no se va a comportar como un buen ciudadano, por lo tanto, se le debe poner en libertad”, no parece una forma muy aceptable de argumentar pero, sería un argumento válido en la traducción que cabría hacer del mismo en la lógica estándar (es un ejemplo de la llamada de la paradoja de la implicación material); para resolver este problema se han propuesto revisiones de la lógica estándar (que pasan por la distinción entre implicación material e implicación formal, u otra terminología entre implicación y entañamiento), pero también cabe usar una estrategia consistente en evitar esa formulación problemática (y sustituirla por otras igualmente posibles) sin necesidad de abandonar la lógica estándar (Rodes, 1990: 3-5).

La lógica formal estándar es extensional en el sentido que sus reglas permiten sustituir una expresión por otra que tenga la misma extensión, sin preocuparse por su intención; sin embargo en el lenguaje natural, las cosas no son siempre así, es decir, hay términos “como los de carácter:

- Modal: necesario, posible, imposible.
- Deóntico: prohibido, obligatorio, permitido.
- Psicológico y epistémico: cree, sabe, desea.
- Términos que dan lugar a discursos indirectos: dice, alega, testifica que crean contextos intencionales, en los cuales la sustitución de un

término por otro con la misma extensión puede hacer que cambie el valor de la verdad de la frase, por ejemplo:

- 12 es mayor que 10, tiene lugar en un contexto extensional; es decir, el significado de la frase con cambia cuando el término 12 lo sustituimos por un término con la misma extensión: “el número de magistrados del Tribunal Constitucional español”; sin embargo, no ocurre lo mismo con “12 es necesariamente mayor que 10”, ya que la frase “el número de magistrados del Tribunal constitucional español es necesariamente mayor que diez” no parece ser verdadero, pues no es imposible que se produzca, en algún momento, una reforma modificando ese número.

Esto último, puede hacer también que un argumento que resulta claramente inválido desde el punto de vista del lenguaje natural, empero habría que considerarlo válido cuando el mismo se traduce a la lógica estándar; por ejemplo: “la policía cree que todos los autores del atentado son miembros de la ETA; J.A es uno de los autores del atentado, por lo tanto, la policía cree que J.A. es un miembro de la ETA” parece obedecer a un esquema deductivo válido, pero es inválido puesto que es posible que las premisas sean verdaderas, pero la conclusión falsa (la policía puede no saber que J.A. fue uno de los autores del atentado o ni siquiera conocer de la existencia de J.A., de manera que no puede creer que J.A. sea un miembro de la ETA). Bien, para hacer frente a ese problema se han construido lógicas intencionales que permiten la sustitución de los términos dentro de los contextos intencionales sin que surjan esas dificultades, pero parece que es posible evitar ese problema manteniéndose dentro de la lógica estándar y utilizando ciertas técnicas de simbolización (Rodes, 2004:

3-5). Ahora bien, cabe afirmar que el hecho que surgen las anteriores dificultades, no significa que la lógica formal no sea útil para el Derecho, para la argumentación jurídica; lo que significa que se tiene que ser conscientes de que existe ese problema de traducción y también de que la respuesta a la cuestión ¿Cuál es la forma de tal argumento? No admite siempre una respuesta unívoca.

- **Lógica deductiva**

La lógica deductiva estándar constituye la base de la concepción formal de la argumentación; sus partes más elementales, la lógica proposicional y la lógica de predicados de primer orden, son, sin duda, ingredientes necesarios para el análisis, la evaluación y la práctica de la argumentación jurídica.

Inferir consiste en pasar de unos enunciados a otros o, quizás mejor, que se da una inferencia, una relación de inferencia, si en un conjunto de enunciados puede decirse que unos son consecuencia de otros. Ahora bien, no todas las inferencias tienen carácter deductivo. «Todos los ladrones deben ser castigados; Juan es un ladrón; por lo tanto, Juan debe ser castigado» es un argumento (aunque, como luego veremos, a veces se haya puesto en cuestión por el «debe» de una de las premisas y de la conclusión) deductivo. Pero no lo es (no es deductivo): «únicamente Juan sabía que estaría fuera de casa el fin de semana; por lo tanto, fue él quien se llevó mi ejemplar de la *Retórica* de Aristóteles». ¿Qué caracteriza entonces a las inferencias deductivas frente a las no deductivas? La respuesta de Alchourrón es la siguiente: «una relación de consecuencia es una lógica deductiva si y sólo si es reflexiva, monótona y valida el principio

de corte (es transitiva)» (Alchourron, 1995: 42). Esas tres propiedades son las que marcan los confines de la lógica deductiva y vienen a significar lo siguiente.

- **Lógica deóntica**

Los sistemas de lógica deóntica que se han elaborado en los: años cincuenta del siglo XX significan un intento de utilizar en el Derecho las herramientas de la lógica contemporánea, la lógica «matemática»; pero no se trata de aplicar sin más esa lógica general al caso del Derecho, sino de extender el método lógico a un nuevo campo, añadiendo un nuevo vocabulario lógico: «obligatorio», «prohibido», «permitido», etc. La idea inicial surgió precisamente al reparar en la analogía que parece darse entre los conceptos modales aléticos (necesario, imposible, posible) y los deónticos (obligatorio, prohibido, permitido) (Von Wright, 1951: 1 - 15). Desde el punto de vista de la noción de inferencia, del análisis lógico de los argumentos normativos y, en particular, de los jurídicos, parecería que había una necesidad de construir una lógica que fuera una *extensión* o ampliación de la lógica clásica, por lo siguiente. Cuando se abre un libro de lógica (general), aún hoy, es frecuente encontrarse con una definición de argumento deductivo en términos semánticos y que presupone que la relación de inferencia se da entre enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos: en un argumento deductivo «si las premisas son verdaderas, entonces también lo será necesariamente la conclusión».

- **Lógicas divergentes**

Las lógicas divergentes como, por ejemplo, las lógicas no monótonas, las lógicas de lo borroso, las lógicas paraconsistentes o las lógicas de la relevancia. Las lógicas no monótonas tiene como finalidad de dar cuenta de cómo de hecho argumentamos, o sea, de la circunstancia de que al añadir información (premisas) modificamos nuestras conclusiones, lo cual parecería ir en contra del principio de monotonía de la lógica clásica; esto es algo que ocurre en la vida ordinaria y también en el Derecho: todas nuestras creencias (todas las premisas de nuestros argumentos) son revisables, pero no dejamos de tener una creencia aunque sepamos que una información adicional podría llevarnos a renunciar a ella; simplemente, la modificamos si (.cuando) esto último ocurre.

Juan Carlos Bayón ha señalado otras razones (además de la anterior, de carácter genérico) que se suelen aducir en pro del carácter no monótono, derrotable o revisable del razonamiento jurídico. Una de ellas es lo que cabría llamar «derrotabilidad procedimental». O sea, en un contexto de litigio, se puede distinguir entre dos hechos que tienen que ser probados (*probando*) y los que basta con que no sean refutados (*non refutanda*). A partir de p , por ejemplo, se puede inferir r , si no está probado q (o sea, q es un hecho perteneciente a la categoría *non refutanda*). Pero si se probara q (si se diera la conjunción de p y q), entonces ya no se puede inferir (Bayón, 1992: 82).

Otro tema es la necesidad de dar cuenta de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico. La idea es que lo que se representa, por ejemplo en una base de datos, no son las normas individualizadas (digamos, la norma completa que se usará para resolver

un determinado caso), sino más bien los enunciados que aparecen en el material legislativo «en bruto»; por ejemplo, en la base aparece, por un lado, la norma de que todos los propietarios de inmuebles deben pagar tal impuesto y, por otro lado, la excepción (que puede venir fijada en un artículo distinto a aquel en el que figura la disposición general) de que los propietarios de inmuebles que cumplan con la condición tal están exentos de pagar ese impuesto (Burton, 1970).

- **Lógica deductiva y lógica inductiva**

Lo que diferencia a la deducción de la inducción no es que la primera forma de argumentar vaya de lo general a lo particular (o de lo general a lo general), y la segunda de lo particular a lo general. Un argumento inductivo puede ir de lo particular a lo general («a es un miembro de la clase A y tiene la propiedad P; b es también un miembro de A y tiene la propiedad P... n es un miembro de A y tiene la propiedad P; por lo tanto, todos los miembros de A tienen la propiedad P»); de lo particular a lo particular (el primer ejemplo que hemos visto); o incluso de lo general a lo general («todos los mentirosos incurren tarde o temprano en contradicción; por lo tanto, todos los mentirosos terminan por ser descubiertos»). Lo que caracteriza a la inducción es que el paso de las premisas a la conclusión no es un paso necesario, porque aquí la validez del argumento no depende exclusivamente de su forma, sino de factores materiales y contextuales. En el ejemplo precitado de inducción amplificante, el argumento será más o menos sólido (obsérvese que no se habla ya simplemente de argumento «válido») según que se haya tenido en cuenta a un número suficientemente significativo de miembros de A, que la propiedad P no esté

asociada con algún factor ajeno a la pertenencia a A, etc. Los argumentos inductivos tienen una forma, pero lo que aquí importa esencialmente no es la forma, y de ahí que a veces se afirme que propiamente no hay inferencias inductivas y que la distinción entre inducción y deducción no se refiere tanto a tipos de argumentos cuanto a tipos de estándares (en un caso formales, en el otro no, o no simplemente formales) para evaluar los argumentos. Es cierto que a veces se habla de reglas «formales» de la inducción (Black, 1970: 141), pero con eso se hace referencia a criterios generales y que no pueden aplicarse prescindiendo del contexto: no serían «formales» en el mismo sentido en que lo es el *modus ponens*. Black pone como ejemplos (los llama «principios formales *a priori*»): «Que todos los A observados han sido también B es *alguna* razón para pensar que *cualquier* A es B; que la mayor parte de los A son B es *alguna* razón para pensar que un A tomado al azar es B; si P apoya , inductivamente a K, y Q apoya inductivamente a K, y P y Q son incompatibles e independientes, el argumento de P y Q a K es al menos tan bueno como el argumento de P a K; etcétera». Pero el propio Black señala muy acertadamente que en la inducción son fundamentales factores como la *relevancia*, el *peso*, el *buen juicio*, etc. De manera que «pedir a alguien que se forme un juicio inductivo sobre un esquema de argumento, presentado en toda su desnudez de símbolos abstractos, es como pedir a un *connaisseur* que evalúe un cuadro imaginario».

- Silogismo judicial, Subsunción y ponderación

El silogismo judicial se estructura en una premisa mayor, premisa menor y la conclusión, los cuales deben cumplirse al momento de analizar

un caso concreto en la justicia ordinaria. 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.

Una es la ponderación que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la norma que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza permite la libertad de expresión. Como ejemplo de ello puede servir el caso Friedrnan, en el que el tribunal constitucional español entendió que el principio del derecho al honor prevalecía sobre el de libertad de expresión, cuando se trataba de la manifestación de ideas que tuvieran un contenido xenófobo o racista. El caso puede resumirse así: León Degrelle, antiguo miembro de las SS, había hecho unas declaraciones a una determinada publicación en las que, entre otras cosas, negaba la existencia de campos de concentración en la Alemania nazi; la señora Friedman, en cuanto persona judía cuyos padres y abuelos habían perecido en Auschwitz, entendió que ello atentaba contra su honor; y el tribunal dio la razón a esta última: las manifestaciones de Degrelle, dadas las circunstancias del caso, rebasaban el ámbito tutelado por la libertad de expresión. Así se puede referir que la subsunción y la ponderación poseen diferentes maneras de razonar el Derecho para buscar la solución más adecuada e idónea.

b. Concepción material

El enfoque formal de la argumentación es que no permite constatar, explicar, justificar, predecir nada. Se señala el ejemplo siguiente: «condeno a X a la pena de 10 años de prisión» exige utilizar un argumento que tenga como premisas «el que realice un acto de la clase C debe ser condenado con la pena de 10 años de prisión» y «X ha realizado un acto de la clase C» y como conclusión «X *debe* ser condenado a la pena de 10 años de prisión». Empero, tal afirmación no justifica nada, puesto que, nadie diría que la decisión del juez estuvo justificada si no hay buenas razones para pensar que la primera de las premisas es una norma válida del sistema jurídico del juez (y que los jueces están obligados a usar las normas válidas de su sistema) y para considerar acreditado que X realizó en efecto un determinado acto perteneciente a la clase C.

El *contenido* de los argumentos (la verdad o corrección de las premisas y de la conclusión) sea un aspecto esencial de la mayoría de nuestras prácticas argumentativas, quizás no sea tan obvio que una teoría de la argumentación deba ocuparse de ello. Simplemente, si así fuera, parecería que la teoría de la argumentación invadiría la teoría (o las teorías) de las diversas ciencias racionales; así, la teoría de la argumentación jurídica incluiría prácticamente todos los saberes jurídicos: no sólo la teoría general del Derecho, sino también las diversas dogmáticas (la teoría del delito o de la prueba), etc.

Una dimensión material de los argumentos está también presente en la distinción entre justificación interna y justificación externa que, a partir de la obra de Wróblewski puede considerarse como un elemento característico de la teoría estándar de la argumentación jurídica. La idea

de la justificación externa no se refiere simplemente a que, en ocasiones (en los casos difíciles), a la inferencia deductiva, al «silogismo judicial», haya que añadir otro tipo de inferencias: las que tengan como conclusión las premisas del silogismo último. Aparte de que estas últimas inferencias bien podrían tener también una forma deductiva, parece claro que lo que importa en la justificación externa no es la forma o la estructura del razonamiento.

La distinción no excluye que entre ambos tipos de razonamientos, el razonamiento volcado hacia el conocimiento o hacia la acción, existan también muchos puentes: no sólo porque algunos tipos de premisas, como hemos visto, son comunes a ambos razonamientos, sino también porque los problemas teóricos suelen tener un aspecto práctico -la creencia en la existencia o inexistencia de tal hecho tiene como consecuencia que se actúe o no de tal manera-, de la misma forma que los problemas prácticos suelen tener, un componente teórico (se actúa o se decide actuar sobre la base de creencias). El razonamiento judicial prototípico es un ejemplo de esa interacción entre razonamiento teórico y práctico: por ejemplo, el que F haya amenazado a Z en tal ocasión, que se haya visto a ambos en el mismo lugar a la hora aproximada en que se produjo la muerte de Z, etc., son razones (razones que hacen referencia a hechos) que fundamentan la creencia del juez de que F dio muerte a Z; pero, a su vez, esa conclusión del razonamiento del juez funciona como una premisa del razonamiento práctico (la otra premisa sería la obligación de los jueces de condenar con pena privativa de libertad de 10 años a los homicidas) que justifica la decisión del juez de condenar a F a la pena de 10 años de prisión.

El razonamiento jurídico tiene que ser considerado como un tipo de razonamiento práctico. El Derecho, obviamente, tiene que ver con el comportamiento humano, es una técnica de control social, y el razonamiento que tiene lugar en las diversas instancias jurídicas está orientado hacia la acción y no hacia el conocimiento: así, la argumentación legislativa se dirige al establecimiento de normas con tales y cuales contenidos para lograr determinados objetivos; la judicial, a la resolución de conflictos planteados, en general, a propósito de casos concretos; la de los abogados, a lograr que los jueces decidan los casos que se les presentan de cierta forma, a aconsejar a los clientes para que realicen una determinada acción, etc.; e incluso la argumentación de la dogmática tiene una orientación hacia la acción: la dogmática bien pueden ser concebida como grandes factorías de argumentos, puestos a disposición de los legisladores, jueces, abogados en el rol que se encuentren desempeñando en la sociedad.

Razonamiento práctico no quiere decir simplemente razonamiento referido, a la acción, ergo sólo es práctico el razonamiento que concluye estableciendo que una acción es debida (en un sentido muy amplio de la expresión que incluye tanto el deber deóntico —obligatorio, prohibido, permitido, facultativo— como el deber técnico —necesaria o suficiente para alcanzar tal fin—) o valiosa. Entonces, no es razonamiento práctico, sino teórico, el destinado a constatar o a aseverar que una acción ha tenido lugar, a explicar por qué ha *tenido* lugar o a predecir qué tal acción o tal estado de cosas (resultado de acciones) tendrá lugar en el futuro dadas determinadas circunstancias. De manera que el razonamiento en el terreno

de la prueba judicial, mucho del que llevan a cabo los abogados (al establecer predicciones sobre qué ocurrirá —o podría ocurrir— si se emprende tal demanda, si se firma un contrato con tal cláusula, etc.) y los legisladores (al constatar la existencia de un problema social, analizar sus causas, prever cuáles serán las consecuencias de no intervenir, de dictar una ley con tales contenidos, etc.) no es razonamiento práctico.

El razonamiento jurídico tiene un carácter práctico, pero puede contener, como fragmentos suyos, razonamientos de carácter *teórico*, dirigidos a constatar que ha tenido lugar un hecho, a explicarlo, a predecirlo, a señalar cómo evitar que se produzca. Además de añadir que no hay prácticamente ningún sector de la experiencia humana completamente ajeno al Derecho, se llega fácilmente a la conclusión de que todos los tipos de hechos, de razones, en los que pueda pensarse pueden funcionar en alguna ocasión como premisa o como conclusión de un argumento jurídico: tanto hechos físicos —externos—, como hechos psicológicos —internos—, hechos institucionales o relaciones entre hechos (hechos generales); y con suma obviedad esas razones funcionarán, según los casos, como razones operativas, auxiliares, perentorias, completas.

Puede encontrarse explorando alguna de estas dos vías. En primer lugar, podría tratarse de ver si existe alguna especificidad basada en el tipo de institución en qué consiste el Derecho; o sea, si es posible hablar de razones (premisas) típicamente jurídicas, a diferencia de las que serían más bien características de los argumentos científicos, morales, estéticos. En segundo lugar (o al mismo tiempo), podría explorarse (en el anterior

capítulo ya se ha hecho algo de esto) si es posible obtener algún grado de especificidad de las premisas en razón de las estructuras, de las formas, características de los razonamientos jurídicos.

El uso de las premisas plantea dos importantes problemas, que la concepción formal de la argumentación no toma en consideración, o sólo toma en consideración de manera muy limitada: una es la cuestión de la *relevancia*, esto es, por qué usar como premisa un determinado enunciado y no otro; la otra es la de qué *peso* o qué *fuerza* cabe atribuir a una premisa, esto es, qué es lo que hace que un argumento pueda considerarse sólido o más o menos sólido; la solidez de un argumento depende de su relevancia y de su peso.

Un enfoque formal de la argumentación sólo puede contestar a la primera de las preguntas de manera muy parcial: sí la conclusión a obtener -como ocurre en el razonamiento clasificatorio judicial- es un enunciado normativo singular, entonces necesitamos tener -por motivos formales- como premisa un enunciado normativo general y un enunciado empírico que afirme que se dan en un caso las condiciones del antecedente de la norma, empero eso cubre uno de los aspectos de la relevancia, el de la *aplicabilidad*: la norma que se usa como premisa debe ser aplicable a los hechos del caso.

Los juristas no disponen de normas que puedan sin más aplicar a la situación; el material en bruto, lo que les viene dado por el sistema, es solamente enunciados (artículos de leyes, textos jurisprudenciales, etc.) que ellos tienen que transformar en normas (en la norma aplicable al caso) por medio de la *interpretación*. Además, no basta con saber que la norma (el enunciado interpretado) es aplicable a tales hechos, sino que debe

tratarse de una norma que haya obligación de utilizar, o sea, una norma *válida*, en el sentido de que pertenece al sistema jurídico o que, sin pertenecer al sistema en sentido estricto, puede reconducirse a las que pertenecen al sistema en virtud de los criterios de validez. Los criterios que permiten identificar el Derecho válido constituyen el contenido de lo que, en una cierta tradición, se llama regla de reconocimiento. Entendida en un sentido amplio, la regla de reconocimiento no incluye únicamente criterios que atienden al origen en tal autoridad, sino que puede incorporar además criterios de contenido: en nuestros Derechos del Estado constitucional, una norma no es válida simplemente porque haya sido dictada por un órgano competente y porque se hayan respetado ciertos requisitos de forma (de procedimiento), sino porque, además de ello, no supone la vulneración de algún derecho fundamental o de alguno de los principios y valores del ordenamiento jurídico.

El razonamiento moral y el razonamiento jurídico: el primero parece estar regido únicamente por razones sustantivas, mientras que el carácter institucional del Derecho supone aceptar límites en el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. En realidad, tampoco podría decirse que en el razonamiento moral no exista un ingrediente análogo, incluso en el plano de la moral individual, la permanencia de las señas de identidad de un individuo (el equivalente a una razón institucional en el plano de la moralidad social) puede hacer que existan acciones que estaría justificado realizar porque si actuáramos así dejaríamos de ser nosotros mismos: perderíamos nuestras señas de identidad, dejaríamos de poder ver nuestra vida como algo coherente, etc.

En el razonamiento moral (bien se trate de la moral individual o bien de la moral social) el ingrediente institucional (no necesariamente —en el caso de la moralidad social— el autoritativo) tiene un peso mucho menor del que se manifiesta en el caso del Derecho.

c. Concepción pragmática

De las tres clásicas dimensiones del lenguaje —la sintaxis, la semántica y la pragmática—, esta última parece, de alguna forma, haberse impuesto a las otras dos, de manera que, al menos en relación con las últimas décadas del siglo, más que de giro lingüístico habría que hablar de giro pragmático o incluso del imperio de la pragmática. Sin entrar en detalles sobre lo que cabe entender por pragmática, no cabe duda de que la concepción del significado como uso y de los juegos del lenguaje del Wittgenstein de *Investigaciones filosóficas* se centra en la dimensión pragmática del lenguaje; al igual que ocurre con la teoría de los actos de lenguaje de Austin, desarrollada luego por Searle; con la teoría del discurso de Habermas o Apel; o con la hermenéutica de Gadamer y sus sucesores. En todas esas teorías filosóficas, el lenguaje tiende a verse como una actividad, como una práctica, y no como un código o como un vehículo del pensamiento.

Lo que ha ocurrido en el campo de la filosofía es semejante a la evolución que se advierte en la lingüística o en el Derecho: la unidad básica del lenguaje no se considera ya que sea la oración, sino el acto lingüístico: y en el caso del Derecho cabe también hablar de una tendencia a considerar como sus unidades básicas no tanto las normas cuanto los

diversos momentos de la actividad compleja en qué consiste el Derecho: la toma de decisiones y la justificación de las mismas en el ámbito de la legislación, de la jurisdicción, etc.

La tripartición que ha sido establecida entre concepción formal, material y pragmática de la argumentación no coincide del todo con las tres regiones o perspectivas de estudio que hoy es más frecuente distinguir en el campo de la argumentación: el punto de vista de la lógica., de la retórica y de la dialéctica (Heinrich, 1999). Luis Vega, por ejemplo, lo presenta de esta manera (Vega, 2003: 29):

La región de la lógica (o de la «Analítica», si se quiere seguir la terminología aristotélica) sería el «lugar natural» de las pruebas deductivas y, en particular, de las demostrativas: «aquellas que discurren desde unos principios o puntos de partida iniciales e incontestables para establecer otra proposición verdadera que se sigue de ellas por necesidad». Los argumentos son aquí considerados como «productos discursivos, autónomos e impersonales»; su análisis interesa especialmente a la lógica y a la metodología de la prueba científica.

Por su parte la Dialéctica, en cambio, sería «el lugar natural de la discusión razonable en *torno* a cualquier cuestión abierta, sea teórica o práctica, de orden especializado (...) o de interés *común* o general». Lo que importa ahora no son los productos de la argumentación, sino los «procedimientos argumentativos» y «las normas que gobiernan y de origen él ejercicio de los papeles de defensor u oponente». La Retórica sería «el lugar natural de los procesos de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias

o disposiciones (...) a provocar determinadas reacciones y actuaciones». Las «artes retóricas» no cuentan con un proceder, un método que asegure «la eficacia práctica o el efecto pretendido» que pueden determinar la calidad interna, racional o razonable de un argumento o de un procedimiento argumentativo».

Pero esa apertura hacia la pragmática estaba limitada sobre todo por el hecho de que la concepción material de la argumentación, aunque pone el énfasis en la argumentación como proceso y no como producto, no contempla ese proceso, esa actividad de argumentar, como un proceso *social*. La deliberación es vista básicamente como la actividad que lleva a cabo un sujeto para resolver qué creencia está justificado tener o qué curso de acción él u otro debe emprender o debería haber emprendido.

La deliberación no tiene por *qué tener un* carácter estrictamente individual, en cuanto las razones que uno esgrime pueden ser razones provenientes de otros sujetos, razones de origen externo. Pero de una u otra forma, esa concepción está ligada al individualismo monológico, a la tradición cartesiana, es decir, los criterios de justificación de las creencias y de las decisiones y acciones no están ligados, esencialmente al procedimiento en qué consiste deliberar, pues hay criterios externos al mismo de los que depende que la creencia sea verdadera o la acción o decisión correcta. Por ello, no hay contradicción en decir, por ejemplo, que tras un proceso de deliberación teórica o práctica, el sujeto S tenía razones (razones subjetivas: motivos) para creer que C o para decidir D, pero sin embargo C era una creencia falsa (porque contradice datos bien fundados de la experiencia) o D una decisión injustificada o incorrecta (porque no le

permite a S satisfacer tal deseo o tal interés, o porque contradice algún valor o alguna norma jurídica o moral con la que tenía que haber contado).

2.9. JAVIER ESQUIAGA GANUZAS Y LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS

La producción de los diversos materiales normativos es un proceso complejo en el que confluyen cuatro elementos: la autoridad normativa, el procedimiento normativo, el documento normativo y el contenido del documento normativo; el primero, importa la existencia de un sujeto u órgano al que el sistema jurídico le otorga la competencia para crear Derecho; el segundo, constituido por un conjunto de actos o formalidades –actos lingüísticos prescriptivos que son condición necesaria para la promulgación de una norma- que la autoridad normativa debe desarrollar para que el producto sea adecuado para producir Derecho; el tercero, es el texto aprobado por la autoridad normativa como consecuencia de los actos lingüísticos, constituido por enunciados normativos o denominadas disposiciones normativas; y, el cuarto, es definido como el significado otorgado a las disposiciones normativas, lo que llamamos norma jurídica. Es decir, que la disposición normativa depende de la norma jurídica, como ésta depende de la primera, no caben normas sin disposición, ni disposiciones sin norma, puesto que, por definición, una disposición lo es sólo si posee algún significado, lo que conlleva, a establecer que si es capaz de expresar alguna norma; y por su parte, la norma es por definición, el significado atribuido a una disposición. Un aspecto a anotar, es que esta concepción de la norma jurídica necesita un concepto amplio de interpretación (Esquiaga, 2011: 18 - 19).

En el Derecho Peruano se le exige al juez argumentar el estadió de la disposición a la norma jurídica, esto es, de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo asumido para determinar el significado otorgado a la disposición normativa. En la aplicación del Derecho los jueces se encuentran frente a varios casos que no requieren un análisis interpretativo; empero hay otros tantos casos que requieren la utilización de argumentos adecuados y su plasmación en la decisión son importantes para tener una resolución suficientemente motivada, sin embargo, en el Derecho peruano no existen los requisitos para cumplir el deber de motivación al que están conminados los jueces (Esquiaga, 2011: 138).

Las disposiciones normativas sobre la motivación de las resoluciones judiciales se encuentran reguladas en el artículo 24 literal f) de la Constitución Política del Perú, numeral 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, Artículo VII del Código Procesal Constitucional, artículo 17 del Código Procesal Constitucional, artículos 12, 22, 143 y 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, numeral 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, artículo 121 del Código Procesal Civil, numeral 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, artículo 123 del Código Procesal Penal, artículo 394 del Código Procesal Penal y artículo 429 del Código Procesal Penal.

Cuadro 8. Legislación sobre argumentación jurídica.

Artículo 24.f. de la Constitución: Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Artículo 139.5 de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdicción.- La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las

instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Artículo VII del Código procesal Constitucional: Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Artículo 17 del Código Procesal Constitucional: La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: [...]

4) la fundamentación que conduce a la decisión adoptada.

Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al resolver el grado.

Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.- La Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por todos magistrados de todas las instancias judiciales cualquiera que sea su especialidad como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial,

motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones también

En el Diario “El Peruano”, en cuyo caso debe ser mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Si alguno de los vocales no considera suficientes los fundamentos de resolución o discrepa de ellos pero no de su sentido, debe firmar la resolución y fundamentar por escrito su voto singular. Una vez emitidos los votos, no pueden ser modificados salvo que el voto discordante concuerde con el voto del ponente, antes que emita su voto el dirimente, de lo que se dejan constancia en autos.

Artículo 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Si resulta discordia, se publica y notifica el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad.

Artículo 50.6 del Código Procesal Civil: Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

Artículo 121 del Código Procesal Civil: Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

Artículo 122.3 del Código Procesal Civil: Las resoluciones contienen la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en

orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

Artículo 123 del Código Procesal Penal: Las resoluciones judiciales, según su objeto son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso.

Artículo 394 del Código Procesal Penal: La sentencia contendrá: [...]

3. La motivación clara, lógica y compleja de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique;

4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo.

Artículo 429 del Código Procesal Penal: Son causales para interponer recurso de casación [...]:

4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones también

De la lectura de cada una de las disposiciones normativas antes acotadas, se puede extraer las siguientes consecuencias sobre la motivación de las decisiones judiciales (Esquiaga, 2011: 141):

- La motivación está conformada por los fundamentos que sustentan la decisión, y debe ser escrita en forma clara, lógica y completa.
- La motivación respecto a los fundamentos de hecho deben incluir los análisis de la prueba, los hechos probados o improbados, la valoración de la prueba y el razonamiento que la justifique.
- Los fundamentos de Derecho incluyen la Ley aplicable y las razones legales, jurisprudenciales y doctrinales para la calificación jurídica de los hechos y fundar el fallo.
- La modificación de un precedente requiere de una motivación reforzada, ya que deberán expresarse los fundamentos de hecho y de Derecho del nuevo criterio, así como las razones para abandonarlo.

Si se realiza un recuento histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales, se puede advertir que fue un instrumento técnico – procesal o concepción endoprosesal de la motivación; cuando la exigencia de motivación adquiere rango constitucional se configura como una garantía político- institucional o concepción extraprosesal. La doble función de la motivación trae como consecuencias (Esquiaga, 2011: 143 - 145):

- i. La motivación debe publicarse, para que se pueda ejercer el control social de la decisión.

ii. La motivación debe estar internamente justificada, el fallo es el producto lógico de las premisas, las cuales poseen coherencia.

iii. La motivación debe estar externamente justificada, cada una de las premisas que componen el silogismo judicial debe estar justificada. La motivación debe contener argumentos que justifiquen adecuadamente cada una de las premisas. En caso que las partes aceptan las premisas, no discrepan sobre cuál es la norma jurídica de las disposiciones seleccionadas, ni sobre los hechos del caso, lo que significa que la motivación de la decisión es suficiente.

iv. La motivación debe ser inteligible, los términos que se usan en la motivación deben ser claros como para que la comunidad jurídica pueda comprender.

v. La motivación debe ser completa, es decir, debe comprender la *quastio iuris* como la *quastio facti*, actualmente los tribunales han tomado conciencia con mayor ímpetu la importancia de motivar la interpretación.

vi. La motivación debe ser suficiente, no basta que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final estén justificadas, sino que es necesario que la motivación de cada una de las decisiones parciales sean suficientes, lo que conlleva a dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencialmente aplicables.

vii. La motivación debe ser autosuficiente, la sentencia o resolución que pone fin al proceso debe ser comprensible por sí misma sin necesidad de recurrir a otra fuente.

viii. La motivación debe ser congruente con las premisas que se desea motivar, los argumentos empleados deben elegirse y utilizarse en función del tipo de premisa o decisión que quiere justificarse.

ix. La motivación debe emplear argumentos compatibles, una motivación bien construida no solo debe mostrar una congruencia entre las premisas y la decisión, sino que los argumentos utilizados para justificar cada una de las premisas deben ser compatibles una de otras, esto es, que los argumentos deben conformar un sistema lógico, congruente, compatibles, etc.

x. La motivación debe ser proporcionada, una motivación demasiado escueta o compendiosa, como una demasiada prolija pueden estar en el fondo eludiendo una suficiente y adecuada motivación de las resoluciones judiciales.

En un proceso es importante el elemento fáctico y elemento jurídico, ya que la sentencia debe contar con una motivación conjunta, conexión que se evidencia en la parte dispositiva y así dar al litigio una solución ajustada a ley y a Derecho en sus demás dimensiones; toda sentencia cuenta con una estructura que debe ser reflejada en los elementos que intervienen en la decisión judicial: como un silogismo formado por una norma jurídica como premisa mayor (elemento jurídico de la decisión), un conjunto de hechos particulares como premisa menor (elemento fáctico de la decisión) y una conclusión que asigna a estos hechos la consecuencia jurídica prevista en la norma, operación que no es difícil, todo lo contrario, pues se tiene como punto referente la disposición normativa, la misma que

en muchos de los casos no requiere de una interpretación enjundiosa, sino simplemente su significado se desprende del contenido de las premisas que conforman la citada disposición; a saber que la estructura de la sentencia y de la decisión judicial no puede aislarse de la propia estructura de la norma jurídica.

La norma jurídica es un enunciado que vincula casos concretos con soluciones, toda norma jurídica tiene una estructura condicional del siguiente tipo:

“Si p, entonces q”

Se puede identificar tres elementos con lo que cuenta toda norma jurídica:

- Conjunto de circunstancias condicionantes, conocida como el supuesto de hecho de la norma.
- La consecuencia jurídica prevista para la conducta acaecida en la realidad factual.
- La relación de deber ser

En suma, se puede advertir que la aplicación de una norma jurídica a un caso consistiría en determinar si la descripción de los hechos que forman el supuesto de hecho, antes aludido, se ha producido en la realidad, si es así y el caso concreto se puede subsumir en la disposición normativa pertinente, entonces se procederá a declarar la consecuencia jurídica prevista por la disposición normativa, razonamiento lógico jurídico que conduce al diseño de la estructura de la decisión judicial (Esquiaga, 2011:

149). La determinación del supuesto de hecho normativo implica la interpretación de la disposición seleccionada para decidir cuáles son las propiedades de la clase de hechos que la norma incorpora como presupuesto de su propia aplicación; según el lenguaje utilizado, esta operación será más fácil o más difícil.

El lenguaje de las fuentes de Derecho puede referirse a los hechos de tres modos distintos: descriptivo, valorativo y relacional, como se detalla a continuación.

Existen supuestos de hecho conformados por hechos determinados descriptivamente, en otros términos, los enunciados se encuentran redactados en términos descriptivos o factuales; por ejemplo el artículo 627⁷ del Código Civil, para muchos pareciera que la operación que recae sobre este tipo de supuestos de hechos es sencillo, empero tiene sus dificultades, como se puede constatar en el ejemplo, ya que, no se sabrá con exactitud desde que punto debe medirse los cincuenta kilómetros, además siempre surgirán dudas en torno a los hechos del caso como explica el Profesor de la Universidad del País Vasco.

Aparecen dificultades cuando el legislador incorpora en el supuesto de hecho términos con carácter valorativo, una verbigracia de este tipo de enunciado normativo lo podemos verificar en el artículo 20⁸ del Código Penal. Cuando el hecho se encuentra determinado valorativamente las

⁷ **Artículo 627 del Código Civil.**- No pueden ser obligadas a formar parte del consejo las personas que no residen dentro de los cincuenta Kilómetros del lugar en que funciona (...).

⁸ **Artículo 20 del Código Penal.**- Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

complicaciones se incrementan, puesto que, los enunciados a su existencia son complejos, e vista que se dan dos estadios; primero, averiguar si hay grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción que afecten gravemente el concepto de la realidad, es decir, es similar a la de los hechos determinados descriptivamente; y, segundo, se realiza un juicio de valor.

Son los hechos que se encuentran determinados de modo relacional, cuando en el supuesto de hecho la norma lo determina de este modo, siempre es preciso referirse a otra norma jurídica para establecer la existencia del hecho. Un ejemplo de este tipo de hechos, lo constituye el artículo 148 – A⁹ del Código Penal; es evidente que existe en tal disposición normativa la remisión al Código de los Niños y Adolescentes para completar el supuesto de hecho de la norma, porque la remisión es explícita (Esquiaga, 2011: 161).

Las autoridades normativas en el ejercicio de su función pretenden influir en el comportamiento de los destinatarios, el único modo para comunicar a los ciudadanos, a las demás autoridades administrativas y a los jueces y tribunal sus normas, es por medio del lenguaje. Así para que el mensaje normativo sea conocido por sus destinatarios, las autoridades normativas utilizan el lenguaje vulgar (Navarro, 1993: 243).

Entre las normas jurídicas y su formulación lingüística hay una identidad total, desde este punto de vista, el conocimiento de las normas

⁹ **Artículo 148 – A del Código Penal.**- El que instiga o induce a menores de edad a participar en pandillas perniciosas, o actúa como su cabecilla, líder o jefe, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo III-A del Título III del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 20 años.

por miedo del conocimiento de los enunciados que las expresan, de tal modo que podrían ser denominados directamente normas, por otro lado, se puede mencionar que la actividad interpretativa, tendría como objeto las mismas normas y por finalidad descubrir el significado intrínseco (Esquiaga, 2011: 169 - 171), finalidad que, se alcanza con la simple lectura de los enunciados, empero en otro casos, las autoridades normativas utilizan expresiones ambiguas o poco claras sea precisa una interpretación que saque a la luz la norma contenida en la disposición normativa.

Las normas son el significado de los enunciados redactados por las autoridades normativas, el conocimiento de las normas jurídicas exigiría la interpretación de las disposiciones, ya que cada una de ellas puede expresar más de una norma y cada una de estas puede estar expresada por diversas disposiciones normativas.

Las dos posturas antes indicadas, son relevantes para el estudio de los casos que de cara se conocen en la práctica, puesto que, existen de diversa naturaleza, algunos serán fáciles u otros serán difíciles, los últimos exigen un mayor esfuerzo interpretativo, para poder medir el grado de dificultad que ofrece es determinante la previa interpretación de las disposiciones.

Es preciso reconocer cuando estas frente a casos fáciles y difíciles para resolverlos de conformidad con las herramientas que los ofrece la motivación jurídica o conocida por otros intelectuales de renombre internacional como argumentación jurídica; puede afirmarse que el caso fácil se da una de las siguientes situaciones (Navarro, 1993: 176):

El profesor Esquiaga Ganuzas, indica que el significado *prima facie* de un enunciado cumpla simultáneamente tres requisitos:

- Que, se unívoco, es decir que todo operador del Derecho, otorgue al enunciado el mismo significado.
- Que, sea consistente, es decir, que no entre en conflicto con ninguna otra norma jurídica del sistema.
- Que, sea satisfactoria, es decir, que no choque con el sentido de justicia del intérprete o con valores que son importantes.

Sigue anotando el Profesor de la Universidad del País Vasco que los casos difíciles se caracterizan cuando el significado *prima facie* de un enunciado no sea unívoco, sea inconsistente con otras normas del mismo sistema jurídico, o sea insatisfactorio para el intérprete, entonces el caso difícil se caracteriza por (Esquiaga, 2011: 186):

- Se plantean dudas en relación con el significado que se asigna a un enunciado normativo.
- El significado a un enunciado es controvertido o discutido entre las partes del proceso, entre el juez y las partes, entre un juez y otro juez de diferente instancia o del Tribunal, o entre el juez y él mismo con ocasión de un cambio de criterio sobre el modo de entender el enunciado.

Un tema importante, es la situación de duda que afecta al intérprete en su proceso subjetivo para asignar un significado a un enunciado normativo, al encontrarse con varios sentidos, al encontrarse con varios

sentidos posibles del mismo texto entre los que debe elegir, para lo que acude a las reglas para la interpretación.

Las causas por las que pueden plantearse dudas o, en su caso, controversias en relación con la asignación de significado a un enunciado son las mismas y dependen de tres contextos (Wroblewski, 1985: 49):

- **Contexto lingüístico:** puede ser el mismo lenguaje utilizado por las autoridades normativas el que origine dudas sobre cuál es la norma que una disposición expresa. Al utilizar el lenguaje vulgar para redactar, surgen las indeterminaciones, las cuales se trasladan a las formulaciones normativas. No existen términos o expresiones que estén a salvo de los problemas lingüísticos.

- **Contexto sistémico:** aunque la identificación de la norma jurídica no se vea afectado por problemas lingüísticos, o aunque estos hayan sido resueltos por medio de la interpretación, si la norma jurídica obtenida otorga al caso individual una solución normativa incompatible con la formulada por otra disposición, pueden surgir dudas acerca de cuál es la solución normativa que debe darse al caso.

- **Contexto funcional:** puede suceder que no surjan dudas lingüísticas no sistémicas, pero la norma jurídica *prima facie* formulada por una disposición no sea considerada satisfactoria por diversos motivos, como por ejemplo, por conducir a consecuencias injustas a juicio del operador jurídico de que se trate. En estos casos, tal vez surja en este la duda de si esa es la norma expresada por la disposición normativa.

2.10. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ

2.10.1. Juan Ureta Guerra: Teoría de la Argumentación Jurídica

Juan Ureta menciona que nuestra capacidad de solucionar problemas está sometida a diversos factores a) los conocimientos previos (lo que incluye la experiencia, conocimientos expertos en un área, darnos cuenta que estamos ante un problema y hacer un plan, memoria, etc.); b) las aptitudes metacognitivas (nuestra capacidad de evaluar los planes que hacemos para resolver el problema) y c) nuestra emotividad (estimulo, desagrado, integres, desaprensión)

Las técnicas para solucionar problemas

¿Qué es un problema?

Problema: aquello que no tiene una solución trivial

Tipos de Problemas x

Problemas por resolver Problemas por demostrar Problemas de rutina

Por resolver:

El propósito es descubrir un objeto, una incógnita del problema.

Elementos: a) La incógnita se le llama la quaestium o lo que se busca, o lo que se pide. c) Los datos y c) la condición

Clases de problemas por resolver:

Teóricos. ¿Cuál diferencia habría entre acto y negocio jurídico?

¿Qué diferencia entre regla y principio? b. Prácticos. ¿Cuál es el argumento

más convincente? ¿Qué norma se aplicara aquí mejor que otras? ¿Quién fue el asesino? ¿A quién corresponde esta huella digital?

Por demostrar

El propósito consiste en mostrar de modo concluyente la exactitud o la falsedad de una afirmación claramente enunciada

Verbigracia: Un testigo que afirme que el acusado se hallaba en casa cierta noche. Obliga al juez a investigar si dicha afirmación es verdadera y a justificar su opinión sobre bases tan sólidas como sea posible. (Polya)

Sus elementos:

La hipótesis y la conclusión donde se demuestra o refuta la hipótesis

Problemas de rutina

Problemas que ya tienen una solución establecida, pero sucede que
a) se desconoce el procedimiento ya establecido b) no se tiene habilidad para dominar el procedimiento

Ejemplo: ¿cómo presento la demanda ante el juez?

¿Cómo averiguo si la casa está hipotecada?

Problemas excepcionales:

Cuando las reglas generales no son aplicables a un caso particular

¿Cómo se solucionan los problemas?

Existen muchos procedimientos para solucionar problemas. La misma ciencia jurídica está dividida en campos que se especializan en dar

pautas para resolver problemas específicos: constitucional, tributario, laboral, penal, etc. cuyos procedimientos son compartidos por los expertos en esos campos., las distintas disciplinas como el derecho, la medicina el arte, la matemática tienen formas diferentes de solucionar problemas:

Lectura: Stephen Toulmin: Los campos especializados:

Debido a que las diferentes empresas humanas tienen distintos objetivos, sus procedimientos de argumentación conducen a variadas clases de resolución.

A pesar de que los argumentos empleados en todos los campos de razonamiento práctico son bastante similares en su comienzo – por ejemplo, todos comienzan con la formulación de una aseveración- no existe tal uniformidad en la forma en que se los conduce hacia una conclusión.

En ciertos foros como el judicial, los procedimientos se articulan sobre una base adversativa. Es decir, la acción presentada ante la corte incluye dos partes opuestas o adversarias. En dicho foro, los procedimientos concluyen cuando -luego de atravesar el debido proceso- la corte emite un veredicto en favor de una u otra parte. Para llegar a esa resolución. La función esencial de los procedimientos judiciales es básicamente elegir (o "dictaminar") entre las dos posiciones adversas más que intentar lograr una posición intermedia y satisfactoria para ambas partes (de lo que se ocupan las instancias pre-tribunales, como la mediación y la conciliación.)

En empresas racionales como las negociaciones entre sindicatos y patronales, la meta es justamente la opuesta. La meta es lograr un

compromiso consensuado que sea aceptado por ambas partes. El resultado de una negociación exitosa no es, consecuentemente, una decisión en favor de una u otra parte. Por el contrario, la resolución consiste en acceder a una posición intermedia satisfactoria –o al menos tolerable- para las partes involucradas.

Estos dos modos de procedimiento contrastantes –el adversativo y el consensuado- no son los únicos posibles. En otros campos de argumentación, como el artístico, ni un acuerdo ni un fallo son factores esenciales en la resolución de la discusión. En cambio, la función central de la argumentación será la de clarificación. Si se nos pregunta como defendemos nuestra opinión acerca de un libro o una película, por ejemplo, tal petición demandará de nosotros sólo expresar claramente la relevancia de nuestra aserción en el contexto de la obra en cuestión. Explicaremos la significancia de nuestra afirmación más que probar que la misma es correcta. Es cierto que otras personas podrán discutir la validez de nuestras interpretaciones sobre cierta obra de arte señalando que nuestras aserciones no son pertinentes respecto del tema discutido. Pero no siempre es necesario que una perspectiva se imponga a otra visión alternativa. Insistir que cierta lectura de una novela es la lectura correcta no contribuye a los objetivos que se persiguen en ese campo. En la discusión estética, muchas veces es suficiente con que los otros puedan exclamar: "sí, ya entiendo como uno podría interpretarlo de esa manera." En tales contextos, podemos concluir una discusión racionalmente sin pretender que se haya establecido lo "correcto" y lo "incorrecto" del tema debatido.

Podemos recurrir a una perspectiva más amplia, esta nos la brinda Polea quien distingue cuatro procedimientos generales para resolver problemas:

Para ver el gráfico seleccione la opción "Descargar trabajo" del menú superior

Ejemplo de un procedimiento racional en derecho.

Por ejemplo, a los magistrados se les ha enseñado estos pasos para "analizar y resolver un caso jurídico":

- Una primera aproximación a los hechos del caso
- Selección del Material jurídico aplicable
- La interpretación de los textos jurídicos aplicables
- La subsunción de los hechos establecidos en el caso al interior del material jurídico interpretado
- La elucidación de la decisión tomada a la luz del sistema jurídico en su conjunto
- La comunicación de la decisión y su justificación (AMAG, 2002: 29).

Ejemplo de un procedimiento por competencia

Michel Villey en el Compendio de filosofía del derecho, afirmaba que el método tópico para resolver casos usado por los juristas es el siguiente:

Plantear el problema Distinguir las tesis opuestas Argumentar estableciendo conjeturas y refutaciones Cierre Decisión Diferencias.

En un modelo racional de solución de problemas existe un juego de reglas que cualquiera que los use debe dar el mismo resultado (ejemplo para todos $2+2=$ debe dar 4 como resultado, del mismo modo si sigue al pie de la letra en una receta para preparar puré de papas en caja "abra la caja, vierta el contenido en una olla con $\frac{1}{2}$ litro de agua hirviendo, revuelva y mantenga por 2 minutos" a cualquiera que la use deberá de resultarle un puré de papas.

En los procedimientos por competencia existen un juego de reglas) como las del ajedrez, o la del football) pero no está garantizado el éxito, pues dependerá de la estrategia que cada actor emplee.

2.11. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha figurado con gran trascendencia; así uno de los derechos que engloba el debido proceso es la sentencia o resolución definitiva, que importa la relevancia de quién emite y cómo se integra la resolución que pone fin a un proceso. Sentencia definitiva o acto jurisdiccional de otro carácter, con efectos igualmente conclusivos. Esta decisión puede provenir de autoridades formalmente judiciales o de órganos de distinta naturaleza, pero que posean atribuciones jurisdiccionales y que se atengan a las reglas del debido proceso, establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana¹⁰. Sergio García

¹⁰ Cfr. Caso Yatama, cit., párr. 149.

Ramírez¹¹ afirma que la resolución final debe estar motivada y fundada, caso contrario sería arbitraria¹².

La CIDH ha indicado que la motivación es la “exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”, es decir, es una “garantía vinculada con la correcta administración de justicia”¹³. En esa línea, “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”¹⁴.

En fin, “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”¹⁵.

La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”¹⁶. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta

¹¹ Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 12, t. II, 2006, pp. 111 y ss., y reproducido en García Ramírez, Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Ed. Porrúa, 2007, pp. 345 y ss.

¹² Cfr. Caso Tristán Donoso, párr. 152.

¹³ Corte Europea en el Caso Suominen: “[I]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan” (traducción de esta Corte). Cfr. Suominen v. Finland, no. 37801/97, párr.34, 1 July 2003.

¹⁴ Caso Tristán Donoso, cit., párr. 153.

¹⁵ Id., párr. 78.

¹⁶ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, párr. 107.

administración de justicia¹⁷, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

La indebida fundamentación no permite contar con elementos suficientes para la graduación de la sanción o los efectos que deben producir una decisión judicial u otro órgano que emita decisión dentro de la administración pública.

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales son las siguientes:

- a) Caso Yatama Vs. Nicaragua.
- b) Caso Tristan Donoso Vs. Panamá.
- c) Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.
- d) Caso Escher y Otros vs. Brasil.
- e) Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.

2.12. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS¹⁸

Ciro Milione afirma que en el artículo 6¹⁹ del Convenio Europeo de Derechos Humanos) exige, por parte de los Estados contratantes, el

¹⁷ Así lo ha establecido la Corte Europea en el Caso Suominen.

¹⁹ Art. 6 del CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el

reconocimiento y la realización diversos derechos, que en sí mismos, concretan la efectividad del derecho a la tutela judicial (Millione, 2005:12). Según pone en evidencia Agudo Zamora “*el contenido del derecho a la protección judicial supone no sólo el derecho al acceso los Tribunales, sino también el derecho a obtener una tutela efectiva de dichos Tribunales*”, por tanto, los recurrentes, han de ser oídos, han de tener derecho a una decisión fundada en derecho -ya sea favorable o adversa-. Asimismo Millone, manifiesta que es cierto que una de las características más relevantes de esta norma está representada por su estructura que consta de dos párrafos (Velu, 1990: 336 - 337):

- Primer párrafo, en el que se enuncian los principios propios del proceso equitativo como: el derecho a un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley, el principio de contradicción y de igualdad de armas, el derecho a un proceso público, el plazo razonable, la motivación de las resoluciones judiciales; principios referidos tanto al ámbito civil como penal. En este mismo apartado se circunscribe, además, el campo de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Los apartados segundo y tercero, en los que se reconocen diferentes garantías: el derecho a no declarar contra uno mismo, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a interrogar los testigos, el derecho a la asistencia de un intérprete, el derecho al doble grado de jurisdicción, etc.

proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del TEDH.

Al revisar el artículo 6 del citado Convenio se puede advertir que no existe referencia explícita a la obligación de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones. En este sentido, motivar significa garantizar que la resolución, escogida entre muchas otras posibles, no responde ya a una decisión del Juez, tomada coherentemente con sus propios, íntimos y personales ideales, sino determinada por la voluntad democrática, lo que significa que es importante la Ley. La motivación realiza, la función de demostrar y de justificar, ante las partes del proceso y ante la sociedad, el carácter jurídico y no político de una resolución judicial.

La sentencia es importante y su parte más relevante es la motivación permiten el control de la actividad judicial llevado a cabo por los mismos justiciables y la opinión pública a través de los medios de información. Otra función fundamental desarrollada por la motivación consiste en permitir, desde un punto de vista lógico, el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales ante instancias superiores, es así que, la motivación es considerada como importante como parte de estrategia procesal ante la jurisdicción superior, pues se realiza gala de las definiciones o categorías conceptuales jurídicas. Todo lo dicho, hasta el momento permite justificar la posición doctrinal del Tribunal de Estrasburgo a la hora de considerar la obligación de los órganos judiciales de motivar sus decisiones como uno de los principios más indisolublemente unidos a una correcta

administración de la justicia²⁰. Pero es cierto que no toda motivación puede estimarse integrada en el más amplio derecho a un “proceso equitativo”. Para ello es necesario que la “ilustración de los procedimientos lógicos y jurídicos que preside la resolución judicial” cumpla con determinadas características. Concretamente, la motivación ha de poderse considerar razonable, congruente y fundada en derecho. El concepto de “razonabilidad” se encuentra relacionado con el de “exhaustividad”. Una resolución razonablemente motivada, en este sentido, es una sentencia que por un lado demuestra una aplicación de la legalidad manifiestamente “racional”, es decir, sin contradicciones internas o errores lógicos²¹ y por otro aclara suficientemente los motivos que la fundamentan²². Por ello, la extensión o amplitud del deber de motivar no puede sino depender del caso concreto, de su complejidad y de sus características determinadas. Además, el Tribunal de Estrasburgo ha puesto de manifiesto que, si por un lado es justificable pretender una satisfactoria ilustración de las razones que determinan la resolución, por otro no es exigible que la motivación incluya una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos presentados por las partes durante el proceso²³. El TEDH admite, en algunos casos un particular tipo de motivación, definida “por remisión”, consistente en remitir la exposición de los fundamentos jurídicos a otra sentencia, como, por ejemplo, cuando un tribunal de apelación, rechazando un recurso interpuesto frente a una resolución recaída en primera instancia, la confirma, haciendo suyos, a modo de motivación, los motivos de la

²⁰Cfr. Caso García Ruiz contra España, Sentencia de 21 de enero de 1999.

²¹ Cfr. la STC español 184/1992, 16 de noviembre.

²² Cfr. Caso García Ruiz contra España, Sentencia de 21 de enero de 1999.

²³ Cfr. Caso Hirvisaari contra Finlandia, Sentencia de 27 de septiembre de 2001.

resolución dictada por el Juez a quo. Otra característica fundamental del deber de motivar es la “congruencia”, que exige una relación coherente entre las pretensiones formuladas por las partes procesales y el contenido del fallo. A este propósito cabe recordar el caso Ruiz Torija e Hiro Balani contra España²⁴, en el que el Tribunal de Estrasburgo condenó al Estado español por un determinado tipo de incongruencia, definida “omisiva”, y consistente en el incumplimiento total de la obligación de resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que venían planteadas. Por último es necesario aclarar qué significa que la motivación debe ser “fundada en derecho”. Sustancialmente se trata de demostrar que la elección escogida por el tribunal no es fruto de una elección arbitraria y personal del órgano judicial, sino que está construida sobre normas jurídicas. Esta exigencia es, por lo tanto, coherente con la finalidad perseguida por la obligación de motivar anteriormente descrita, es decir, despejar todas las dudas que puedan existir sobre la naturaleza jurídica y no política de las resoluciones judiciales (Milione, 2005:16).

Las sentencias del Tribunal Europeo o Estrasburgo relacionadas a la debida motivación de las resoluciones son las siguientes:

- a) Hadjianastassiou vs. Greece
- b) Van de Hurk vs. The Netherlands
- c) Hiro Balani vs. Spain
- d) Ruiz Torija vs. Spain
- e) Helle vs. Finland

²⁴ Cfr. Caso Ruiz Torija e Hiro Barani contra España, Sentencia de 9 de diciembre de 1994

- f) Higgins and Others vs. France
- g) García Ruiz vs. Spain
- h) Hirvisaari vs. Finland
- i) Suominen vs. Finland

2.13. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El profesor Landa refiere que en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, e incisos 3 y 4 del artículo 122 y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, dispone que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial debe encontrarse debidamente motivada., es decir, debe manifestarse en los considerandos la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión, la cual debe contar, por ende, con los fundamentos de hecho y derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera (Landa, 2912: 28).

Únicamente conociendo de manera clara las razones que justifican la decisión, los destinatarios podrán ejercer los actos necesarios para defender su pretensión. La exigencia de que las resoluciones judiciales sean motivadas, por un lado, informa sobre la forma como se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y por otro lado, constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su derecho fundamental de defensa. Este derecho incluye en su ámbito de protección el derecho a tener una decisión fundada en Derecho, lo que, supone que la decisión esté basada en normas compatibles con la

Constitución, como en leyes y reglamentos vigentes, válidos, y de obligatorio cumplimiento.

“[...] La motivación de las resoluciones judiciales como principio y derecho de la función jurisdiccional (...), es esencial en las decisiones judiciales, en atención a que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el Juzgador.[...]”²⁵.

En el artículo 139 inciso 5 de la Constitución menciona de manera expresa que la motivación de las resoluciones debe realizarse de forma escrita, no puede aceptarse una interpretación meramente literal del mismo, “[...]pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal. [...]”²⁶.

Este derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación sin que exista suficiente sustento fáctico y jurídico en la decisión, y que además haya relación entre lo pedido y lo resuelto, quiere decir que el razonamiento que utilice el juez debe responder a las alegaciones de las partes del proceso. Sobre esto, existen dos situaciones

²⁵ Casación N° 918-2011 (Santa), Sala Civil Transitoria, considerando séptimo, de fecha 17 de mayo del 2011.

²⁶ Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116, fundamento 13.

que vuelven incongruente esta relación: cuando el juez altera o excede las peticiones planteadas (incongruencia activa), y cuando no contesta dichas pretensiones (incongruencia omisiva). Pero ello no significa que todas y cada una de las alegaciones de las partes sean, de manera necesaria, objeto de pronunciamiento, sino solo aquellas relevantes para resolver el caso. “[...] *Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes [...]*”²⁷. Pero la motivación deviene en defectuosa cuando, además de carecer de argumentos jurídicos y fácticos sólidos, ocurren dos presupuestos. Primero, cuando de las premisas previamente establecidas por el juez resulte una inferencia inválida; y segundo, cuando exista tal incoherencia narrativa en el discurso que vuelva confusa la fundamentación de la decisión. La motivación debe ser, pues, lógica y coherente. En este sentido, se ha señalado que: “[...] *Una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales señaladas, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por consiguiente, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o in factum*

²⁷ Acuerdo Plenario N° 6–2011/CJ–116, fundamento 11.

(en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma), como la motivación de derecho o in jure (en el que selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma). Por otro lado, dicha motivación debe ser ordenada, fluida, lógica; es decir, debe observar los principios de la lógica y evitar los errores in cogitando, esto es, la contradicción o falta de logicidad entre los considerandos de la resolución [...])”²⁸.

Tal es así que en el ámbito penal, el derecho a la debida motivación supone que la decisión final resulte de una deducción razonable de los hechos del caso y de la valoración jurídica de las pruebas aportadas. “[...] Si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación (i) de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y (ii) de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias [...]”²⁹. La motivación en el auto de apertura de instrucción no debe limitarse a la puesta en conocimiento del justiciable sobre los cargos que se le imputan, sino que debe asegurar también que la acusación que se le hace sea cierta, clara y precisa. El juez debe, pues,

²⁸ Recurso de Casación N° 1068-2009, Sala Civil Transitoria (Lima), considerando sétimo, de fecha 21 de enero del 2011.

²⁹ Acuerdo Plenario N° 6–2011/CJ–116, fundamento 11.

describir de manera detallada los hechos que se imputan y los elementos probatorios en que fundamentan los mismos. En el caso de decisiones de rechazo de demanda o que impliquen la afectación a derechos fundamentales, la motivación debe ser especial, toda vez que en estos casos “(...) *la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal*”³⁰. La detención judicial preventiva, límite al derecho fundamental a la libertad, exige una motivación especial que asegure que el juez ha actuado en conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de esta medida cautelar. En cualquier caso, la falta de motivación puede dar lugar a la nulidad procesal, siempre que: “[...] *el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso [...]*”³¹.

En la actualidad el Tribunal Constitucional Peruano ha emitido sendas sentencias sobre la debida motivación de las resoluciones, las cuales pasamos a mencionar:

- a) STC 00728-2008-PHC/TC Caso Giuliana Llamoja.

³⁰ Exp. N° 00728-2008-HC/TC, FJ. 7.

³¹ Acuerdo Plenario N° 6–2011/CJ–116, fundamento 11.

- b) STC 01480-2006-PA/TC Caso Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.
- c) STC 3943-2006-PA/TC. Caso Juan de Dios Valle Molina.
- d) STC 0090-2004-AA/TC. Caso Juan Carlos Callegari Herazo.
- e) STC 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

2.14. IUSNATURALISMO

Sócrates, Platón y Aristóteles, fueron valiosos en el Derecho. Zenón de Citio se preocupó por establecer la Escuela Estoica, cuya filosofía, dentro del primigenio derecho natural de Heráclito, consideró que todos los hombres eran iguales, con pleno derecho a su libertad y a su dignidad humana (Del Solar, 2009: 24). Para los estoicos la naturaleza está estrictamente regida por leyes, Dios es un poder inmanente, parte del cual vive en cada ser humano. El Estoicismo sostuvo que todos los hombres son iguales e hizo resaltar la distinción entre ley natural y la ley de las naciones; para ellos el derecho natural como que aquello a lo que un hombre tiene derecho en virtud precisamente de su naturaleza humana. La doctrina de los derechos naturales ejerció cierta influencia benéfica sobre la legislación romana, mitigando la suerte de quienes estaban privados de una plena posición social y no debemos olvidarnos que el estoicismo predicaba la hermandad entre los hombres (Russel, 1962: 110 - 113).

Marco Tulio Cicerón se encargó de introducir el estoicismo en Roma, y precisó que hay una ley natural, eterna e inmutable que gobierna la naturaleza y a la cual ningún individuo puede sustraerse sin renegar de su condición humana. El Derecho Natural es propio a todo lo creado por Dios, y cuyo sujeto serían todos los seres vivientes, hombres y animales (Del

Solar, 2000: 9 y 20). El maestro Agustín Hurtado Olivero afirma que el *ius naturale* tendría un ámbito mayor, porque abarcaría a todos los hombres, cualquiera que sea el grado de civilización de la comunidad a la que pertenezcan; estaría representado por aquellos preceptos fundados en la naturaleza humana que se aplican, no sólo a los pueblos cuyo origen, costumbres, civilización y desarrollo económico son semejantes a los de los romanos, sino de todos los pueblos del universo (Hurtado, 1972: 18). Se debe ser consciente de la importancia del derecho natural que sustentó los cimientos del cristianismo y que éste se inspiró en el estoicismo.

El iusnaturalismo ha sido la tradición del pensamiento más duradera, por cuanto, sus orígenes se remontan a Grecia y Roma (Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón, etc); posteriormente el positivismo teológico en la edad media tiene un desarrollo notable con Santo Tomás, San Agustín, Escolástica Española, etc; y, durante la edad moderna surge la época de la ilustración, las teorías del contrato social del Montesquieu, Rousseau, Locke, Hobbes; el iusnaturalismo racionalista con Tomasio, Grosio, Pufendorf. A inicios del siglo XIX, el iusnaturalismo ingreso a una tremenda crisis, no obstante no desapareció, luego de la segunda guerra mundial se detecta un cierto renacimiento de las doctrinas del Derecho Natural. Con relación a la moral y el derecho, Kant (1961) indica que la moral y el derecho tienen un punto en común, que radica en la razón práctica, que nacen del sentimiento y de la voluntad. La citada razón es autónoma, es decir, el hombre encuentra en la ley de sus acciones su propia razón práctica; que tiene como principio fundamental la libertad que todo hombre tiene.

2.15. POSITIVISMO

Primera tesis: Tesis de las fuentes sociales del Derecho.- Los diversos ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente; esta tesis indica que el Derecho es una creación humana e histórica (contingente en el espacio y en el tiempo), no siendo un resultado de instancias trascendentes o metafísicas. La existencia de Derecho en una sociedad sólo depende de determinados hechos sociales observables. Dentro del iuspositivismo hay versiones distintas sobre el alcance que ha de darse a esta tesis de las fuentes sociales del Derecho, positivismo filosófico y positivismo jurídico.

Segunda tesis: tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.- El concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando únicamente propiedades descriptivas, es decir, la calificación como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia, por tanto no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral.

Positivismo filosófico.- El término positivismo es anterior al de positivismo jurídico, el cual representa la plasmación en el campo del Derecho, de toda una gran orientación acerca del conocimiento en general, que en el siglo XIX se consolidó definitivamente en los diversos campos del saber humano, como por ejemplo: en la filosofía, ciencias naturales y en las ciencias sociales y humanas (sociología, historia, economía, etc).

El positivismo en general puede ser llamado positivismo filosófico (Fassó), puesto que, se trata de una determinada corriente de filosofía,

recibe también otras denominaciones como positivismo científico, positivismo sociológico o positivismo a secas, más que una doctrina o una teoría es una mentalidad o actitud genérica acerca del conocimiento humano: una actitud empirista, científicista o materialista que se opone a la visión idealista, metafísica o cuasi-religiosa del mundo y de su conocimiento. El positivismo importa el rechazo de la metafísica y de los valores como objeto de conocimiento y defiende el método de observación empírica y de la inducción, no sólo para ciencias naturales, sino también para las ciencias humanas o sociales.

De acuerdo a Juan Antonio Perez Lledó y Daniel Gonzales Lagier el positivismo jurídico sería la versión jurídica del positivismo filosófico o general, supuestamente porque el positivismo jurídico tendió, desde sus orígenes, hacia un tipo de formalismo que en realidad se alejaba demasiado mucho del genuino espíritu empirista del espíritu empirista del positivismo filosófico o sociológico; y aunque, había antecedentes como la Escuela Histórica de Savigny, sólo décadas después en Europa, hacia el último tercio del siglo XIX aparecerá, dentro del iuspositivismo, una reacción sociologista (más positivista en el sentido del positivismo filosófico) contra el formalismo. Así pues, la relación entre positivismo filosófico y positivismo jurídico resulta un tanto compleja, pues se tiene que distinguir dos grandes corrientes dentro del positivismo jurídico:

- Un iuspositivismo sociológico o sociologista o realista o historicista, claramente enraizado en el positivismo filosófico; y,
- Un iuspositivismo formalista o legalista que se aleja del positivismo filosófico.

La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen correspondería en muchos aspectos con la corriente formalista; pero tiene peculiaridades que la distingue del formalismo del siglo XIX. Por su parte, la teoría de Hart representa un sensato equilibrio entre los polos formalista y realista (equilibrio quizá escorado hacia una visión más sociológica). Por otro lado, (González, 2014) Bobbio evolucionará desde posturas más bien formalista hacia otras más sociológicas; por último, la teoría de Dworkin puede interpretarse como una cierta recuperación de la vieja tradición iusnaturalista, aunque a una versión contemporánea y muy peculiar.

Existe una afirmación antes manifestada y es justamente la que el iuspositivismo formalista es en realidad mucho menos positivista que el sociológico; decir esto no significa sostener que el positivismo jurídico formalista se aleje mucho del positivismo filosófico que no merezca también el calificativo de “positivista”, vale decir que entre los dos terrenos jurídicos existe un terreno común, es decir, un mínimo común denominador que permite llamar positivista a ambas corrientes jurídicas (también a la formalista), al mostrar el contraste entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo (Bobbio, 1991). Los dos iuspositivismos (formalista y sociologista) estarían de acuerdo a la hora de rechazar las dos tesis centrales del iusnaturalismo (que sería su enemigo común) debido a las siguientes razones antes expuestas (González, 2014):

a) Ambos iuspositivismos niegan la existencia del Derecho natural, esto es, que negarían el carácter de Derecho de esos principios universales e inmutables defendidos por los iusnaturalistas, serían en su caso, principios morales no jurídicos.

b) Y el punto más importante es que ambos negarían también la tesis iusnaturalista de que el Derecho positivo sólo es Derecho si sólo es moralmente justo, es decir, respecto del concepto de Derecho, los dos iuspositivismos defienden por igual la segunda tesis del positivismo jurídico (que era la negación de la segunda tesis del iusnaturalismo): para ambos la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia, ya que, no existe una conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral. Es necesario analizar la primera tesis del iuspositivismo, la llamada “tesis de las fuentes sociales del Derecho”. Los dos iuspositivismo (formalista y sociologista) comparten también lo básico de esta tesis (por eso incluíamos como tesis general de todos los iuspositivismos) sin embargo le dan una fuerza o alcance diferente. Los formalistas lo defenderían en un sentido más débil.

Los tres sentidos del positivismo jurídico no siempre son defendidos en forma conjunta, por cuanto, los juristas pueden defender al enfoque conceptual o metodológico sin estar de acuerdo con el enfoque teórico o ideológico; siendo ello así es necesario desarrollar cada uno de los enfoques:

Primero: Positivism jurídico como enfoque (iuspositivismo conceptual o metodológico)

El positivismo jurídico (González, 2014) es la tesis central que comparten todos los diversos iuspositivismos tanto formalistas como realistas, y que les diferencia del iusnaturalismo: la segunda tesis del iuspositivismo, la de la separación conceptual ente Derecho y moral.

Deviene en una tesis que establece la no existencia de conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral: distingue conceptualmente el Derecho de la moral, distingue entre “Derecho que es” y “Derecho que debe ser”. Ahora bien es necesario indicar que una norma jurídico – positivo sea inmoral no significa que sólo por ello deje de ser Derecho y si moralmente justa, no significa que sólo por ello sea jurídica. El juicio sobre la juridicidad de las normas es independiente del juicio sobre su “moralidad” porque lo jurídico se define e identifica no atendiendo a un juicio moral acerca de su justicia o injusticia, sino mediante la constatación de ciertos hechos verificables, como: 1) que la norma emane de ciertos órganos jurídicamente competentes; 2) mediante cierto procedimiento jurídicamente regulado; y, 3) su contenido no infrinja normas jurídicas jerárquicamente superiores; los iuspositivistas sociologistas exigen, además, que la norma sea generalmente obedecida y aplicada, ósea, eficaz.

El positivista como “enfoque” o “conceptual” (González, 2014), cuando niega la conexión conceptual entre Derecho y moral (entre las propiedades que definen el concepto de Derecho él no incluye la de su corrección moral), no está sosteniendo que entre Derecho y moral no exista relación alguna. El positivista conceptual puede admitir, y de hecho lo hace, conexiones “causales” entre Derecho y moral: la causa que de hecho explica que el legislador dicte ciertas normas jurídicas es a menudo que considera que existe una exigencia moral –del propio legislador o de la sociedad- que conviene proteger mediante el Derecho; pero lo que constituye o define a esas normas como jurídicas no es el que sean

exigencias morales, sino el hecho que el legislador las ha dictado; si no lo hubiera hecho seguirían siendo exigencias morales, pero no serían normas jurídicas.

El positivismo conceptual, también admite la obviedad de que existen múltiples conexiones “de contenido” entre el Derecho y la moral: normas jurídicas (por ejemplo: la prohibición de matar) coinciden en su contenido con normas morales, dicen lo mismo; pero, de nuevo, lo que las hace jurídicas no es esa coincidencia de contenido (que la prohibición de matar sea moralmente correcta), sino los criterios propiamente jurídicos (que esa prohibición este recogida en una norma jurídica válida según los criterios de validez del propio Derecho).

Segundo: Positivismo jurídico como teoría

El positivismo jurídico (González, 2014) como teoría se entiende como un conjunto de teoría, concepciones y tesis relativas al Derecho positivo: a las normas jurídicas, a las fuentes del Derecho, a los rasgos de los sistemas jurídicos, al papel de los aplicadores del Derecho (jueces), a la interpretación jurídica, etc. El iuspositivismo como enfoque era una tesis conceptual acerca de qué es Derecho y qué no lo es (delimitación del concepto de Derecho, acotación del ámbito de lo jurídico: separado de la moral).

En cambio, el iuspositivismo como teoría es un conjunto de tesis descriptiva que versa fundamentalmente acerca de cómo es el Derecho positivo “puerta adentro”, es decir, una vez acotado un concepto de Derecho (por ejemplo, separándolo de la moral, como hace el

iuspositivismo conceptual), el iuspositivismo “como teoría” va más allá y predica descriptivamente una serie de rasgos que supuestamente caracterizarían aquello que ha quedado ya dentro del concepto de Derecho. Esos rasgos vienen a coincidir con la visión del Derecho propia del iuspositivismo de tipo “formalista” (más que del sociologista), dichos rasgos o tesis sobre el Derecho positivo, a menudo ligadas entre sí (González, 2014), son:

a) Estatalismo

El derecho positivo es un conjunto de mandatos o prescripciones emanadas de un poder soberano capaz de monopolizar el ejercicio de la fuerza: El Estado, las normas jurídicas son normas producidas por el Estado o al menos reconocidas o recibidas por el Estado, o producidas por delegación suya (Pusarello, 1988).

Esta tesis puede entenderse situada todavía en el nivel de la acotación del concepto de Derecho, si entendemos la estatalidad como una propiedad necesaria o definitoria de Derecho. Existen otros iuspositivistas que defienden el estatalismo del Derecho en un sentido más débil: no habría una conexión conceptual entre Derecho y Estado (no llegarían a sostener la tesis de que sólo es Derecho, por definición, el Derecho del Estado). La conexión entre Derecho y Estado sería histórica (González, 2014), y por ello contingente, al menos en las sociedades occidentales contemporáneas, las normas que fundamentalmente interesan a los juristas como Derecho positivo están puestas directa o indirectamente por

el Estado; pero nada impediría llamar también Derecho a ordenamientos estatales como el derecho canónico o el Derecho internacional.

b) Coactividad

El iuspositivismo como teoría enfatiza la coactividad del Derecho, es decir, su estrecha relación con la aplicación –efectiva o potencial- de la fuerza física. El Derecho sin la fuerza es una palabra vacía manifestó Ihering; “una norma jurídica sin coerción es un fuego que no quema, una luz que no alumbraba”. Ahora bien, esta conexión entre Derecho y fuerza ha sido entendida de formas distintas.

Austin y Ihering indican que la conexión es “externa”: típicamente, las normas jurídicas se dirigen directamente a los ciudadanos ordenándoles cierta acción u omisión, lo cual en sí mismo resulta ya inteligible como norma que guía la conducta; ahora bien: como “medio” para asegurar el cumplimiento de la norma, a ésta se la respalda con un añadido “externo”, que es la amenaza de la sanción. La coactividad es pues un “refuerzo” que se supone a la norma “desde afuera”, y la acompaña para asegurar que se obedezca lo que ella primariamente ordena (consiste en alguna otra conducta distinta de la sanción).

Kelsen, Ross y Olivecrona refieren que la conexión es “interna”, mucho más íntima. Según esta otra visión, el contenido mismo de las normas jurídicas consiste en la regulación del uso de la fuerza: las normas jurídicas tendrían como función principal determinarlas condiciones bajo las cuales puede y debe usarse la fuerza por parte del aparato del Estado. Las normas jurídicas no van dirigidas a los ciudadanos ordenándoles ciertas

conductas sino que van dirigidas a los órganos estatales (principalmente a los jueces) ordenándoles siempre la misma conducta: la imposición de sanciones, cuando se den ciertas condiciones (por ejemplo, cuando se den ciertas conductas de los ciudadanos, que es lo que al final se trata de evitar).

c) Imperativismo o prescriptivismo

El Derecho es un conjunto de normas que son siempre mandatos de conducta producto de actos de prescribir emanados de una autoridad y dirigidos a quienes están sujetos a ellas (bien sea en el sentido estricto de órdenes de un concreto soberano fáctico que de hecho es obedecido, o bien en el sentido más flexible y abstracto de prescripciones del “legislador”). Se desconoce o desatiende la existencia de otros tipos de enunciados jurídicos que no son prescripciones (definiciones, enunciados valorativos, reglas constitutivas, reglas técnicas, reglas que confieren poderes).

d) Legalismo

En cuanto a las fuentes del Derecho, se enfatiza la supremacía de la ley escrita. Las demás fuentes costumbres, principios, jurisprudencia, doctrina científica), o no se consideran genuinas fuentes del Derecho (son sólo fuentes aparentes del Derecho), o en todo caso su validez deriva de la ley y está subordinada a su reconocimiento por parte de la ley.

e) Sistemática

En cuanto al ordenamiento jurídico en su conjunto, se considera que éste conforma un verdadero sistema, dotado de las propiedades de unidad (fundamento único de validez para cada sistema jurídico, que lo unifica y lo individualiza respecto de los demás sistemas), plenitud o completitud (ausencia de lagunas) y consistencia (ausencia de antinomias).

f) Deductivismo o logicismo

En cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho (función judicial), se considera que los jueces no crean Derecho, sino que se limitan a deducir “mecánicamente” –utilizando únicamente los métodos de la lógica- las soluciones a los casos que se supone que se derivan unívocamente a partir de reglas preexistentes de Derecho positivo (sin acudir a reglas o criterios externos al propio sistema jurídico – positivo, es decir, sin recurrir a normas creadas por el mismo juez o tomadas de otros sistemas normativos).

Paralelamente, también se considera que es una mera actividad lógica la actividad interpretativa y sistematizadora llevada a cabo por la Ciencia del Derecho.

Tercero: Positismo jurídico como ideología (iuspositivismo ideológico o ético, o concepción legalista de la justicia)

El iuspositivismo (González, 2014) no es ni una tesis conceptual sobre el concepto de Derecho, ni tampoco una tesis descriptiva acerca de los rasgos que de hecho caracterizan al Derecho positivo. Ahora se trata de una tesis valorativa o prescriptiva acerca de la moralidad. Acerca de la moralidad del Derecho positivo.

El iuspositivismo ideológico sostiene que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho positivo, es decir, independiente de cuál sea el contenido de sus normas, es moralmente justo, y por tanto tenemos el deber moral de obedecerlo. Con otras palabras, el juicio acerca de la moralidad del Derecho se hace depender del juicio acerca de su juridicidad. Si una norma es jurídica (es válida), entonces, por el mero hecho de ser jurídica (no importa qué sea lo que ordene), es necesariamente justa, y tenemos el deber no sólo jurídico –lo cual sería una obviedad- sino también moral de obedecerla.

Esta tesis, (Gonzáles, 2014) aparece como una irracional adoración moral al Derecho positivo, cualquiera que éste sea: una especie de infantil fetichismo hacia el Derecho, cuya moralidad es ciegamente aceptada “porque sí”. “La ley es la ley”, diría el positivista ideológico, “y por serlo debemos obedecerla” (y esto sólo cabe entenderlo como que “moralmente debemos obedecerla”, pues decir que “jurídicamente” debemos de obedecerla es una trivialidad: ya estaba dicho al decir que se trata de una ley). Es como si el positivista ideológico no fuera mayor de edad para sostener un criterio ético propio, independiente, desde el cual evaluar al Derecho y elogiarlo o criticarlo según se conforme o no a ese código moral que él sostenga.

Cabe sin embargo otra versión menos absurda (aunque, desde luego, todavía muy criticable) del positivismo ideológico. Esta otra versión defiende el deber moral de obedecer siempre al Derecho, pero ya no “porque sí”, sino que intenta fundamentar ese deber en un valor último que

se acepta de manera independiente: el valor de la paz. En síntesis, el argumento sería el siguiente:

1) Se parte de un fuerte relativismo moral: no hay criterios universales sobre lo justo, cada uno sostiene una idea distinta y es imposible un acuerdo racional.

2) Esos desacuerdos pueden llevarnos a la lucha continua de unos contra otros, a la imposibilidad de la convivencia pacífica en sociedad.

3) Frente a este peligro, cualquier Derecho positivo, cualquiera que sea el sistema de valores morales que incorpore (el cual será aceptado por algunos y rechazado por los demás), al menos realiza un valor que sí es aceptado por todos o casi todos: el valor del orden, la paz, la seguridad. Y ese valor lo realiza efectivamente cualquier Derecho positivo por el mero hecho de ser positivo, por su positividad misma, que no es otra cosa sino el hecho de que ese ordenamiento ha logrado imponerse establemente, es decir, ha instaurado un cierto orden de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una sociedad (cualquier Derecho positivo, por definición, al menos impone de manera efectiva decisiones últimas que zanján las disputas). Ese orden podrá gustar más o menos a unos y a otros, seguirá el desacuerdo sobre si es un orden justo o injusto (no hay criterios objetivos al respecto, según esta postura), pero al menos, al ser positivo, representa la paz y evita que nos matemos unos a otros. En suma, si se considera que la paz es el valor supremo, o al menos el único sobre el que cabe un acuerdo, entonces a lo máximo que podemos aspirar no es a un “Derecho justo” (tal cosa no existe objetivamente), sino a que exista “algún” Derecho: aquel que logre imponerse (o sea, aquel que sea

positivo) deberá ser obedecido, pues es el que ha instaurado aún tipo de orden.

Repárese en cómo (González, 2014), en esta segunda versión, el positivismo ideológico ya no dice que existe un deber moral de obedecer al Derecho positivo “porque es positivo”, sin más, sino que hay que obedecerlo “porque, al ser positivo, instaura un orden y el orden es el valor moral supremo”. Por supuesto, frente a este positivismo ideológico cabe seguir discutiendo, por ejemplo, acerca del fuerte relativismo moral en que descansa, o acerca de si el orden siempre debe prevalecer sobre cualquier otro valor.

2.16. NEOCONSTITUCIONALISMO

La elección del término neoconstitucionalismo ha sido afortunada, su difusión es resultado de identificación del fenómeno. La palabra neoconstitucionalismo tiene una fuerza denotativa y connotativa, porque demasiados pueden parecer los neoconstitucionalismos (Pozzolo, 2011: 7).

Es importante indicar que la identificación de opciones teóricas diferentes que tienen un aire de familia, entre ellas, “es bastante común entre las grandes corrientes de pensamiento: basta con pensar que el iusnaturalismo y ver todas las formas teóricas y políticas que esta locución identifica, diferentes entre sí, pero con lado en común” (Pozzolo, 2011: 7).

Susana Pozzolo refiere que no existen muchos neoconstitucionalismos, sino que se trata de distinciones de temas o de acentos, todas ellas comprendidas en una única postura o perspectiva.

Se debe resaltar que en el Derecho la unidad ha promocionado un debate conceptual sobre los términos fundamentales como: valores constitucionales, la ponderación, el universalismo, el particularismo jurídico, entre otros términos, lo que ha generado una discusión relativa a la obra de algunos autores como Robert Alexy o Carlos Nino, pero separados uno del otro. En cambio el neoconstitucionalismo tiene la pretensión de abarcar completamente el fenómeno jurídico, lo que es difícil que lo logre sólo un autor, pues lo lógico es que sea logrado con éxito por una corriente de pensamiento. En este extremo, se debe señalar que hay más de una visión del mundo, pues existen preocupaciones parcialmente distintas, pero todas guardan relación entre ellas, es decir, tienen un aire de familia.

Pozzolo estudia el debate neoconstitucional, desde los valores fundamentales, la interpretación del Derecho, interpretación de la lógica, temas que abarcan las ramas de la moderna discusión político – jurídica. El neoconstitucionalismo se ha difundido tanto que evidencia proximidad entre Europa y América Latina. En los últimos doscientos años, desde el punto de vista político e institucional, se consideran dos eventos para comprender el presente político – jurídico, sobre todo de occidente, estos son precisamente: el consenso como criterio político y el éxito de las cortes constitucionales; lo peculiar es que ambos factores institucionales desarrollan tendencias contradictorias entre sí y representan el constitucionalismo moderno basado en la división de poder y equilibrio de las funciones. Por un lado, la voluntad de los gobernantes; por otro, el juicio basado en reglas, es decir, la contingencia política y la estabilidad del

Derecho; el recorrido no ha sido lineal, se ha visto fuertes concentraciones de poder y grandes guerras, lo que, actualmente pareciera estabilizarse aparentemente. En la actual búsqueda por un nuevo equilibrio se ha afirmado la perspectiva del neoconstitucionalismo. Las bases de la doctrina se pueden encontrar en las disputas entre Herbert Hart y Ronald Dworkin.

El debate que han generado Herbert Hart y Ronald Dworkin ha dado vida a los múltiples positivismo jurídicos, a nuevos iusnaturalismos y distintas posiciones, entre los cuales se coloca el neoconstitucionalismo.

Hablar sobre la pluralidad de posiciones neoconstitucionalistas, ha sugerido la presencia de una pluralidad de doctrinas, dicha afirmación no es pacífica y conforme al pensamiento de la profesora Pozzolo, puesto que, si bien es cierto que se han diversificado los aspectos que se discuten en cada caso, pero las diferencias no son tan profundas como para justificar la pluralidad de neoconstitucionalismos.

El término neoconstitucionalismo ha sido creado para denominar un cierto modo antipositivista de aproximarse al Derecho, lo que significa que es una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni post positivista; que se caracteriza principalmente por oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico como: principios versus reglas, ponderación versus subsunción, constitución versus legislación, judicial versus legislativo.

La resaltante oposición entre principios y reglas, es un tema que constantemente es rebatida en la literatura neoconstitucionalista, y que ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico y que concomitantemente ha servido para la apertura de una mesa analítica de

discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico (Zagrebelky, 2003: 32).

Las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un pedigree que les permite un control de validez. Los principios derivan su validez de la importancia, de la razonabilidad, de vehicular valores.

Pozzolo indica que el Derecho del Estado Constitucional se distancia del legalista por la presencia de los principios. Se trata de una mutación genética, que inicia del Estado de Derecho decimonónico y legalista el Estado Constitucional de Derecho. La oposición entre ponderación y subsunción depende de la naturaleza y el papel de los principios en el sistema jurídico. Por un lado, la subsunción, considerada, erróneamente o con razón, como propia del iuspositivismo, estaría pensada y concebida para un Derecho formado exclusivamente por reglas; y, por otro lado, la ponderación es propia de un derecho compuestos por principios, en otras palabras, se puede señalar que la idea de subsunción está conectada con el valor de legalidad, a partir del reconocimiento de la falta de legitimación política del juez, que aplica una decisión tomada por otros, y precisamente por eso subsume el hecho en el dispositivo normativo. No puede decirse lo mismo de la idea de ponderación que, más bien, pide al intérprete valorar o sopesar los valores o los hechos del caso, volviendo a discutir las decisiones tomadas por otros o decidiendo allí donde otros, políticamente legitimados, no han decidido.

Respecto del término ponderación no hay una definición unívoca, por ello, puede ser entendida como una técnica dirigida a equilibrar los valores incorporados por el derecho, teniendo en cuenta las necesidades de justicia que surgen en cada caso concreto. La constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide, pues está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Pozzolo continúa señalando que el contenido literal de la constitución pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral, con lo afirmado no pretende la profesora afirmar que la referida fuerza vinculante fuese invencible, pero es claro que era la idea que estaba detrás de la implantación del Estado de Derecho y luego del Estado Constitucional.

Ponderación y un amplio uso del criterio de razonabilidad favorecen la confusión de papeles y funciones institucionales, como: la Corte Constitucional, que oscila entre el rol jurisdiccional y el del legislador consciente y prudente.

El profesor de la Universidad de Génova ha hablado oportunamente de constitucionalización del ordenamiento jurídico para describir el proceso y el resultado de esta presencia constitucional (Guastini, 2014: 185).

Con una constitución que encamina al legislador, que lo guía y dirige, es decir, con una Constitución sustancialmente regulativa, el Poder Legislativo no sirve más que para traducir en normas los principios superiores; en este caso, el Poder Judicial puede sin ninguna usurpación

de poder ya que se trata de una mera aplicación. La democracia se expresa a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto fundamental.

Las raíces más profundas del neoconstitucionalismo se pueden rastrear en el corazón del proceso histórico que lleva a los sistemas jurídicos modernos a dotarse de una Constitución, además de estar conectadas con los desarrollos políticos de la segunda postguerra mundial.

A partir de la mitad del siglo veinte, la difusión del Estado Constitucional es incontenible, pero no lleva consigo la tradicional ideología constitucionalista (se hace referencia a la más antigua doctrina de la limitación jurídica del poder), la misma que se diferencia de la doctrina de los derechos humanos que ésta comprende. La referida ideología constitucionalista se encuentra ligada a la división de poderes. La constitución representa, por el contrario, el vehículo para una doctrina más genérica de los derechos humanos. La constitución de la segunda mitad del siglo veinte se caracteriza de hecho por un catálogo desafiante de derechos, formulado de manera perentoria y vaga al mismo tiempo. La transformación de las declaraciones políticas en documentos jurídicos lleva al nacimiento de tribunales peculiares, capaces de juzgar las leyes y no a los súbditos. El reconocimiento de una autoridad creciente a los tribunales acentúa el desequilibrio constitucional a su favor, produciendo una demanda creciente de aplicación de la Constitución. La concreción de las normas constitucionales, que atribuyen derechos o establecen principios, ha sido asumida poco a poco, por los tribunales. Lo que ha favorecido al Poder Judicial y una notable difusión de la argumentación mediante valores. Posiblemente la Constitución densa habría podido conducir a una

amplia traducción de principios en reglas, según una ideología dirigida a limitar los poderes dispositivos de la función jurisdiccional (Atienza, 1996: 123); con una mayor responsabilidad del legislador y una tendencia a la (undefeasibility) intangibilidad de los derechos en el tiempo concretizados, a una estabilización en lugar de la continua ponderación. Para poder emprender esta línea, serían necesarias otras premisas: al menos una difusa conciencia naturalística de los derechos humanos, una democracia menos atravesada por lobbys e intereses locales. Los lobbys entendido como en su sentido negativo, y no formal como se tiene regulado en la Ley de Gestión de Intereses, como tráfico de influencias y grupo de presión formado por personas con capacidad para presionar sobre un gobierno o una empresa, especialmente en lo relativo a las decisiones políticas y económicas.

Por el contrario, se ha desarrollado un difuso enfoque neoconstitucionalista que en lugar de restringir los márgenes de indeterminación de las disposiciones ha contribuido a ampliarlos y ha favorecido el desplazamiento de poder en la jurisdicción, lo que es verdaderamente resaltante en la actualidad. Todo esto ocurre, en la contextual afirmación de la forma política democrática, de los sistemas de welfare state y de su crisis, así como de la creciente internacionalización económica.

Del origen de la constitucionalización se llega a la introducción de las constituciones densas. Dotadas de un fuerte espíritu sustancial, aparentemente capaces de dotar de un sentido concreto a fórmulas lingüísticas abstractas. Estas constituciones durante el proceso de

concreción se revelan plastilina en manos de los intérpretes y contribuyen a evidenciar la crisis del parlamentarismo. En la crisis de una función encuentra espacio otra. Con mayor frecuencia, el Poder Judicial es llamado a resolver conflictos de carácter político que no le serían propios. El juez de las leyes, aplicando directamente la Constitución, ve transformarse su función de control en una actividad subsidiaria de la parlamentaria.

El neoconstitucionalista ha interceptado el papel que venían asumiendo los tribunales, recogiendo el descontento difuso hacía una teoría que no ofrecía respuestas normativas a las cuestiones del presente.

La constitución moderna nace como fundamento del límite, como condición jurídica para el poder legítimo. Se articula en un conjunto de disposiciones contra el gobierno arbitrario, quiere encauzarlo el poder, confinarlo, para dejar amplio espacio al libre desarrollo de la individualidad; es una constitución liberal. Pero por esto impone vínculos sustanciales: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Estas constituciones no sólo representan el orden institucional, sino que expresan la reivindicación de la igualdad y de la dignidad humana. De estos principios se hace Derecho: libertad, igualdad y fraternidad son las consignas de la Revolución francesa.

La Constitución no es una mera técnica de ordenamiento, ni tampoco de contenido ni de limitación al poder, es una reacción política contra el orden pasado, la nueva ley fundamental representa el orden proyectado, la afirmación de la política, declara los derechos y funda un nuevo orden de

cosas, artificial y pensado, que se impone sobre la naturaleza que ahora se perciben como desordenada (la inmutabilidad de lo natural).

Sobre la base del fundamento institucional e ideológico se construyen las constituciones densas del siglo veinte, que aparecen simbólicamente después de un cambio, de una fractura, reafirmando el ideal de los derechos y las formas democráticas contra la crisis que convulsionó la primera parte del siglo. A partir de ese momento, la democracia queda ligada de modo indisoluble a la idea de que solo tomándose los derechos en serio, se podrá tomar una sociedad más igualitaria y un Derecho legítimo.

Si bien este tipo de Constitución no implica necesariamente un enfoque neoconstitucionalista, es ciertamente su carácter denso lo que ofrece la base para el florecer de la omnipresencia constitucional.

El proyectado equilibrio entre derechos individuales (libertad y propiedad) y sociedad liberal encuentra distintas dificultades en el desarrollo capitalista entre los siglos diecinueve y veinte. La previsión del sujeto único de derecho, esto es, la igualdad de" todos los ciudadanos que tienen de igual manera igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales" como se regula en el artículo 3 de la Constitución italiana. La referida previsión del sujeto único de derecho, necesario para la teoría liberal y conveniente para el sistema económico capitalista, es determinante para el desarrollo de la organización democrática. Los derecho inician entonces su proceso de expansión, el

espacio libre se reduce y la sociedad elitista liberal se dirige hacia su transformación en sociedad democrática y de masas. Este conjunto de elementos influye en el trabajo de los intérpretes y contribuye a iniciar un proceso irreversible que ha empujado al constitucionalismo a declinarse invariablemente como una teoría de los derechos.

De ser límite jurídico al poder, la Constitución se convierte en un pacto de ciudadanía, se convierte en la razón en torno a la cual se pueden unir las diferencias de una sociedad más compleja; tratándose del Perú con mucho más razón, debido que se trata de una sociedad pluralista y las diferencias ideológicas, culturales y sociales son muy marcadas, lo que genera una serie de diferencias y problemas coyunturales que se ven en todo el territorio nacional.

De ser límite jurídico al poder, la Constitución se convierte en un pacto de ciudadanía, se convierte en la razón en torno a la cual se pueden unir las diferencias de una sociedad cada vez más compleja.

Los derechos, enunciados originariamente contra el poder, en el paso del proyecto liberal a la sociedad democrática, se convierten en pretensiones hacia el poder, directrices vinculantes para la acción política, dirigida a concretarlos para dar sentido al pacto (Iglesias, 2006: 89): mientras libertad e igualdad se traducen en la forma democrática, la fraternidad se concreta en el desarrollo del Estado social y en la aplicación de los derechos positivos. A partir de la aplicación de la igualdad y del orden político desnaturalizado, sólo la concreción y la realización de las promesas contenidas en el pacto puede fundar y producir razones para la unidad.

El papel impulsor confiado a la Constitución, casi imperceptiblemente, implica una redimensión del garantismo tradicional. La tendencia al despotismo, considerada hasta entonces como consustancial al poder, se traduce en la búsqueda de un equilibrio entre decisiones de la mayoría y tutela de la minoría: la concreción de los derechos, sobre todo de los sociales y colectivos, ocupa el puesto de las garantías de libertad; en resumen, se percibe cada vez menos el peligro de la autoridad. We the people, La sovranità appartiene al popolo, rezan las constituciones, confundiendo la honorífica soberanía popular con la gestión efectiva del poder. Para comprender el cambio puede ser útil observar cómo el sentido del texto cambia profundamente según el punto de observación. Se podría decir que en la perspectiva política de quien hace la Constitución, la “soberanía del pueblo” es una afirmación contra, contra l’ acien regime, contra el poder mencionado que es históricamente distinto del pueblo. Por el contrario, en la óptima de quien ya tiene una Constitución, una densa, el reconocimiento constitucional de la soberanía popular es sólo una confirmación de la democracia y de la igualdad, casi una fórmula retórica: que aquí el poder no es otro, no es algo contra lo que fijar límites, no parece representar por sí mismo una amenaza.

Existe relaciones conceptuales e históricas entre el liberalismo, constitucionalismo y democracia; sin embargo, se puede señalar cómo en el curso del siglo veinte parece poco a poco más claro que es imposible defender la democracia refiriéndose banalmente a la capacidad deliberativa de los ciudadanos. La democracia muestra la marca de sus fallos (Rodotá, 2004: 50):

- La persecución de la igualdad “a nadie se le oculta que (...) ha ido enturbiándose hasta desaparecer de la agenda política”.
- El interés común está parcelado.
- Las oligarquías son cada vez más potentes.
- Es difícil ver una progresiva democratización de la vida cotidiana.
- Se disuelven los referentes culturales, dejando desorden y confusión.
- El poder es cada vez más opaco, paradójicamente también gracias a la tecnología electrónica.

Si la mayor educación ha contribuido a mejorar muchos aspectos de la vida colectiva, no ha producido una mayor virtud en el ejercicio de la ciudadanía (Greppi, 2006: 16 - 19).

No han quedado satisfechas las promesas liberales, sino también las promesas social-democracias están en crisis: los recursos son escasos y no están claros los criterios para dividirlos. Es aquí donde debería intervenir el legislador con sus valoraciones; y donde intervienen los tribunales con sus balances y sus ponderaciones.

El juicio sobre las leyes adquiere color propio, es decir, se parece más a una valoración de las políticas implementadas o realizadas por el legislador. Juzgando de tal manera, sobre la base de los resultados, las leyes son más fácilmente invalidables, y se consigue un posterior desplazamiento del poder dispositivo a favor de la función judicial y produce el correspondiente debilitamiento de la función legislativa y como reflejo de la función ejecutiva.

La teoría tarda en acogerse, empero se trata de un cambio profundo. Si bien, las constituciones del dieciocho revolucionaron el “poder”, desnaturalizándolo y pretendiendo una justificación, así el cambio se convierte en ruptura en el curso del siglo veinte, al afirmarse la superioridad de las constituciones y estabilizarse la democracia; de esa forma, la Constitución se hace cada vez más penetrante, sino que es el “Derecho entero” que se hace más invasivo, regulando cada ámbito colectivo e individual de la vida. Se podría ver aquí una tendencia antiliberal de la democracia (la humanidad está justificada, individualmente o colectivamente a interferir sobre la libertad de acción de cualquiera solo con el fin para el cual se puede legítimamente ejercitar un poder sobre cualquier miembro de una comunidad [...], contra su voluntad, es para evitar daño a otros) (Stuart, 1993: 22).

Frente a los cambios apuntados, parte de la doctrina ha lamentado una carencia de instrumentos normativos; instrumentos que el positivismo jurídico no podía ofrecer, pero que la vuelta de la discusión normativa como discusión ética ha hecho percibir como cada vez más necesario. El enfoque lingüístico del Derecho se percibe como insatisfactorio por parte de los intérpretes (no sólo constitucionales) para afrontar las tareas que poco a poco se perfilan.

Con la profundización del proceso de constitucionalización, el Derecho aparece cada vez como una práctica que tiene que ver con valores, con la sustancia, no sólo, y quizá no tanto, con el lenguaje.

La doctrina de los límites de jurídicos al poder político ofrece distintas posibilidades de acción. El Estado de Derecho fundado sobre el principio de legalidad, que constituye en uno de los tantos elementos que constituyen fundamento esencial. Distinguiendo entre límites procesales y de contenido, se encuentra una mezcolanza en las constituciones de la postguerra, sin embargo, Pozzolo indica que la larga tradición del constitucionalismo se caracteriza sobre todo por las barreras de tipo:

- Procesal
- Reglas de estatus
- Reglas de clase
- Atribuciones de competencia

El constitucionalismo del siglo dieciocho se diferencia respecto a esta tradición, inaugurando una tipología de documentos caracterizada por una descompensación hacia previsiones que establecen fuertes límites sustanciales, contenidos de sentido que florecerán sucesivamente en las constituciones de la postguerra.

El neoconstitucionalismo no es una doctrina constitucionalista, es una teoría general del Derecho.

El significado moderno de Constitución es rupturista, se une a la revolución americana y francesa, a la redacción escrita de los documentos jurídicos y a la función garantista fundante del documento.

Si en el concepto antiguo la Constitución es orden, en el concepto moderno la Constitución es regla o norma. Se verifica una ruptura conceptual: el concepto de un orden natural, al que la regulación de la

actuación humana se debe conformar, deja su puesto al de un orden artificial, proyectado por un mismo humano que se somete al mismo orden que crea. Le subyace. Irrumpe la categoría del consenso, de la razón, del proyecto que se impone sobre la naturaleza desordenada. El momento fundante reclama la declaración y el arraigo de algunos principios y derechos sobre los cuales pudiese surgir la nueva sociedad. Se trataba precisamente de una revolución. El problema, no era sólo limitar el poder, sino fundar uno nuevo: a las reglas procedimentales, a la división del poder, se añade ahora la declaración de los derechos. Se trata de un nuevo orden que constituye un paso adelante en el camino de la emancipación de la humanidad frente a la naturaleza: el poder, sus sujetos y sus súbditos no son ya un orden dado por la naturaleza, sino que encuentra ahora fundamento en una norma (en este marco se comprenden bien las propuestas anti constitucionalistas, típicas de la revolución francesa, que concentran el poder en manos del Parlamento, llevando toda decisión dispositiva al órgano popular).

Se ha hablado en este contexto de constitucionalismo fuerte, subrayando la doble insistencia sobre la necesidad de la Constitución y sobre la necesidad de contenidos específicos que, traducidos en la teoría de los derechos, se dirigen hacia un constitucionalismo de las reglas (el otro constitucionalismo fuerte es el de los “contrapoderes”). Esto es lo que encarna la modernidad y se difunde durante la segunda mitad del siglo veinte a nivel planetario (también porque el proceso de la primera constitucionalización, esto es, la inserción del texto constitucional en el

sistema jurídico, había alcanzado ya una veloz difusión, más allá de los países en los cuales nació la idea).

El constitucionalismo de las reglas tiene aún un espíritu liberal: se caracteriza por delimitar una esfera de libertad individual dentro de la cual el Estado no debe intervenir; es la idea del coto vedado propuesto por Ernesto Garzón Valdez. Su criterio es excluyente: el legislador no puede decidir nada dentro de cierto ámbito fundamental; sólo fuera de éste decide la democracia. La autonomía individual es el valor central y la defensa de los derechos preserva y refuerza la democracia. El recinto protegido está protegido, si allí tiene que tomarse una decisión democrática, ésta se ejerce sólo sobre los derechos enunciados en las llamadas normas programáticas. En síntesis, es un foso que separa el recinto de los derechos inviolables y el ámbito de la política; la Constitución es sobre todo límite y regla (el constitucionalismo de los contrapoderes recuerda la perspectiva kelseniana que, viendo con sospecha las formulaciones de principios, insistía sobre la configuración de los órganos y sobre su estricta competencia. En tal sentido, aquel constitucionalismo sugería no insertar en la Constitución ninguna invocación a la justicia, que habría ampliado las ya naturales posibilidades discrecionales de los intérpretes. En la línea tradicional podría llamarse una perspectiva procedimental, más que sobre el contenido).

Las relaciones entre órganos del sistema jurídico, entre niveles normativos y entre las funciones del poder cambian progresivamente y el constitucionalismo de las reglas se transforma en el de los derechos. Se

abre un diálogo entre Constitución y legislador: se ha convertido en un programa.

Otros aspectos cambian, en la democracia constitucional no es central el valor de la autonomía individual y lo son, por el contrario, los derechos que ahora son el contenido mismo de la democracia.

Los valores constitucionales han cambiado y parece claro no solo el abandono del programa liberal, sino también de la perspectiva racionalista-legislativa (kelseniana) o la idea de coto vedado. El espacio vacío poblado por iguales de hecho se ha revelado un producto formal; a pesar de la extensión a todos los ciudadanos del derecho de voto y de las otras libertades negativas, no se ha desarrollado, en lo sustancial y lo económico, la igualdad, ni el espacio de ha mantenido vacío mucho tiempo. El Derecho ha intervenido fuertemente redistribuyendo la riqueza, pero el coste de una regulación de la vida cada vez más minuciosa (Foucault). Los derechos constitucionales de excluyentes se han convertido en incluyentes, representan ahora compromisos para la tarea del legislador.

El constitucionalismo no es ya una mera cuestión de garantía, sino que se convierte en una cuestión de políticas públicas, de gestión de los recursos.

El modelo neoconstitucionalista posee un fundamento que radica en la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios. El modelo de Estado de Derecho ha sido funcional para el arraigo de una serie de principios – aparecidos en el curso de los últimos tres siglos-: legalidad, positividad del

Derecho y autonomía de los individuos; y, posteriormente la afirmación del sujeto único de derechos y la democracia.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

En el trabajo de investigación se utiliza el método de investigación discursivo (Ponce de León, 70) y dialéctico; respecto del primero, se tiene como objeto de conocimiento, a la argumentación jurídica y al neoconstitucionalismo, que son complejos y no existen respuestas inmediatas a los problemas planteados, en el desarrollo del citado método se aplican técnicas de investigación documental, las que permiten una captura indirecta de la investigación. El método dialéctico es utilizado en la presente investigación, debido a que existe confrontación de ideas a través de la exposición de tesis sobre la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo a partir del recorrido del iusnaturalismo y positivismo; y el surgimiento de antítesis sobre las corrientes contemporáneas de los temas reseñados con la finalidad de llegar a una síntesis, la cual, se expondrá detalladamente en las conclusiones de la investigación.

Para acabar el trabajo de investigación se utiliza el método deductivo y sintético (Aranzamendi, 2013: 109), puesto que, al contar con información

documental relevante sobre argumentación jurídica y procesos de amparo, se procede a convalidar lo teórico en la práctica local, materializándose dicha pretensión a través de la lectura, estudio y análisis de las sentencias recaídas en diversos expedientes sobre la vulneración de derechos fundamentales protegidos por el proceso de amparo, lo que permite determinar si los magistrados aplican en forma idónea la argumentación jurídica de acuerdo a tiempos contemporáneos, acto que permite convalidar las hipótesis planteadas.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Investigación Mixto, triangulación, por cuanto, se estudió y analizó las sentencias recaídas en diversos expedientes sobre el proceso de amparo, es decir, que la motivación jurídica contenida en dichas resoluciones se dio con anterioridad al acto de inicio de la investigación jurídica; además de ser propositiva, pues se advierte que el ordenamiento jurídico peruano carece de disposiciones normativas que indiquen los parámetros de una idónea argumentación jurídica, la misma que se elabora con la investigación, en base a planteamientos existentes y prediseñados por connotados filósofos del Derecho.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población de estudio se encuentra constituida por los jueces de los Juzgados Mixtos y Juzgado Civil del Distrito Judicial de Puno, quienes en ejercicio de sus cargos expiden sentencias en los expedientes sobre vulneración de derechos fundamentales, protegidos a través del proceso de amparo; y la muestra de estudio está conformada, específicamente por los dos jueces de Juzgados Mixtos y un juez Civil del distrito de Puno, magistrados que expiden sentencias en procesos de amparo.

Cuadro 9. Juzgados Mixtos y Civiles del Distrito Judicial de Puno.

ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA PENAL		CANTIDAD	TOTAL
Provincia de Puno	Primer Juzgado Mixto	1	3
	Segundo Juzgado Mixto	1	
	Juzgado Civil	1	
Provincia de San Román	Primer Juzgado Mixto	1	2
	Segundo Juzgado Mixto	1	
Provincia de Azángaro	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Carabaya	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Chucuito	Juzgado Mixto de Juli	1	3
	Primer Juzgado Mixto de Desaguadero	1	
	Segundo Juzgado Mixto de Desaguadero	1	
Provincia de El Collao	Juzgado Mixto	1	1

Provincia de Huancané	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Lampa	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Melgar	Primer Juzgado Mixto	1	2
	Segundo Juzgado Mixto	1	
Provincia de San Pedro de Moho	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Sandia	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de San Antonio de Putina	Juzgado Mixto	1	1
Provincia de Yunguyo	Juzgado Mixto	1	1
TOTAL			19

Fuente: Visto en el Portal del Poder Judicial del Perú: Órganos Jurisdiccionales.

Permanentes *-Productividad Judicial-* de la Corte Superior de Justicia de Puno.

De acuerdo a la tabla precedente, se puede advertir que en el Distrito Judicial de Puno se tienen dieciocho Juzgados Mixtos y Un Juzgado Civil; empero para efectos de la presente investigación se estudia y analiza la

argumentación jurídica de las sentencias expedidas por los dos Juzgados Mixtos y un Juzgado Civil del mismo distrito de Puno.

Cuadros 10. Muestra del Distrito Judicial de Puno.

Provincia	Juzgados Mixtos		Juzgado Civil		Total	
Puno	2	66.6%	1	33.3%	3	100%
Total	2	66.6%	1	33.3%	3	100%

Fuente: Visto en el Portal del Poder Judicial del Perú: Órganos Jurisdiccionales Permanentes *-Productividad Judicial-* de la Corte Superior de Justicia de Puno.

La población y la muestra se encuentran delimitadas por la normatividad sustantiva y procesal constitucional. El artículo 200³² de la Constitución Política del Perú regula las Garantías Constitucionales, en el numeral 2 del citado artículo se jurídica a la acción de amparo. El artículo 37³³ del Código Procesal

³² Numeral 2 del artículo 200 de la C.P.E.P. Son garantías constitucionales: 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

³³ **Artículo 37 del C. P. Const. Derechos protegido.-** El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- 3) De información, opinión y expresión;
- 4) A la libre contratación;
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
- 7) De reunión;
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- 9) De asociación;
- 10) Al trabajo;
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- 12) De propiedad y herencia;

Constitucional prevé los derechos protegidos por el proceso de amparo, que son más de veinticuatro, uno de ellos es el derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y al Debido Proceso, dentro de éste último tenemos al derecho a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales; los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de emitir resoluciones con buenas razones que respalden la decisión adoptada para el caso concreto que es materia de análisis y estudio exhaustivo por el magistrado o funcionario público que tenga que explicar los fundamentos de su decisión final.

El artículo 51³⁴ del Código Procesal Constitucional prevé la competencia y el plazo de resolución en corte. Los juzgados que son competentes para conocer los procesos constitucionales de amparo son los Jueces Mixtos o Civiles, órganos jurisdiccionales que se han tenido en cuenta en la presente investigación y que se analizarán detenidamente, cuáles son los argumentos

-
- 13) De petición ante la autoridad competente;
 - 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;
 - 15) A la nacionalidad;
 - 16) De tutela procesal efectiva;
 - 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
 - 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
 - 19) A la seguridad social;
 - 20) De la remuneración y pensión;
 - 21) De la libertad de cátedra;
 - 22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;
 - 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
 - 24) A la salud; y
 - 25) Los demás que la Constitución reconoce.

³⁴ **Artículo 51 del Código Procesal Constitucional: Juez Competente y plazo de resolución en Corte.-** Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código. De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

jurídicos, cómo argumentan, por qué argumentan y demás aspectos que deben ser considerados para poder entender la importancia de la argumentación jurídica y argumentación en general en nuestro contexto actual.

Los Juzgados Mixtos y Civiles del distrito Judicial de Puno, administran justicia en las provincias de Puno, San Román, Azángaro, Carabaya, Chucuito, El Collao, Huancané, Lampa, Melgar, San Pedro de Moho, Sandia, San Antonio de Putina, Yunguyo.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica aplicada es el estudio de casos (Aranzamedi, 2010: 101); tiene su esencia en un profundo y minucioso análisis de una unidad jurídica única, es apropiado para estudiar y analizar, en el presente caso, la argumentación jurídica de las sentencias, emitidas en procesos de amparo en el distrito judicial de Puno, tiempo comprendido desde el 2014 hasta el año 2015; la referida técnica permite la comprensión del fenómeno investigado y la descripción detallada e intensiva de la situación analizada. El instrumento a aplicarse para la mencionada técnica será la guía de estudio de casos (Baptista, 2006) y la ficha de análisis de expedientes, que comprenden el estudio de cada caso en específico.

3.5. MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	PROCEDIMIENTOS METODOLÓGICOS
<p>Problema general ¿En qué forma se aplica la teoría de la argumentación jurídica en las sentencias sobre proceso de amparo emitidas en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 - 2015 en el contexto del neoconstitucionalismo?</p> <p>Problemas específicos -¿Cómo se concretiza la concepción formal de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo? -¿En qué manera se manifiesta la concepción material de la argumentación jurídica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo? -¿Cómo se aplica la concepción pragmática de la argumentación jurídica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo? -¿De qué manera la democracia se relaciona con la argumentación jurídica? -¿Por qué el neoconstitucionalismo es un escenario en el que la argumentación se desarrolla?</p>	<p>Objetivo general - Analizar la forma de aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 - 2015 en el contexto del neoconstitucionalismo.</p> <p>Objetivos específicos - Verificar la concepción formal de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - Determinar la concepción material de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - Identificar la concepción pragmática de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - Relacionar a la democracia y argumentación jurídica.</p>	<p>Hipótesis general La aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo se da en forma genérica en las sentencias emitidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 - 2015.</p> <p>Hipótesis específicas - La concretización de la concepción formal de la argumentación jurídica es ausente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - La concepción material de la argumentación jurídica no es explícita en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - La concepción pragmática de la argumentación jurídica no se desarrolla en las sentencias expedidas en el proceso de amparo. - La democracia y la argumentación jurídica se relaciona de forma directa, por cuanto, dependerá del tipo de democracia que posee una sociedad para que la argumentación se de forma idónea. - El neoconstitucionalismo es un escenario muy importante para que pueda desarrollarse la argumentación jurídica, toda vez, que dicho fenómeno cambia en forma rotunda la forma de razonar en el Derecho.</p>	<p>V1. Argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo.</p> <p>V2. Sentencias expedidas en el proceso de amparo.</p>	<p>Lógica formal Teoría de las premisas Dialéctica</p> <p>Procedimentalización Dialéctica</p>	<p>MÉTODOS El procedimiento de estudio requiere los siguientes métodos: Discursivo Dialéctico Deductivo Sintético</p> <p>TÉCNICAS -Estudio de casos -Análisis de datos</p> <p>INSTRUMENTOS -Guía de casos -Paquete estadístico</p>

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. LA ARGUMENTACIÓN EN UN CONTEXTO CONTEMPORÁNEO

La pregunta frecuente es ¿Qué entendemos por argumentar?, interrogante que merece una serie de respuestas; para algunos es una actividad lingüística, y un argumento es producto de esa actividad dialéctica; otros indican que la conclusión de un razonamiento es un argumento; y no faltan aquellos que manifiestan que la argumentación es una relación entre las premisas y la conclusión; empero se debe señalar que dicha relación se realiza a través de la denominada subsunción, operación jurídica que resulta relevante para la solución de casos fáciles.

Argumentar equivale a justificar razonablemente un acto volitivo, que se exterioriza a fin de producir efectos en la realidad factual; la argumentación está presente en todos los campos del saber humano, como antecedente tenemos a la actuación de los reyes en las antiguas monarquías, pues se creía que ellos no podían equivocarse, al ser su voluntad proveniente de la divinidad, ni es atributo de los dictadores que imponen su voluntad no con la razón ni por la razón, sino con la arbitrariedad y por la fuerza. Argumentar constituye la expresión de un ejercicio democrático y razonable del poder; una de las manifestaciones del Estado de derecho, categoría que actualmente se encuentra transitando por

cambios insospechados, y que a consecuencia de ello, el rol de los magistrados, fiscales o autoridades públicas deben acogerse a nuevos planteamientos que sin lugar a dudas protegen a la esencia misma de los derechos humanos, institución jurídica que se encuentra en medio de todo sistema jurídico, esto es, que el ser humano retorna al centro de los sistemas jurídicos para respetar su titularidad de derechos fundamentales en un contexto contemporáneo.

Por su parte, Manuel Atienza presenta tres concepciones de la argumentación: la lógica formal, material y la pragmática o dialéctica. A los lógicos formales les interesa, los esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial. El lenguaje artificial y las reglas formales de la lógica pueden aportar a la argumentación criterios de control formal a los argumentos, pero son insuficientes para aportar bases de control material sobre los razonamientos.

La concepción material, propia de la tónica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya desde el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las decisiones o de las conclusiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia rígida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones. Al respecto Joseph Raz señala que la principal tarea de la razón práctica es establecer que tenemos razones para actuar, cómo resolver los conflictos de razones y establecer

aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración (Raz, 1988: 28). En la concepción material interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir el punto de vista del intérprete.

La concepción pragmática considera a la argumentación como integración lingüística, pues la argumentación es un proceso dialógico, cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico, es decir, que en esta concepción se da importancia al aspecto pragmático del lenguaje, por lo que, es inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan. Inferir consiste en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso para cada participante en el proceso argumentativo.

Uno de los aspectos importantes que nos trae de la argumentación jurídica es que representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales. Los métodos (García, 1999: 131) interpretativos convencionales: gramatical, lógico, histórico, sistemático, etc; aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley, por ello, la Teoría del Derecho tuvo que crear algunos métodos interpretativos para que el Derecho no perdiera en seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea inmanente de la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina, sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos que son

expresión de una especie de razón jurídica universal; conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra – venta, préstamo, son realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, Ihering propone el método teleológico y funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de las normas es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia Geny señala que la norma legal no agota el Derecho ni determina la sentencia, con lo que queda un amplio espacio para la valoración. Interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos o de justicia.

Los irracionalistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, a una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el derecho libre (Kantorowicz, Fuchs y Ehrlich) y el realismo jurídico más extremo como el del Frank o del escandinavo Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, es política jurídica, un acto volitivo del Juez, que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular. Frente a los irracionaistas también encontramos posiciones racionalistas que consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y la objetiva; tres escuelas marcan esta tendencia: la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valoraciones; además, se debe mencionar a la jurisprudencia de conceptos que ha sido desarrollado por la Escuela Historicista,

cuyos integrantes elaboraron la jerarquización de conceptos jurídicos, los cuales permiten la aplicación de categorías de talante ordenada, clara, precisa y pormenorizada; actividad importante para los operadores del Derecho, quienes resuelven los casos concretos que se presentan en toda sociedad.

Las teorías de la argumentación son el producto de una larga polémica histórica, aceptan las críticas del irracionalismo pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas; pues las razones que cuentan no son las de conciencia subjetiva del intérprete, sino los argumentos intersubjetivos; las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones que proviene de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas, el auditorio juega un rol preponderante a la hora de que el discurso jurídico elaborado por cualquier operador jurídico, respecto a un caso concreto en específico, cobre sentido y cause efectos en la realidad factual; toda argumentación que no sea aceptada por un auditorio o parte del mismo, se podría afirmar sin temor a equivocarse que los argumentos esgrimidos en el discurso jurídico son equívocos, puesto que, la aprobación del auditorio constituye condición *sine qua non* para que tales argumentos sean acatadas y ejecutadas por las partes intervinientes en la causa u otro tipo de escenario en los diversos sectores sociales.

Las teorías contemporáneas de la argumentación hacen hincapié principalmente a la parte justificativa de la decisión, es importante dar razones para mantener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implica apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan sobre todo apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las más

convincentes entre las que no lo son. Es oportuno citarlo a Summers, quien ha realizado una tipología de las buenas razones, que las distingue en cinco clases: sustantivas, autoritativas, fáctica, interpretativas y críticas. Las sustantivas que son las más importantes, derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o social. Las razones sustantivas pueden ser finalistas, de corrección o institucionales. Las razones finalistas se apoyan en fines que se consideran socialmente valiosos. Las razones de corrección se sustentan en la imparcialidad o justicia, y también en el equilibrio de las partes. Las razones institucionales aparecen vinculadas a roles o a instituciones para evitar la arbitrariedad y la no atención a una reclamación. Las razones autoritativas consisten en apelar al precedente o a cualquier otro tipo de autoridad jurídica, por ejemplo, las leyes o la doctrina. Las razones fácticas permiten justificar enunciados facticos, bien se trate de hechos adjudicativos o legislativos. Las razones interpretativas sirven para apoyar una determinada interpretación de los textos. Las razones críticas se utilizan como instrumento para cuestionar alguna de las anteriores razones (Summers, 2001: 128).

La argumentación consiste en sopesar alternativas de solución y decidirse por una, la argumentación es ese elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo para determinar si nuestro resultado fue material, formal y dialécticamente correcto. La argumentación permite entender al Derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad a través del respeto a los principios y valores racionales y

razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de Derecho.

El razonamiento jurídico no es un proceso cuasimecánico ni el Derecho un sistema axiomático susceptible de someterse exclusivamente a un cálculo lógico. Para algunos, el discurso jurídico es un caso especial de discurso moral (Habermas, 1996: 127), ello significa la obligación de razonar las decisiones en términos de Derecho vigente, no se trata por propugnar por un activismo judicial sin asidero en el orden jurídico ni de apuntalar el fin de la certeza jurídica (Maccormick, 1999: 5). El juez y la autoridad están vinculados jurídica y moralmente por el orden jurídico, pero éste es complejo, no solo se integra sólo por reglas sino por reglas y principios, tal como afirma Ronald Dworkin, y al conformarse de esa talante los principios, que son las entidades de mayor densidad jurídica, determinan el sentido y orientación de las reglas, con lo que la carga axiológica es evidente y la labor de autoridades y jueces menos simple y más comprometida con su contexto normativo e histórico. Tampoco se destruye la seguridad jurídica, pero es una seguridad jurídica más exigente, no referida con exclusividad a la aplicación mecánica de las reglas, sino que incorpora la pluralidad de métodos interpretativos, así como la aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar conflictos entre principios jurídicos contrapuestos. La labor interpretativa es más ardua, menos simple, ya que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan (Dworkin, 1984: 61).

Los movimientos sobre argumentación jurídica comenzó en los años cincuenta, después de la Segunda Guerra Mundial, las razones de este despertar están en el proceso de constitucionalización de los derechos

humanos, el surgimiento de los tribunales constitucionales, las nuevas formas de interpretación que se empezaron a utilizar debido a la estructura del derecho, integrada también por principios constitucionales, a la crisis del principio de legalidad tradicional (generalidad y abstracción de la ley, coherencia, integridad y plenitud del ordenamiento), al nacimiento de la lógica deóntica, y en general a una rebelión contra el formalismo jurídico con su ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho.

Entre los primeros sobre el estudio de la argumentación contemporánea destaca Theodor Viehweg para quien la argumentación era algo más que la lógica deductiva; implicaba utilizar una técnica de pensamiento problemático utilizando los *topoi* o los lugares comunes. La obra de Viehweg analiza históricamente el nacimiento, la evolución y el desarrollo de la tópica, entiende además que la tópica surge con Aristóteles, se perfecciona con Cicerón, se perfecciona con Cicerón y explica como los juristas romanos planteaban sus argumentos planteándola. En la edad media, escuela de juristas como los glosadores, postglosadores y los comentaristas emplearon ampliamente la retórica y la tópica en sus argumentaciones; juristas destacados como Irnerio, antes de ser juristas, eran maestros de retórica. De acuerdo a Viehweg la retórica cayó en desuso por la generalización del pensamiento lógico – formal y predominio del racionalismo, lo que se vio más acentuado con la codificación. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la tópica resurge como técnica de pensamiento, y se destaca por su principal característica, que es el procedimiento de búsqueda de premisas o *ars inviniendi*. Las premisas de los retóricos imponen la carga de la argumentación a quien las cuestiona. En la obra de Viehweg los tópicos no están jerarquizados, es decir, la tópica puede llevar

a resultados diferentes, el jurista profesional fue precursor de la argumentación jurídica que rechaza como único camino de la interpretación a la lógica formal, y al hacerlo descubrió un campo promisorio para la investigación (Viehweg, 1964: 156).

Perelman entiende a la argumentación como una teoría del discurso persuasivo – convincente que no podía descuidar las relaciones entre el orador y el auditorio. Un buen razonamiento tenía que dirigirse a un hipotético auditorio universal al que se debería convencer sin manipulación o coerción alguna (Perelman, 1989: 67). La teoría de Viehweg y la de Perelman son fundamentales para entender la estructura de la argumentación, por ejemplo: su insistencia en que el análisis de los razonamientos de los políticos, jueces y abogados debe ser el punto de partida para la construcción de la argumentación; su idea de que la lógica deductiva se mueve en el terreno de la necesidad, y la argumentación retórica en el terreno de lo plausible; la posición de que los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable de una decisión, y su concepto sobre su estructura argumentativa que no la considera una cadena lineal sino que la observa como un tejido, en donde la solidez del tejido es superior a los de sus hilos. La obra de Perelman descuida temas importantes de la argumentación como la distinción entre argumentos fuertes y débiles; y su concepción de un auditorio universal más que un concepto elaborado debe verse como una intuición feliz; también es débil la teoría de Perelman por la noción del positivismo jurídico con la que trabaja; para muchos su concepción es propia de un positivismo decimonónico que de un modelo positivista contemporáneo como el de Hart.

Por su parte, Toulmin analizó la estructura de los argumentos y el uso de las falacias en el razonamiento jurídico. Toulmin indica los elementos de todo argumento como: la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, además de los cualificadores modales y las condiciones de refutación. La pretensión es el punto de partida de todo argumento, es la manifestación de una posición inicial. Las razones son las pruebas y los hechos que justifican la pretensión. La garantía implica el uso de una regla o, de un principio o de ambos que sirve para fundamentar una pretensión. El respaldo es la ley, el precedente, la norma constitucional que contiene la garantía. Como las conclusiones en la argumentación no siempre son concluyentes, Toulmin utiliza la figura de cualificador modal para medir el grado de certeza o plausibilidad de una pretensión conclusiva. Las condiciones de refutación son hechos, circunstancias, en general excepciones que socavan la fuerza de los argumentos. Toulmin elabora distintas clasificaciones de argumentos, distingue entre argumentos analíticos y sustanciales, formalmente válidos y no formalmente válidos, argumentos que utilizan una garantía, argumentos concluyentes y no concluyentes, y finalmente, argumentos formales y no formales; además desarrolla cinco categorías en función a las falacias, las mismas son: por falta de razones como la petición de principio, por razones irrelevantes como la argumentación ad hominem, debido a razones defectuosas tales como las generalizaciones apresuradas, falacias debidas a las suposiciones no garantizadas como la cuestión compleja o la falsa causa y, finalmente las falacias que resultan de ambigüedades.

Las teorías más predominantes son las de Neil MacCormick y de Robert Alexy, ambas provenientes de dos tradiciones jurídicas occidentales. Neil

MacCormick es un autor fundamental su preocupación está en elaborar una teoría descriptiva como prescriptiva de la argumentación. La corrección argumentativa vendrá dada por el cumplimiento de ciertas reglas del procedimiento: partir siempre de un principio o una regla universal; esforzarse en darle a la decisión consistencia con el derecho vigente y los hechos; que esa decisión tenga coherencia normativa y narrativa, entendiendo por ello el nivel de racionalidad argumentativa en la decisión, y finalmente, que la resolución tenga relación con las consecuencias o bienes jurídicos tutelados por cada disciplina jurídica en lo particular, lo que Maccormick denomina relación con el mundo. Para el jurista profesional tiene mucha importancia la figura del espectador imparcial; su posición intermedia o mediadora respecto de Dworking o a Hart, sobre la única respuesta correcta y la estructura de las normas integradas por las reglas y los principios, así como la manera sobre la que discurre la seguridad jurídica en el contexto de la argumentación jurídica; un asunto relevante en esta postura es su reflexión sobre las interpretaciones *contra legem*, éstas estarán justificadas cuando el texto contiene una contradicción lógica, de tal forma que no hay ninguna lectura posible que pudiera obviarla o cuando existe un absurdo axiológico, esto es, cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustrante en relación con sus propios objetivos o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de los principios jurídicos, del la justicia o del sentido común. MacCormick opina que el uso de la interpretación *contra legem* debe realizarse con gran cautela (MacCormick, 1978: 40).

Robert Alexy no parte de interpretaciones especiales sino que inicia con una teoría de la argumentación práctica para descender al mundo jurídico (Alexy, 1988: 128). Su apoyo principal es la teoría del discurso de Habermas, en

el entendido de que el discurso es un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas que con el fin de llegar a resultados válidos se atienen a determinadas reglas. El discurso representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de conflictos en donde la única coacción es la del mejor argumento. El discurso práctico a diferencia del teórico, no problematiza sobre la verdad ni la justifica aduciendo hechos, sino que la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa, y su defensa se lleva mediante la invocación de normas socialmente compartidas. Alexy entiende que si el procedimiento argumentativo es correcto, esa corrección se traslada al resultado. Toda la teoría descansa en la formulación de un conjunto de reglas del juego con el propósito de obtener un procedimiento que permita distinguir entre justificaciones correctas e inaceptables.

El discurso jurídico es un tipo del discurso práctico que tiene frente a éste la posibilidad resolver los problemas de conocimiento y de cumplimiento, pero se encuentra condicionado por la estructura del Derecho, por ejemplo, el papel que en él juegan la ley, la dogmática o el precedente judicial, así como las formas de argumentación específicamente jurídicas como el argumento *a simili* o el argumento *a contrario*.

Las teorías enunciadas que no son las únicas de la argumentación contemporánea, habría que recordar a Recaséns, Esser Aarnio, Peczenick, Gunther, etc., presentan todas ellas deficiencias o críticas, y no logran con sus propuestas eliminar el margen de discrecionalidad o manipulación del juez o de la autoridad administrativa, pero persiguen con más o menos éxito reducir los espacios de discrecionalidad o de libre disposición.

Los fines más importantes de las teorías de la argumentación jurídica son establecer las posibilidades de la racionalidad práctica diferenciada de la teoría; determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir entre justificación interna y externa de la decisión y el papel que deben jugar en el Derecho; responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida; señalar los elementos de objetividad o de intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales; profundiza en el tema de la legitimidad democrática y el carácter contra mayoritario de la función judicial, y abundar sobre las razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico. Dichos objetivos han ido permeando en la construcción de las teorías y en el papel de algunos de los tribunales, como el Tribunal Constitucional alemán, que en una de sus sentencias señaló: “La interpretación del derecho constitucional tiene el carácter de un discurso en el que haciendo valer razones y contra razones se llega finalmente a las mejores razones”. Esa doctrina es evidente no sólo debe ser para el derecho constitucional sino para la totalidad del Derecho y los ámbitos del que hacer jurídico: el legislativo, teórico y el decisonal o forense.

Debe señalarse que la argumentación está vinculada íntimamente al Estado de Derecho, a su concepto, funcionamiento y fines; no desde luego al Estado de Derecho decimonónico o tradicional basado exclusivamente en el imperio de la ley y la división de poderes, o al modo de Estado de Derecho propuesto inicialmente por Elías Díaz, quien consideró como elementos de todo Estado de Derecho: imperio de la ley, división de poderes con predominio del Poder Legislativo por expresar la soberanía popular, la fiscalización a todos los poderes, pero en especial al Ejecutivo y la Administración, y la protección de los

derechos fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales (Díaz, 2009: 5). Tampoco la argumentación forma parte del modelo de Estado de Derecho de Hayeck, quien sostiene que el Estado de Derecho: "... significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano –normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usara la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento-" (Hayeck, 2002: 15).

Existen otros conceptos sobre Estado de Derecho, como los de Raz o Summers, incluyendo de manera más o menos clara la interpretación de normas como parte de él. Raz elabora algunos principios conformadores del Estado de Derecho: todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras; las disposiciones jurídicas deben estar relativamente estables; el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, claras, estables y generales. La independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada; los principios de justicia natural tiene que ser observados; los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios; los tribunales deben ser fácilmente accesibles, y a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el Derecho (Raz, 2002: 15).

Summers indica que los principios el Estado de Derecho son:

1. Todo tipo de Derecho tiene que ser autorizado de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos.

2. Los criterios para determinar la validez del Derecho deben estar claros generalmente y deben incluir criterios para resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas.
3. El derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado.
4. Todas las formas de derecho deben ser apropiadamente claras y estar determinadas en su sentido.
5. El derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas, o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios.
6. Las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas.
7. Las conductas exigidas por el Derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas.
8. Las normas en relación con una materia, una vez emitidas y puestas en funcionamiento, no deben modificarse con frecuencia, de modo que los destinatarios no tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo.
9. Los cambios en el derecho deben llevarse mediante procedimientos apropiados, por instituciones, autoridades o personas debidamente autorizadas para ello.

10. Las distintas formas de derecho deben interpretarse o aplicarse de acuerdo con métodos interpretativos uniformes, respetuosos de la forma de expresión y del contenido del tipo de derecho en cuestión, entre otros.

El Estado de Derecho como dice Pisarello en su polémica con Eusebio Fernández, implica el sometimiento del propio Estado a su legalidad y que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que estos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría sobre todo frente a fenómenos de corrupción o terrorismo de Estado (Pisarello, 1988: 101); pero por otro lado, significa controles para los controles privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además, el estado de Derecho es constitucional, lo que entraña su carácter democrático, promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todo los asuntos de relevancia pública, por ello, está orientado a la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y social, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multiculturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente el estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación y la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el estado de derecho ya no es el imperio

de la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la constitución de los principios y de la labor de los intérpretes y argumentadores.

4.2. JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO

Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistémicos se apoyan directa o indirectamente en la autoridad del derecho positivo. Son, por lo tanto, argumentos *institucionales*. Por otra parte, la fuerza de los argumentos prácticos generales deriva únicamente del hecho de que su contenido sea correcto. Por consiguiente, son argumentos *sustanciales*. A continuación examinaremos la relación existente entre los dos tipos de argumentos. No se considerarán las clasificaciones incluidas en estos grupos.

La teoría del discurso del derecho conduce, como se ha explicado anteriormente, a la necesaria institucionalización del sistema jurídico. Esto supone la autoridad del derecho positivo. Una institucionalización satisfactoria incluye -de acuerdo con los criterios de la teoría del discurso- los principios del estado constitucional democrático, como por ejemplo, los de la democracia, de separación de poderes, y los del estado de derecho. El principio de autoridad del derecho positivo apoyado por dichos principios exige que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales. Sin embargo, sólo se trata de una prioridad *prima facie*. Las razones sustanciales pueden tener tal peso en las causas individuales que prevalecen sobre las constitucionales. Este hecho no sólo se corresponde con la práctica general y una corriente de opinión generalizada, sino que se justifica también sistemáticamente. Si el sistema jurídico en su conjunto representa el intento de llevar a cabo la razón práctica, entonces la tensión entre la autoridad y la corrección sustancial se mantiene en todas sus ramificaciones.

El hecho de que los argumentos institucionales sean únicamente de prioridad prima facie significa que la argumentación jurídica continúa dependiendo de la argumentación sustancial o de la práctica general, incluso cuando éstos conducen a resultado seguro. Este hecho no sólo resulta evidente en el caso dramático del juez que resuelve en contra de la formulación de la norma, sino también en la evaluación de un simple contenido que no se considera problemática. Esta evaluación incluye la opinión de que no existen razones sustanciales importantes en contra de la resolución. La dependencia resulta evidente cuando los argumentos institucionales conducen a resultados diferentes o no lo hacen, o cuando es necesario complementarlos -como ocurre muchas veces al valorar principios opuestos- con argumentos prácticos generales.

Existen muchas teorías de la argumentación. Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos; 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; según las corrientes críticas, el Derecho representa una cobertura ideológica al servicio de las clases dominantes, lo cual justificaría prácticas correctivas por parte de los jueces en forma de activismo judicial (uso alternativo del Derecho de los sesenta-setenta) o de una interpretación del Derecho que optimice sus posibilidades morales de acuerdo con la Constitución (el garantismo de los ochenta-noventa). También hay quien ha visto tras el Derecho y su aplicación una voluntad divina (iusnaturalismo) o alguna forma de

orden moral objetivo, sin olvidar que no hace mucho incluso el influyente filósofo Jürgen Habermas se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión iusfilosófica.

En este universo de ideas aparecen en 1978 las dos obras capitales de la teoría de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente: Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y Legal Reasoning and Legal Theory de Neil MacCormick. Ambas han superado todo un cuerpo de teorías precursoras surgidas a partir de los años cincuenta y han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de autores como Aarnio, Peczenik o Atienza, por citar sólo 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 silogismo, como una concepción irracionalista que reduce la aplicación del Derecho 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 argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta 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 Stephen Toulmin (1958): "si no hay un debate racional, se pasa a un debate de 'quien a quien'". 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 argumentación jurídica es una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del Derecho.

Ningún juez está obligado a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí está constreñido a indicarle las razones de su sinrazón. Esta exigencia de fundamentar, de basar el fallo en apreciaciones fácticas y jurídicas es una garantía para la prestación de justicia que deviene en esencia de dos principios: imparcialidad e impugnación privada. El principio bajo estudio se relaciona con el principio de imparcialidad, pues la fundamentación de una resolución es el único rastro que posibilita comprobar si el juzgador ha resuelto imparcialmente la contienda. La motivación de las resoluciones judiciales también permite a los justiciables conocer las causas por las que la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada y esto, en buena cuenta, hace viable que quien se sienta agraviado por la decisión del juez pueda impugnarla, posibilitando el control por parte de los órganos judiciales superiores y el derecho de defensa.

4.3. NEOCONSTITUCIONALISMO

La argumentación jurídica, el neoconstitucionalismo, principios jurídicos o ponderación, empiezan a convertirse en temas importantes para la teoría del Derecho.

Las obras de los autores identificados con este nuevo paradigma –que prefiero denominar postpositivista- como Dworkin, Alexy, Nino, Garzón Valdez o Atienza, por nombrar a algunos de los más influyentes en nuestro medio, han terminado dando un nuevo panorama a los planteamientos de autores de paradigma positivista como Kelsen, Ross, Bobbio o Bulygin.

Definitivamente, el Derecho ha cambiado y para afrontar estos cambios es necesario promover continuos debates sobre la nueva concepción del Derecho que, por cierto, no está exenta de cuestionamientos y resistencias.

Hernando Nieto indica que el Derecho ha cambiado por una serie de factores, que serán abordados solo dos de ellos, y son: a) el proceso de moralización de los sistemas contemporáneos; y, b) la reivindicación del denominado punto de vista o del participante. Como se podrá advertir, estos dos factores guardan estrecha relación con las teorías con las que se ocupa Hernando, es decir, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación respectivamente.

- **La moralización de los sistemas jurídicos**

Desde la segunda mitad del siglo pasado y como consecuencia de la traumática experiencia de las guerras mundiales con los actos de barbarie que supusieron, resultó imperativo recuperar la noción de persona humana y el respeto de su dignidad como el objeto prioritario de defensa y protección por parte de los sistemas jurídicos. Desde entonces, el reconocimiento, protección y realización de los derechos humanos se han erigido en el contenido mínimo de lo que podría entenderse como in orden justo. Ello supone un continuo proceso de “moralización” de nuestros Derechos, debilitando la posición de quienes, desde el paradigma positivista, defienden la distinción conceptual entre el Derecho y la moral.

Esta moral intensa en nuestros sistemas jurídicos, que como destaca Hernando Nieto tiene un indudable fundamento kantiano, en su concepción del ser humano como ser racional y autónomo, conlleva, a su vez, que el modo como se expresan sus contenidos disten de la estructura típica de una regla jurídica concebida como mandato o sanción según las teorías positivistas de Austin o Kelsen, respectivamente. Este lenguaje moral suele expresarse en la forma de principios, es decir, como prescripciones cuya condición de aplicación no está

expresada de forma cerrada como las reglas sino abiertas; prácticamente, como prescripciones categóricas. Así, un enunciado como “no discriminar” (prescripción jurídica) se asemeja a enunciados típicos del lenguaje moral como “no mentir” o “hay que cumplir las promesas”.

Posiblemente la distinción pudiera verse con mayor claridad cuando pasamos del nivel estructural de la distinción al nivel funcional, es decir, a considerar qué tipo de razones para la acción suministran bien las reglas o bien los principios. En este plano podemos advertir que mientras las reglas suministran razones concluyentes para actuar, los principios suministran razones no concluyentes o aplicables prima facie, es decir, mientras no concurran razones de mayor peso que determinen una solución distinta. Así, mientras que las reglas nos precisan un determinado curso de acción a seguir ordenándonos, prohibiéndonos o permitiéndonos algo, los principios nos suministran razones a ser consideradas al momento de establecer un curso de acción a seguir. En otros términos, mientras que las reglas son el producto de una ponderación de razones realizada por el legislador, los principios constituyen razones a ser ponderadas para decidir un curso de acción a seguir.

Además, cada uno de estos enunciados jurídicos parece contar con ventajas y desventajas. Así, por ejemplo, destacan los profesores alicantinos Atienza y Ruiz Manero que las reglas tienen como ventaja respecto a los principios el que nos permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. En sus términos, “si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como elemento que reduce la complejidad de los procesos de

argumentación” (Atienza, 2001: 45). Sin embargo, desde otro punto de vista, añaden que los principios tienen como ventaja sobre las reglas el que, al estar enunciados en términos más generales que las reglas el que, al estar enunciados en términos más generales que las reglas cuentan con un mayor alcance que estas, entrando en juego en una mayor cantidad de situaciones. A su vez, señalan que la menor fuerza de los principios jurídicos en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva.

Retomando el proceso de “moralización” de los sistemas jurídicos, es posible advertir otras manifestaciones a través de las cuales el Derecho se ha adaptado a esta exigencia de reconocimiento y protección a la dignidad de las personas. La más destacada de ellas posiblemente sea la denominada fuerza normativa de reconocimiento de los derechos humanos y cuyas normas obligan en su contenido a los operadores del sistema y constituyen auténticos límites al legislador ordinario. Como precisa Atienza, la moral ha emigrado al interior de los Derechos, de tal forma que los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho (Atienza, 1993: 113).

Los casos más trascendentales en un Estado Constitucional están determinados por una discusión en torno a principios morales juridificados o reconocidos por el Derecho que, sin embargo, deben ser armonizados con las razones en las que se funda la autoridad del derecho positivo. En estos casos, la dimensión justificativa resulta tan o más relevante que la autoritativa, exigiéndole al operador del Derecho la capacidad de resolver casos

armonizando ambas dimensiones, aportando para ello las razones necesarias que justifiquen su decisión (Morales, 2005: 433).

En conclusión, al introducir criterios de corrección en el contenido de las normas, los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales cuentan no sólo con razones autoritativas o institucionales del Derecho con las que pudiera justificar las decisiones jurídicas según el criterio de “lo ordenado”; las razones de corrección contenidas principal –aunque no exclusivamente- en las normas constitucionales, suministran razones basadas en la dignidad de todo ser humano. Esta confluencia de razones en un mismo sistema de normas, que en no pocas situaciones pueden entrar en conflicto, reclama una teoría que prescriba criterios de amortización.

- **La reivindicación del punto de vista del participante**

El segundo aspecto a destacar no está referido al contenido de los sistemas jurídicos sino al modo de trabajar con el Derecho, es decir, la perspectiva de la denominada ciencia del Derecho. Al respecto, el paradigma postpositivista reivindica el denominado punto de vista interno o del participante, en clara superación de la perspectiva externa o del observador, reivindicada por el positivismo jurídico.

Sartre sintetiza: “el punto de vista externo se ha visto reducido actualmente debido a la incorporación de valores, principios y derechos fundamentales en una Constituciones que tienen un carácter normativo, lo que ha revalorizado, en opinión de algunos autores, la conveniencia de que la ciencia jurídica adopte el punto de vista interno o se muestre como una ciencia condescendiente con el modelo jurídico del neoconstitucionalismo. Ya sea

porque el Derecho formula una pretensión de corrección que debe ser entendida fundamentalmente como una pretensión de justicia, o porque tiene su origen en un procedimiento democrático, que en principio puede ser calificado como legítimo, o porque el jurista debe colocarse en el interior de la práctica jurídica para tratar de comprender y justificar esa obra colectiva en que consiste el Derecho, hoy todo parece inclinante en favor de un jurista comprometido con el Derecho” (Sastre, 1999: 230).

Un aspecto principal de las teorías del participante es la crítica al positivismo jurídico, en concreto, el teórico del Derecho positivista que, como dice Calsamiglia, “trata de describir el Derecho positivo. Tiene por tanto una actitud cognoscitivo-descriptiva. Sus argumentos deben ser contrastados de una forma u otra con la experiencia de tal forma que sus proposiciones sean susceptibles de verdad o falsedad”. Añade este autor que “además, separa el Derecho de la moral y de la política. Lo único que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada. No ofrece una respuesta a los problemas controvertidos ni a los casos difíciles. No le interesa este tema sino describir el Derecho” (Casamiglia, 1997: 494).

En contra, el usuario o participante cuenta con intereses predominantemente prácticos. Así, “su pregunta no es qué es el Derecho, ni qué dice el Derecho, ni cuál es la estructura del Derecho (sino) qué debo hacer jurídicamente”. Esta pregunta, destaca Cassamiglia, no recibe respuesta por parte del positivismo jurídico que, a su entender, “no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos” (Casamiglia, 1997: 491).

Soper ilustra esta disparidad entre las inquietudes del usuario o participante del Derecho y las finalidades de la teoría positivista con el siguiente ejemplo: "el problema es análogo al de pronunciar en una convención de relojeros un discurso sobre la cuestión ¿qué es el tiempo?, cuando es el caso que todo lo que podría concebiblemente interesar a los asistentes es el problema de cómo medir el tiempo de manera más precisa" (Soper, 1984: 24).

Tras una primera aproximación al neoconstitucionalismo, se concluye que este término puede usarse para aludir a tres sentidos claramente diferenciables. En primer lugar, con la expresión neoconstitucionalismo se puede aludir a determinados rasgos de la evolución constitucional (praxis jurisprudencial, diseño constitucional) de algunos países europeos y latinoamericanos tras la Segunda Guerra Mundial. No puede utilizarse, sin más, para aludir a una etapa del constitucionalismo occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial, ya que conlleva necesariamente, dentro de los rasgos que muestran los regímenes constitucionales de post segunda guerra, una selección: la de aquellas características que se han mencionado en el cuerpo de este trabajo.

Por otro lado, estas características no se presentan necesariamente en todos los regímenes constitucionales de Occidente y, en aquellos en que se presentan, lo hacen en disímiles combinaciones. Propondría para este sentido de la expresión el adjetivo de *histórico*, para aludir a su uso como referencia a una parte del concreto desenvolvimiento al interior de ciertos regímenes constitucionales contemporáneos. Esta parte comprende el reconocimiento, en la praxis institucional, y ocasionalmente en el propio texto constitucional, de fuerza normativa directa del texto constitucional y su proyección en el sistema de fuentes subconstitucionales (constitucionalización del derecho); creación de

competencias jurisdiccionales facultadas para enervar la producción legislativa (ya sea por anulación derivada de inconstitucionalidad, ya sea por inaplicación); praxis jurisprudencial y doctrinaria en torno a un discurso de derechos fundamentales como valores o principios, con eficacia en las relaciones entre particulares, afirmación de la posibilidad de colisión de derechos o principios fundamentales, y aplicación y defensa del método de ponderación para resolverla.

Este *neoconstitucionalismo histórico* debe diferenciarse, en todo caso, del pluralismo constitucional como fenómeno específico derivado de procesos avanzados de integración, cuyo único ejemplo actual lo presenta la Unión Europea, pero cuya expansión en el futuro debe considerarse como un problema que queda abierto para la teoría constitucional.

En segundo lugar, puede hablarse del neoconstitucionalismo como una corriente dentro del pensamiento jurídico que incluye a una serie de autores cuyo denominador común es la favorable valoración de aquellos rasgos que se agrupan bajo el neoconstitucionalismo histórico. El rasgo sobresaliente de este enfoque no es tanto (o tan sólo) la buena evaluación que hacen del mismo, sino que el descuido o abandono de la reflexión sobre la función de la constitución como constitución *política* de un Estado, y sus límites. Tomando la propuesta de Comanducci, estimo que al uso del término neoconstitucionalismo para aludir a esta actitud o corriente de pensamiento conviene el adjetivo de *ideológico*.

La vinculación del neoconstitucionalismo con el tercer campo de significado que se le puede atribuir presenta alguna dificultad. No parece posible hablar de un neoconstitucionalismo teórico, o de una teoría del

neoconstitucionalismo, si por teoría se entiende una construcción que intenta organizar de manera sistemática y completa un cuerpo de conocimientos, dando al mismo coherencia interna. Los postulados que se mencionan como candidatos posibles de una “teoría del neoconstitucionalismo” ni son completos, ni siempre coherentes entre sí. No son completos desde el momento en que, como se ha visto, aspectos importantes de los postulados neoconstitucionalistas reposan en la mera afirmación, sin sustrato adicional, de un aspecto fundamental de los correspondientes ámbitos teóricos. La distinción entre reglas (o normas) y principios omite el análisis, esencial para evaluar su coherencia, de la relación entre “texto” y “sentido”, desde el momento en que alude a textos constitucionales contemporáneos “plagados de principios”. Lo curioso es que esta identificación sólo resulta posible desde premisas interpretativas cercanas a la corriente exegética, para la cual el sentido de un texto normativo ya puede desprenderse de su texto (en el caso del tenor literal claro). La falta de complitud permite explicar, también, las incoherencias. Dentro de ellas destaca como una de las más evidentes la que en este trabajo se ha denominado la paradoja metafísica de la constitución: el intento de superar el positivismo a través del recurso a valores o principios morales afincados en la constitución no explica cómo la constitución escrita, en cuanto derecho puesto, tendría una naturaleza distinta a la de las demás fuentes del ordenamiento jurídico.

En definitiva, lo que está en juego en los postulados del *neoconstitucionalismo doctrinario*—como se propone aquí denominar al conjunto de propuestas que se realizan en el plano teórico, sin llegar a configurar una teoría del neoconstitucionalismo— es el concepto de constitución. Ya sea expresamente —como en el caso de Zagrebelsky—, ya sea porque ello está

implícito en sus postulados o en sus consecuencias, el concepto de constitución que maneja el neoconstitucionalismo doctrinario es el de un programa, no sólo político sino también social (en la medida en que no sólo toca el ejercicio y relaciones del poder, sino que también los diversos ámbitos de las relaciones sociales), entregado en su concreción final a la judicatura (y no a la decisión resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías) en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad (por la imposibilidad de disciplinar las opciones de entrada incorporadas en la respectiva ponderación).

En definitiva, las construcciones teóricas se pueden evaluar por sus consecuencias prácticas. En este test, lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución.

4.4. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Para poder abordar este apartado se debe tener en cuenta las características particulares de cada caso concreto, que se pretende analizar a través del planteamiento que sustenta Manuel Atienza, pues realizar dicho análisis desde la perspectiva de los autores que poseen la calidad de precursores de las teorías estándar de la argumentación jurídica sería

ciertamente incompleto; toda vez, que se pretende darle un sentido posiblemente acabado al análisis de las sentencias en atención a la concepción material, concepción formal y concepción pragmática que son desarrolladas en forma aguda por el profesor de la Universidad de Alicante. Es preciso señalar, que pretender hacer un análisis de acuerdo a los autores que se han inclinado por el estudio de la argumentación jurídica sería inacabable y más que una aspiración en la presente investigación sería un despropósito, en esa línea, se procede a desmembrar el contenido de las sentencias emitidas en procesos de amparo de acuerdo al cuadro que se presente a continuación.

Cuadro 11. Las concepciones de la argumentación jurídica

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico, matemático	Científicos (ciencias sociales y ciencias naturales)	De política
PREMISAS	Enunciados no interpretados (no importa el contenido)	Enunciados verdaderos: ciencia Enunciados eficaces: tecnología Enunciados correctos: moral	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico

LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.
FINES	En abstracto: se debe de ver si se puede pasar de las premisas a la conclusión	Ciencia: ver en que debemos creer tecnología y moral (¿Qué debemos hacer?). Ciencias teóricas: ¿en qué se debe creer? Ciencias práctica: tecnología, moral, etc.	Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones.
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Criterios procedimentales: v.gr., el procedimiento del árbitro.

Fuente: Elaborado por Roberto Lara Chagoyán (Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante).

a) Primer Caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 02172-2014-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

ESPECIALISTA : GUEVARA MAQUERA, ROBER WILDE

DEMANDADO : UNIVERSIDAD ANDINA NESTOR CACERES
VELASQUEZ

DEMANDANTE : HUANCA FLORES WILLIAM

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico	Ciencias sociales: Subsunción de los hechos al artículo 22 y 26 inciso 2 de la Constitución Política del Estado Peruano.	Conjugación entre hechos, norma y pruebas
PREMISAS	Enunciados no interpretados	Enunciados verdaderos: ciencia del Derecho	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico,

		Enunciados correctos: moral por las protecciones del derecho fundamental al trabajo.	empero el magistrado no ha realizado una argumentación idónea a nivel formal, material y pragmático.
LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos, dar razones suficientes sobre el derecho fundamental conculcado.	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.
FINES	En abstracto: se puede observar que no se puede pasar de las premisas a la conclusión.	-Análisis de los hechos, norma constitucional, procesal constitucional y pruebas. -Ciencias teóricas: en un estudio de la teoría de los derechos fundamentales y los mecanismos procesales que nos	Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones. Existe un enfrentamiento

		entrega el Estado en su fase previa de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. -Ciencias prácticas: se trabaja con la técnica y valores relacionados al Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.	leve entre el demandante y el demandado.
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Proceso constitucional: ejercicio del derecho de acción de amparo.

b) Segundo caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 02027-2013-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

ESPECIALISTA : RAUL ALCOS CCALLA

DEMANDADO : PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS

JUDICIALES DEL MINISTERIO DE EDUCACION Y OTROS

DEMANDANTE: CESAR AROHUANCA

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico	Ciencias sociales: inaplicación de la Resolución Ministerial Número 262-2013-ED que aprueba la Directiva Número 018-2013-MINEDU/VMGP-DIGEDD denominada “Normas para el concurso de acceso a cargos de director y sub-director de Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica Regular 2013”	Conjugación entre hechos, norma y pruebas
PREMISAS	Enunciados no interpretados	Enunciados verdaderos: ciencia del Derecho	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico,

		Enunciados correctos: moral por las protecciones del derecho fundamental al trabajo.	empero el magistrado no ha realizado una argumentación idónea a nivel formal, material y pragmático.
LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos, dar razones suficientes sobre el derecho fundamental conculcado.	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.
FINES	En abstracto: se puede observar que no se puede pasar de las premisas a la conclusión.	-Análisis de los hechos, norma constitucional, procesal constitucional y pruebas. -Ciencias teóricas: en un estudio de la teoría de los derechos fundamentales y los mecanismos procesales que nos	Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones. Existe un enfrentamiento



		<p>entrega el Estado en su fase previa de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.</p> <p>-Ciencias prácticas: se trabaja con la técnica y valores relacionados al Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.</p>	<p>incisivo entre el demandante y el demandado.</p>
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Proceso constitucional: ejercicio del derecho de acción de amparo.

c) Tercer caso

EXPEDIENTE : 00072-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

ESPECIALISTA : GUEVARA MAQUERA, ROBER WILDE

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO A CARGO DE AJ
DEL PODER JUDICIAL

DEMANDADO : GUIDO ARMANDO CHEVARRIA TISNADO JUEZ DEL
TERCER JUZGADO MIXTO CIVIL

EDWIN JORGE SARMIENTO APAZA VOCALDE LA PRIMERA SALA CIVIL DE
PUNO

JOSE ALFREDO PINEDA GONZALES VOCAL DE LA PRIMERA SALA CIVIL
DE PUNO

RICARDO PABLO SALINAS MALAGA VOCAL DE LA PRIMERA SALA CIVIL
DE PUNO

DEMANDANTE : VALDIVIA HINOJOSA, ROCIO JACKELINE

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico	Ciencias sociales: Se declare nula y sin efecto legal la resolución N° 10 (Expediente N° 02489-2013-0-0-2101-JM-CI-03) de fecha 03 de diciembre del 2014,	Conjugación entre hechos, norma y pruebas

		<p>mediante la cual se concede apelación si efecto suspensivo u sin la calidad de diferida respecto al auto final.</p> <p>Se declare nula y sin efecto legal la resolución N° 01-2014 (Cuaderno N° 02489-2013-5-2101-JM-CI-03) de fecha 24 de diciembre del 2014, que declara infundada la queja de derecho</p>	
PREMISAS	Enunciados no interpretados	<p>Enunciados verdaderos: ciencia del Derecho</p> <p>Enunciados correctos: moral por las protecciones del derecho fundamental a</p>	<p>Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico, empero el magistrado no ha realizado una argumentación</p>

		la Tutela procesal efectiva, Debido proceso, y Derecho a la instancia plural.	idónea a nivel formal, material y pragmático.
LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos, dar razones suficientes sobre el derecho fundamental conculcado.	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.
FINES	En abstracto: se puede observar que no se puede pasar de las premisas a la conclusión.	-Análisis de los hechos, norma constitucional, procesal constitucional y pruebas. -Ciencias teóricas: en un estudio de la teoría de los derechos fundamentales y los mecanismos procesales que nos entrega el Estado en su fase previa de la	Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones. Existe un enfrentamiento incisivo entre el demandante y el demandado.

		<p>Tutela Jurisdiccional Efectiva.</p> <p>-Ciencias prácticas: se trabaja con la técnica y valores relacionados al Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.</p>	
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Proceso constitucional: ejercicio del derecho de acción de amparo.

d) Cuarto caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 00117-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : FLORES CHAMBILLA HILARION

ESPECIALISTA : RAUL ALCOS CCALLA

DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO,

PROCURADOR DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL

DE PUNO,

DEMANDANTE : SALAS CHAMBI, ELIZABETH LUZMILA

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico	Ciencias sociales: reposición en su centro de trabajo, en el cargo de auxiliar de limpieza pública de la Sub Gerencia de Gestión Ambiental y Salud Pública de la Gerencia de Medio Ambiente y Servicios de la Municipalidad Provincial de Puno, por haberse configurado el despido incausado.	Conjugación entre hechos, norma y pruebas



PREMISAS	Enunciados no interpretados	Enunciados verdaderos: ciencia del Derecho Enunciados correctos: moral por las protecciones del derecho fundamental al trabajo.	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico, empero el magistrado no ha realizado una argumentación idónea a nivel formal, material y pragmático.
LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos, dar razones suficientes sobre el derecho fundamental conculcado.	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.
FINES	En abstracto: se puede observar que no se puede pasar de las premisas a la conclusión.	-Análisis de los hechos, norma constitucional, procesal constitucional y pruebas. -Ciencias teóricas: en un estudio de la teoría	Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer

		<p>de los derechos fundamentales y los mecanismos procesales que nos entrega el Estado en su fase previa de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.</p> <p>-Ciencias prácticas: se trabaja con la técnica y valores relacionados al Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.</p>	<p>en contradicciones. No existe un enfrentamiento incisivo entre el demandante y el demandado, por cuanto, la demanda se declaró improcedente in limine.</p>
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Proceso constitucional: ejercicio del derecho de acción de amparo.

e) Quinto caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 00533-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO DEL GOBIERNO
REGIONAL ONP

DEMANDADO : MINISTERION DE EDUCACION PERSONIFICADO POR
JAIME SAAVEDRA CHANDUVI, DIRECTOR DE LA UGEL PUNO REP POR
VIDAL MOISES CHOQUE ALEJO

DEMANDANTE: QUISPE COLCA OCTAVIO VALENTIN

ELEMENTOS	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN PRÁGMÁTICA
PROBLEMA	Lógico	Ciencias sociales: la inaplicabilidad de dos normas, a saber: Ley 29944 en el extremo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria Final, y, el Decreto Supremo N° 004-2013-ED en el extremo de la Sexta	Conjugación entre hechos, norma y pruebas

		Disposición Complementaria final.	
PREMISAS	Enunciados no interpretados	Enunciados verdaderos: ciencia del Derecho Enunciados correctos: moral por las protecciones del derecho fundamental al trabajo.	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico, empero el magistrado no ha realizado una argumentación idónea a nivel formal, material y pragmático.
LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos, dar razones suficientes sobre el derecho fundamental conculcado, sin embargo, en el presente caso, la parte	Eje pragmático: relaciona los signos y los usuarios de los signos.

		<p>demandante ha elaborado una pretensión que no merece la protección de nuestro ordenamiento jurídico nacional.</p>	
FINES	<p>En abstracto: se puede observar que no se puede pasar de las premisas a la conclusión.</p>	<p>-Análisis de los hechos, norma constitucional, procesal constitucional y pruebas.</p> <p>-Ciencias teóricas: en un estudio de la teoría de los derechos fundamentales y los mecanismos procesales que nos entrega el Estado en su fase previa de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.</p> <p>-Ciencias prácticas: se trabaja con la técnica y</p>	<p>Llegar a acuerdos, se busca que la otra parte acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones. No existe un enfrentamiento incisivo entre el demandante y el demandado, por cuanto, la demanda se declaró</p>

		valores relacionados al Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.	improcedente in limine.
EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos.	Proceso constitucional: ejercicio del derecho de acción de amparo.

4.5. DISEÑO ESTADÍSTICO

El diseño de la prueba se considera en atención a la tabla de Fisher –Arkin – Coltón, para una población de 19 juzgados, trabajando con un margen de 10% de error, se necesita de casos concretos para ser analizados de acuerdo a la Argumentación Jurídica Estándar en un contexto del Neoconstitucionalismo.

MUESTRA

Cuadro 12. Órganos Jurisdiccionales Permanentes: Juzgado Civil y Juzgados Mixtos de la Corte Superior de Justicia de Puno.

ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA PENAL		CANTIDAD	TOTAL
	Primer Juzgado Mixto	1	3

Provincia de Puno			
	Segundo Juzgado Mixto	1	
	Juzgado Civil	1	
Provincia de San Román	Primer Juzgado Mixto	1	2
	Segundo Juzgado Mixto	1	

Fuente: Visto en el Portal del Poder Judicial del Perú: Órganos Jurisdiccionales Permanentes -*Productividad Judicial*- de la Corte Superior de Justicia de Puno.

A continuación, tenemos la cuadro 11, que representa la conformación de la Argumentación Jurídica por medio de la concepción formal, material y dialéctico, elementos que han sido analizados en cada una de las sentencias y autos de improcedencia sobre conculcación de derechos fundamentales, así se ha podido advertir que todas las sentencias poseen deficiencias notorias en las fases de la argumentación jurídica; se debe indicar que dentro de la concepción material en el extremo de la fundamentación fáctica todas las sentencias tiene un nivel óptimo de conformación y elaboración.

Cuadro 13. Elementos que caracterizan a la Argumentación Jurídica Contemporánea en el Neoconstitucionalismo

SENTENCIAS Y AUTOS	CONCEPCIÓN FORMAL			CONCEPCIÓN MATERIAL									CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA			
	Lógica Formal			Fundamentación Fáctica			Fundamentación Jurídica			Pruebas			Retórica			
PROCESO DE AMPARO	Expedientes	Óptimo	aceptable	deficiente	Óptimo	aceptable	deficiente	Óptimo	aceptable	deficiente	Óptimo	aceptable	deficiente	Óptimo	aceptable	deficiente
2172-2014 (1)			x	x					X			X				x
2027-2013 (2)	x			x				X			x			x		
72- 2015 (3)			x		X				X			X				x
117-2015 (4)	x				X				X				x			x
533-2015 (5)			x		X					x		X				x

Fuente: elaboración propia.

Valor	Óptimo	Aceptable	Deficiente
Puntaje	27 a 30	20 a 26.99	0 a 19.99

Fuente: Resolución Nro. 089 – 2014 – PCNM.

Cuadro 14. Concepción formal (Lógica formal)

Expedientes	Óptimo		Aceptable		Deficiente		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
(1)					1	20	1	20
(2)	1	20					1	20
(3)					1	20	1	20
(4)	1	20					1	20
(5)					1	20	1	20
Total	2	40	0	0	3	60	5	100

Fuente: Cuadro 13.

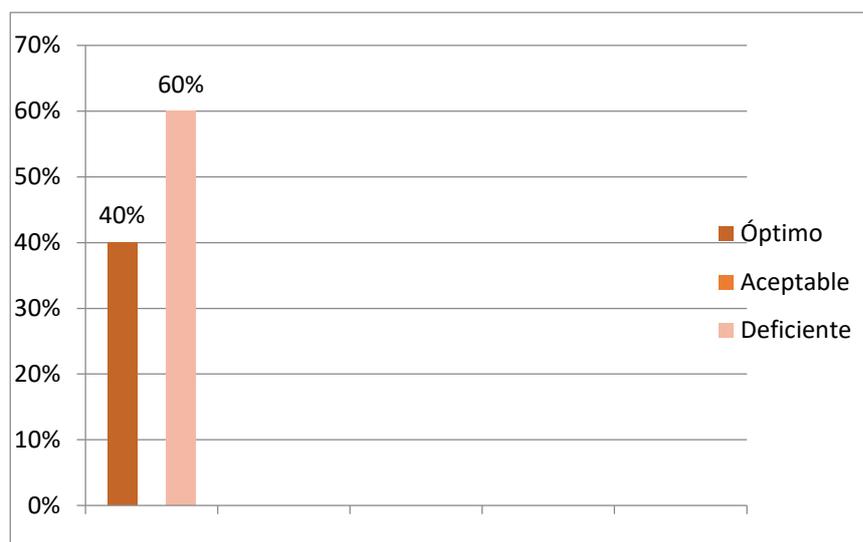


Figura 3. Lógica formal

Fuente: Cuadro 13.

El cuadro 14 y la figura 3, representan a los expedientes número 2 y 4 (resoluciones materia de análisis) que poseen una concepción formal óptima, mientras que los expedientes 1, 3 y 5 contienen una concepción formal deficiente. Siendo 5 expedientes el 100%, cada expediente representa un 20%, cuya suma de los cinco representan el total, por tanto, si los expedientes 2 y 4 representan el 40% y los expedientes 1,3 y 5 representan el 60%; sumados hacen el 100%.

Cuadro 15. Concepción material (Fundamentación fáctica)

Expedientes	Óptimo		Aceptable		Deficiente		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
(1)	1	20					1	20
(2)	1	20					1	20
(3)			1	20			1	20
(4)			1	20			1	20
(5)			1	20			1	20
Total	2	40	3	60	0	0	5	100

Fuente: Cuadro13.

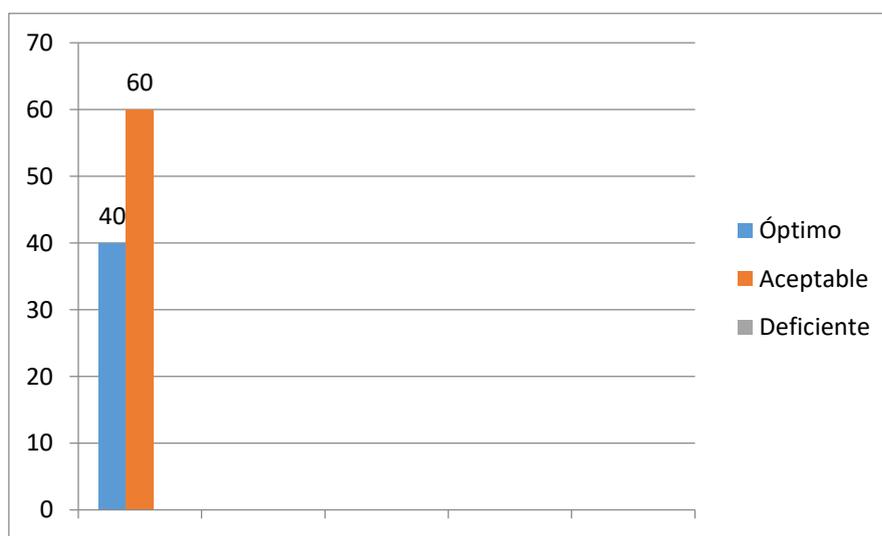


Figura 4. Fundamentación fáctica.

Fuente: Cuadro13.

El cuadro 15 y la figura 4, representan a los expedientes número 1 y 2 (resoluciones materia de análisis) que poseen una fundamentación fáctica óptima, mientras que los expedientes 3, 4 y 5 contienen una concepción material aceptable. Siendo 5 expedientes el 100%, cada expediente representa un 20%, cuya suma de los cinco representan el total, por tanto, si los expedientes 1 y 2 representan el 40% y los expedientes 3,4 y 5 representan el 60%; sumados hacen el 100%.

Cuadro 16. Concepción material (Fundamentación jurídica)

Expedientes	Ótimo		Aceptable		Deficiente		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
(1)			1	20			1	20
(2)	1	20					1	20
(3)			1	20			1	20
(4)			1	20			1	20
(5)					1	20	1	20
Total	1	20	3	60	1	20	5	100

Fuente: Cuadro13.

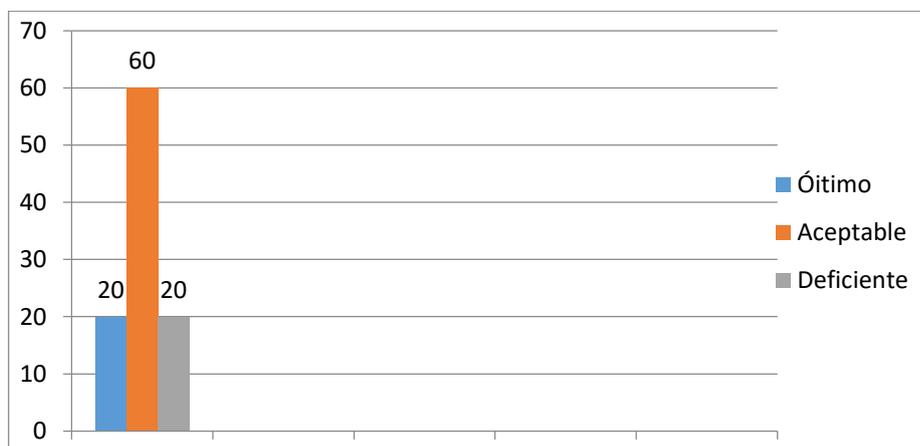


Figura 5. Fundamentación jurídica.

Fuente: Cuadro13.

El cuadro 16 y la figura 5, representan al expediente número 2 (resolución materia de análisis) que posee una fundamentación jurídica óptima, mientras que los expedientes 1, 3 y 4 contienen una concepción material aceptable; y, el expediente 5 simboliza una concepción material deficiente. Siendo 5 expedientes el 100%, cada expediente representa un 20%, cuya suma de los cinco representan el total, por tanto, si el expedientes 2 representa el 20%, los expedientes 1,3 y 4 representan el 60% y el expediente 5 simboliza el 20%; sumados hacen el 100%.

Cuadro 17. Concepción material (Pruebas)

Expedientes	Óptimo		Aceptable		Deficiente		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
(1)			1	20			1	20
(2)	1	20					1	20
(3)			1	20			1	20
(4)					1	20	1	20
(5)			1	20			1	20
Total	1	20	3	60	1	20	5	100

Fuente: Cuadro13.

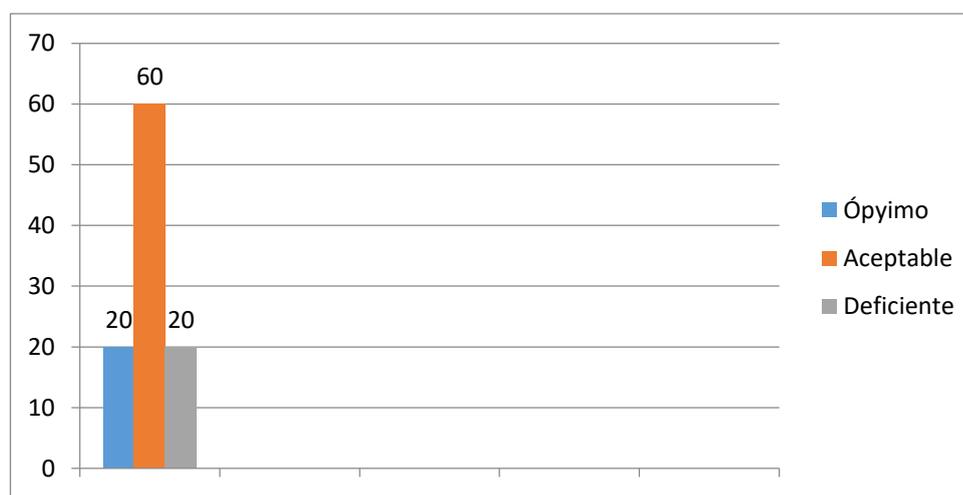


Figura 6. Pruebas.

Fuente: Cuadro13.

El cuadro 17 y la figura 6, representan al expediente número 2 (resolución materia de análisis) que posee una fundamentación probatoria óptima, mientras que los expedientes 1, 3 y 5 contienen una concepción material aceptable; y, el expediente 4 simboliza una concepción material deficiente. Siendo 5 expedientes el 100%, cada expediente representa un 20%, cuya suma de los cinco representan el total, por tanto, si el expedientes 2 representa el 20%, los expedientes 1,3 y 5 representan el 60% y el expediente 4 simboliza el 20%; sumados hacen el 100%.

Cuadro 18. Concepción pragmática (Retórica)

Expedientes	Óptimo		Aceptable		Deficiente		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
(1)					1	20	1	20
(2)	1	20					1	20
(3)					1	20	1	20
(4)					1	20	1	20
(5)					1	20	1	20
Total	1	20	0	0	4	80	5	100

Fuente: Cuadro13.

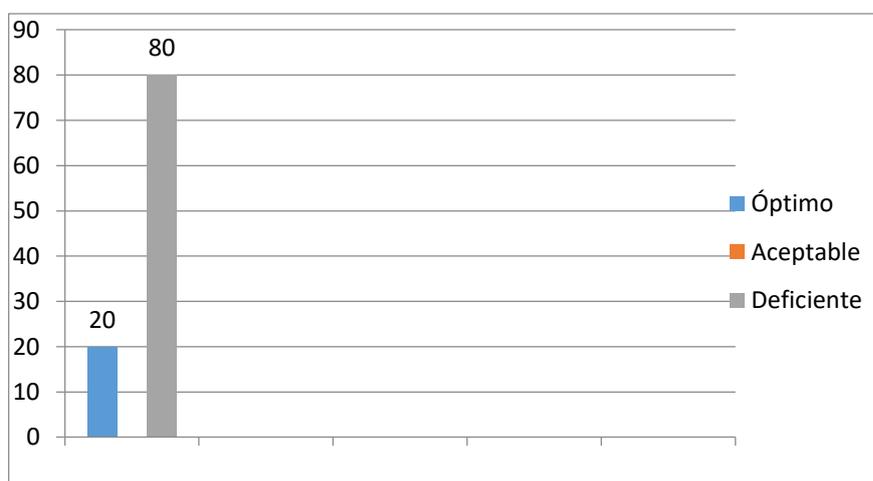


Figura 7. Retórica.

Fuente: Cuadro13.

El cuadro 18 y la figura 7, representan al expediente número 2 (resolución materia de análisis) que posee una concepción pragmática óptima, mientras que los expedientes 1, 3, 4 y 5 contienen una concepción pragmática deficiente. Siendo 5 expedientes el 100%, cada expediente representa un 20%, cuya suma de los cinco representan el total, por tanto, si el expedientes 2 representa el 20%, los expedientes 1, 3, 4 y 5 simbolizan el 80%; sumados hacen el 100%.

4.6. PROCESO DE DEFENSA SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN CONTEXTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN PROCESO DE AMPARO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO ENTRE LOS AÑOS 2014 AL 2015

4.6.1. Análisis jurídico de las sentencias expedidas en proceso de amparo

El análisis lo realizamos caso por caso, con el fin de apreciar si se ha realizado una adecuada argumentación bajo los lineamientos de la teoría estándar.

1) Primer caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 02172-2014-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

ESPECIALISTA : GUEVARA MAQUERA, ROBER WILDE

DEMANDADO : UNIVERSIDAD ANDINA NESTOR CACERES
VELASQUEZ

DEMANDANTE : HUANCA FLORES WILLIAM

1.1. Petitorio de la demanda. El demandante solicito lo siguiente:

Pretensión principal. Que se ordene la reposición en mis labores de personal de Servicio y Mantenimiento del pabellón I de la subsede Puno, cargo que ostentaba antes de mi despido incausado, más costos.

1.2. Contestación de la demandada.- El representante de la entidad demandada Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez; procede a contestar la demanda en forma negativa y contradiciendo en todos sus extremos.

1.3. Análisis de la controversia.

De los documentos que obran en autos, se advierte la existencia de una desnaturalización del contrato sujeto a modalidad que suscribieron el demandante con la entidad demandada, por la causal establecida en el artículo 77 inciso a) del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Así, a folios 12 obra el último contrato de trabajo sujeto a modalidad que suscribieron las partes, dicho contrato es uno de servicios por temporada que se regula por el artículo 67 del Decreto Legislativo 728, citado precedentemente, cuyo plazo se inició el 24 de marzo y se extendió al 31 de julio del año 2014.

Sin embargo, a folios 53 se verifica la Boleta de Pago, expedido a favor del demandante William Huanca Flores, por la entidad demandante por el periodo tributario Agosto 2014, entendiéndose por este concepto el pago de las remuneraciones por los servicios que prestó el demandante por el mes de agosto de 2014, dado que el despido se consumó en septiembre de 2014, conforme lo afirma el demandante y se advierte del contenido del Acta de Infracción N° - 2014-MCZ-ITTII-ZTPE/JUL; (folios 109) efectuada por la Inspectora de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el día 17 de septiembre de 2014 en las instalaciones de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

Por lo que, el contrato modal referido se desnaturalizó dado que el trabajador, ahora demandante laboró por el mes de agosto de 2014, sin contrato que

establezca algún plazo, ni las formalidades que la ley pertinente establece, lo que significa la materialización del supuesto contenido en el artículo 77 del Decreto Legislativo 728, ya citado.

Establecido la desnaturalización del contrato modal, debe entenderse que el vínculo existente a partir de agosto de 2014 entre los sujetos procesales, es una relación laboral a plazo indeterminado, y al no mediar causa justa de despido, vinculada con su conducta o capacidad laboral, este se constituye en un despido arbitrario, por lo que conforme lo solicitó el demandante debe procederse a su reposición en el cargo que venía desempeñándose o en otro de igual categoría.

1.4. Apreciación: La motivación del caso concreto presentado carece de una estructura de las premisas que obedece a la concepción formal; las razones que ofrece el magistrado son aparentemente sólidas, ergo con tales fundamentos es imposible que se persuada al público receptor de la sentencia, es decir, la sentencia bajo análisis no cumple la concepción formal, material y pragmática.

2) Segundo caso: Terminación Anticipada

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 02027-2013-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

ESPECIALISTA : RAUL ALCOS CCALLA

DEMANDADO : PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS

JUDICIALES DEL MINISTERIO DE EDUCACION Y OTROS

DEMANDANTE: CESAR AROHUANCA

2.1. VISTOS:

El Expediente Especial Constitucional sobre Acción de Amparo contenido en el **Expediente Número 02027-2013-0-2101-JM-CI-01**, en el que por escrito de folios ocho a veinticuatro de autos, Cesar Arohuanca Checalla, interpone demanda sobre ACCION CONSTITUCIONAL DE AMPARO, en contra del Ministerio de Educación, el Señor Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación, el Gobierno Regional Puno representado por su Presidente Mauricio Rodríguez Rodríguez, la Dirección Regional de Educación de Puno y el Procurador Publico del Gobierno Regional de Puno.

PETITORIO DE LA DEMANDA: Que, interpone demanda Constitucional de Amparo, ante la inminente amenaza de violación a sus derechos constitucionales al trabajo y al principio del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley y con ese objeto se ordene la inaplicación de la Resolución Ministerial Número 262-2013-ED que aprueba la Directiva Número 018-2013-MINEDU/VMGP-DIGEDD denominada “Normas para el concurso de acceso a cargos de director y sub-director de Instituciones Educativas Públicas

de Educación Básica Regular 2013”, así como de la Resolución Ministerial Número 460-ED, que en su artículo número 6 aprueba la relación consolidada de plazas objeto de Concurso en donde indebidamente se encuentra publicada la plaza de *Director Titular de la Institución Educativa Secundaria “Carlos Rubina Burgos” del distrito, provincia y departamento de Puno* en la que actualmente es nombrado, en consecuencia, se excluya de esa Convocatoria su plaza de Director señalada con el número 1131214411E4.

2.2. CONSIDERANDOS

NOVENO: ANALISIS DEL CASO: Que, el demandante alega principalmente que fue nombrado como Director Titular de la Institución Educativa Secundaria “Carlos Rubina Burgos” del distrito, provincia y departamento de Puno; plaza que ostenta en mérito a la Resolución Directoral 1054-UGELP de fecha veintisiete de diciembre del dos mil cinco, con vigencia desde el dos de enero del dos mil seis, las que obran en autos; **cargo al que accedió mediante el Concurso Nacional de Directores**, señalando que la plaza que ocupa fue indebidamente convocada a Concurso; toda vez que siendo Director **únicamente puede ser sometido a un proceso de evaluación de desempeño y si no aprueba la misma retornar a su plaza de origen**. En el caso de autos esta amenaza de violación a los derechos constitucionales invocados en la demanda se evidencia por las siguientes razones: **1)** Por haberse publicado su plaza con Código Número 1131214411E4 para concurso; toda vez que, a la interposición de la demanda se encontraba en curso la Etapa de Inscripción de Postulantes a la que podrían presentarse los profesores y a la que se refiere el apartado 5.3 de la Directiva Número 018-2013 MINEDU/BMGP-DIGEDD, plaza que fue incluida en la Resolución Ministerial Número 460-2013-ED. **2)** En el caso de los Directores

Titulares debe tenerse en cuenta que estos, deben ser sometidos a un proceso de evaluación de desempeño para su ratificación tal como señalaron el demandante y los demandados en autos, es así que: **a)** La Ley Número 26269 y su modificatoria, así como la Ley Número 28718 en su artículo primero párrafo segundo precisa “...*El periodo de gestión educativa es tres años contados a partir de la expedición de la resolución de nombramiento. Vencido el plazo de cada tres años, el Director se somete a un proceso de evaluación para su ratificación...*”, **b)** En ese sentido el artículo 21 de la Ley Número 29062 - Ley de Carrera Publica Magisterial – señala: “...*El Director y Sub-Director son evaluados cada tres (3) años en su desempeño laboral. En especial, se tendrá en cuenta el resultado de la evaluación de los aprendizajes de los estudiantes de la Institución Educativa. Como criterios complementarios de evaluación se consideran los progresos en la ejecución del proyecto educativo institucional y el trabajo en equipo de los profesores. En el caso del Director se evalúa además, la gestión institucional y técnico pedagógico. Si el Director o Subdirector aprueba la evaluación, se procede a su ratificación por tres (3) años más, mediante una resolución de la Unidad de Gestión Educativa Local o de la entidad correspondiente. Si no aprobaran la evaluación o sin causa justificada no se presentaran a ésta, se da por concluido la designación en el cargo y son ubicados en su plaza de origen o un equivalente...*”; **c)** El artículo 33 de la Ley de Reforma Magisterial Número 29944 indica “...*El acceso y periodo de gestión. El Profesor puede acceder a otros cargos de las áreas del desempeño laboral por concurso y por un periodo de tres años. Al término del periodo de gestión es evaluado para determinar su continuidad en el cargo o su retorno al cargo docente...*”, **d)** La Décimo Primera Disposición Complementaria y Final del

Reglamento de la Ley de Reforma Magisterial Decreto Supremo Número 004-2013-ED al referirse a la adecuación de cargos anteriores a la Ley establece “...*todos los nombramientos y designaciones o cargos que se hayan efectuado por disposición de normas anteriores que ya no estén vigentes, será adecuadas a los cargos de las Áreas de desempeño laboral establecidas en la Ley. En el caso que el cargo haya dejado de existir, el profesor será ubicado como profesor de aula o por horas de acuerdo a su formación inicial o especialización debidamente certificada...*”. **3)** De las normas indicadas **se establece que los Directores y Sub Directores solo pueden dejar el cargo mediante un proceso de evaluación de desempeño que hayan desaprobado, siendo este el debido procedimiento.** Es así que se debe de tener presente que conforme al artículo 139 inciso 3 de la Constitución, son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y en ese sentido debe tenerse en cuenta que el debido proceso, según a lo establecido por la doctrina en forma consolidada, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean, afectados por cualquier sujeto de derecho incluyendo al Estado que pretenda hacer uso abusivo de éstos. **4)** En ese sentido, la amenaza a esos derechos reconocidos en las normas del sector referidos a la evaluación de desempeño para los Directores se evidencia con lo dispuesto en el apartado 7.3 de la Directiva Número 018-2013 MINEDU/BMGP-DIGEDD al señalar “...*Los directores en ejercicio que participen en el concurso y que no acceden al cargo o aquellos que por decisión propia no participen en*

este, permanecerán en el cargo directivo que ocupaban hasta el término del año calendario 2013. Al término del año retornaran al cargo de origen como docente de aula en su Institución Educativa....". Y complementando lo anterior, por jerarquía de normas una Directiva no puede contravenir normas de mayor jerarquía como serían las Leyes del Sector a las que nos referimos anteriormente ni menos aún violar el debido proceso al establecer estas un procedimiento para el caso de los Directores.

DECIMO: Que, a más de lo desarrollado en el considerando precedente, cabe señalar que en fecha dieciséis de noviembre del dos mil trece el Ministerio de Educación emitió la **Resolución Ministerial Número 0558-2013-ED**, mediante la cual se suspendió el “Concurso de Acceso a cargos de Director y Sub Director de Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica Regular – 2013” convocado por Resolución Ministerial Número 460-2013-ED, asimismo, se dejó sin efecto el cronograma y la relación consolidada de plazas objeto del referido concurso, aprobados por Resolución Ministerial Número 460-2013-ED; sin embargo, dicha norma **se limitó sólo a suspender la ejecución de la Resolución Ministerial Número 460-2013-ED**, en consecuencia, en cualquier momento podía adquirir vigencia la misma, perturbando los derechos constitucionales que le asiste al demandante y señalado en el petitorio de su demanda, por lo tanto, con dicha Resolución Ministerial no se deroga los efectos de la Resolución Ministerial Número 460-2013-ED respecto al demandante. Sin embargo, en fecha veinte de mayo del año dos mil catorce se publicó en el diario oficial “El Peruano” el **Decreto Supremo Número 003-2014-MINEDU** mediante el cual se modificó el Reglamento de la Ley Número 29944 – Ley de Reforma Magisterial -, aprobado por el Decreto Supremo Número 004-2013-ED,

incorporándose al Reglamento de la Ley Número 29944 – Ley de Reforma Magisterial -, la Décima Primera Disposición Complementaria Transitoria. Y, en fecha veintiuno de mayo del dos mil catorce se emitió la **Resolución Ministerial Número 204-2014-MINEDU** y entre otros dicha norma dispuso: **a)** Aprobar la norma técnica denominada “Normas para la Evaluación Excepcional prevista en la Décima Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley de Reforma Magisterial”; y, **b)** Dejo sin efecto las Resoluciones Ministeriales Números **0262-2013-ED**, **0460-2013-ED**, 0479-2013-ED, 0501-2013-ED, 0531-2013-ED, 0548-2013-ED, 0558-2013-ED y **0568-2013-ED** relacionadas con la realización del “Concurso de Acceso a cargos de Director y Sub Director de Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica Regular – 2013”, por tanto, mediante la acotada Resolución **se dejó sin efecto las resoluciones cuestionadas por el actor a través del petitorio de su demanda**, habiéndose aparentemente producido en autos la sustracción de la materia. **DECIMO PRIMERO:** Que, se debe tener en cuenta que todo trabajador es sobre todo una persona, centro de derechos y obligaciones, su defensa y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado, en términos del artículo 1 de la Constitución Política del Estado, en consecuencia, todo la amalgama de normas tanto nacionales como internacionales deben confluir para el progresivo bienestar de éste y de su familia, tanto es así, que al hablar de bienestar de la persona humana, no tiene la misma proyección en las diferentes legislaciones latinoamericanas y europeas; por lo que, se debe tomar en cuenta la mejor situación y por ende la regulación normativa más favorable, lo que se conoce como el principio protector, en su variante, la condición más beneficiosa; por lo tanto, en mérito a lo anotado, se concluye que la Resolución

Ministerial Número 0262-2013-ED vulnera el principio indicado, debido a que su aplicación habría generado reducción sin previa evaluación del cargo laboral que ostenta el demandante, hecho que hubiera implicado desmejorar su situación laboral, lo que habría afectado inclusive la vigencia del principio de la disposición más favorable a la persona humana, el principio de condición más beneficiosa, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos laborales y el principio protector, hecho que fue corregido por la demandada el Ministerio de Educación a través de la Resolución Ministerial Número 204-2014-MINEDU, sin embargo, con dicha enmienda la antes citada demandada reconoció tácitamente los derechos que le asisten al demandante y que habrían sido puestos en riesgo y violentados, como explica en su demanda más ampliamente.

DECIMO SEGUNDO: Que, a más de lo señalado en los considerandos precedentes, es preciso resaltar que en el expediente **01865-2013-0-2101-JM-CI-01** se solicitó una Medida Cautelar de no Innovar, tramitada en el cuaderno número trece, la misma que fue rechazada; sin embargo, siendo apelada y elevada al superior en grado, es la Sala Civil de Puno conformada por los Jueces Superiores Salinas Malaga, Gil Layme y Pineda Gonzales, que declararon nula la resolución que rechaza la medida cautelar y ordenan se expida una nueva, consiguientemente, es de entenderse que la referida Sala Civil observo la verosimilitud del derecho invocado; y, estando a lo desarrollado en la presente resolución judicial, solo se confirma aquello ya advertido por los antes citados Magistrados Superiores.

DECIMO TERCERO: APLICACIÓN DEL ARTICULO UNO DEL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Que, si bien los demandados alegan que se emitió la Resolución Ministerial 0568-2013-ED del dieciséis de noviembre del dos

mil trece, publicada en el diario oficial “El Peruano” el diecisiete de noviembre del mismo año, asimismo, que a la fecha se tiene vigente la Resolución Ministerial Número 204-2014-MINEDU de fecha veintiuno de mayo del dos mil catorce, sin embargo, debe expedirse la presente sentencia, toda vez que el artículo primero del Código Procesal Constitucional establece: *“...Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor o si ella deviene en irreparable, el Juez atendiendo al agravio producido declarará fundada la demanda, precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo veintidós del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda...”*; en el caso de autos si bien es cierto que las resoluciones cuestionadas por el demandante fueron dejadas sin efecto, sin embargo, debe requerirse a los demandados no vuelvan a incurrir en tales acciones, en tanto, la misma generó un malestar social en un sector de los Trabajadores del Sector Educación del País, peor aún generó una carga insulsa al Poder Judicial.

2.3. FALLO

PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la demanda sobre **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**, interpuesta por **CESAR AROHUANCA CHECALLA**, que obra de folios ocho a veinticuatro, en contra del Ministerio de Educación, Gobierno Regional de Puno, Dirección Regional de Educación de Puno; el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación y el Procurador Público del Gobierno Regional Puno; en mérito a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución judicial. **SEGUNDO:**

SIN OBJETO PRONUNCIARSE respecto a los efectos para el demandante de la Resolución Ministerial Número 262-2013-ED que aprueba la Directiva Número 018-2013-MINEDU/VMGP-DIGEDD denominada “Normas para el Concurso de Acceso a cargos de Director y Sub-Director de Instituciones Educativas Públicas de Educación Básica Regular - 2013”, así como de la Resolución Ministerial Número 460-2013-ED, que en su artículo seis aprobaba la relación consolidada de plazas objeto de concurso en la cual se encontraba publicada la plaza de Director Titular de la Institución Educativa Secundaria “Carlos Rubina Burgos” del distrito, provincia y departamento de Puno; plaza que ostenta en mérito a la Resolución Directoral Número 1054-UGELP de fecha veintisiete de diciembre del dos mil cinco, con vigencia desde el dos de enero del dos mil seis; plaza con código Número 1131214411E4, **teniendo en cuenta que las mismas fueron dejadas sin efecto por la Resolución Ministerial Número 204-2014-MINEDU.**

TERCERO: DISPONGO que los emplazados no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda, tanto más, que se tiene el firme propósito de continuar con la misma subsanando el incumplimiento de las normas vigentes, recomendándole lo haga tomando en cuenta dichas normas, y, de proceder de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades penales. **CUARTO: INAPLICABLE** para los demandados lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Número 27387.- Sin costos del proceso.- Así lo pronuncio, mando y firmo en la Sala de mi Despacho del Primer Juzgado Mixto de Puno.

2.4. Apreciación: La motivación del caso concreto presentado cuenta con una estructura de las premisas que obedece a la concepción formal; las razones que

ofrece el magistrado son sólidas, ergo con tales fundamentos es imposible que se persuada al público receptor de la sentencia, es decir, la sentencia bajo análisis posee las concepciones formal, material y pragmática.

3) Tercer caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 00072-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

ESPECIALISTA : GUEVARA MAQUERA, ROBER WILDE

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO A CARGO DE AJ
DEL PODER JUDICIAL

DEMANDADO : GUIDO ARMANDO CHEVARRIA TISNADO JUEZ DEL
TERCER JUZGADO MIXTO CIVIL

EDWIN JORGE SARMIENTO APAZA VOCALDE LA PRIMERA SALA CIVIL DE
PUNO

JOSE ALFREDO PINEDA GONZALES VOCAL DE LA PRIMERA SALA CIVIL
DE PUNO

RICARDO PABLO SALINAS MALAGA VOCAL DE LA PRIMERA SALA CIVIL
DE PUNO

DEMANDANTE : VALDIVIA HINOJOSA, ROCIO JACKELINE

3.1. Petitorio de la demanda. La demandante solicito lo siguiente:

SE DECLARE NULA Y SIN EFECTO LEGAL LA RESOLUCION N° 10
(Expediente N° 02489-2013-0-0-2101-JM-CI-03) de fecha 03 de diciembre del

2014, mediante la cual se concede apelación si efecto suspensivo u sin la calidad de diferida respecto al auto final.

a) SE DECLARE NULA Y SIN EFECTO LEGAL LA RESOLUCIÓN N° 01-2014 (Cuaderno N° 02489-2013-5-2101-JM-CI-03) de fecha 24 de diciembre del 2014, que declara infundada la queja de derecho.

3.2. Contestación de la demandada.- El procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial procede a contestar la demanda en forma negativa y contradiciendo en todos sus extremos mediante escrito que aparece a folios 54 a 58.

Que, corresponde determinar si existen argumentos válidos y afectación a derechos fundamentales que permitan declarar la nulidad y dejar sin efecto legal nula y sin efecto legal las Resoluciones N° **10** (Expediente N° 02489-2013-0-0-2101-JM-CI-03) de fecha 03 de diciembre del 2014, mediante la cual se concede apelación si efecto suspensivo y sin la calidad de diferida respecto al auto final; y N° **01-2014** (Cuaderno N° 02489-2013-5-2101-JM-CI-03) de fecha 24 de diciembre del 2014, que declara infundada la queja de derecho.

Del contenido de la demanda se puede apreciar que el demandante sostiene la existencia de violación de sus derechos fundamentales: **a)** Tutela procesal efectiva, **b)** Debido proceso, y **c)** Derecho a la instancia plural. Sin embargo, del texto de la demanda se advierte que lo que cuestiona es el debido proceso,

siendo ésta última presunta violación materia de examen en la presente sentencia.

En consecuencia corresponde verificar el cumplimiento o no del debido proceso en la emisión de las Resoluciones N° **10** (Expediente N° 02489-2013-0-0-2101-JM-CI-03) de fecha 03 de diciembre del 2014, mediante la cual se concede apelación si efecto suspensivo y sin la calidad de diferida respecto al auto final; y N° **01-2014** (Cuaderno N° 02489-2013-5-2101-JM-CI-03) de fecha 24 de diciembre del 2014.

Ello por cuanto la actora en conclusión cuestiona que, en la emisión de las Resoluciones N° **10** (Expediente N° 02489-2013-0-0-2101-JM-CI-03) de fecha 03 de diciembre del 2014; y N° **01-2014** (Cuaderno N° 02489-2013-5-2101-JM-CI-03) de fecha 24 de diciembre del 2014, se ha inaplicado el artículo 691 del Código Procesal Civil, y aplicándose arbitrariamente el artículo 372 del Código Procesal Civil.

3.3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda constitucional de amparo promovido por ROCIO JACKELINE VALDIVIA HINOJOSA, en contra de Guido Armando Chevarría Tisnado, Ricardo Pablo Calinas Málaga, Edwin Jorge Sarmiento Apaza, José Alfredo Pineda Gonzales, con emplazamiento del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, **Sin** costas ni costos.

En consecuencia, **notifíquese** a las partes a fin de que tomen conocimiento e interpongan los recursos impugnatorios que estimen conveniente.

3.4. Apreciación:

La motivación del caso concreto presentado carece de una estructura de las premisas que obedece a la concepción formal; empero si existe ciertamente una estructura no como la exigida por la concepción formal; respecto a la concepción material se advierte la presencia de razones inadecuadas; con atinencia a la concepción dialéctica se infiere que el contenido analizado puede persuadir al auditorio requerido.

4) Cuarto caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE: 00117-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : FLORES CHAMBILLA HILARION

ESPECIALISTA : RAUL ALCOS CCALLA

DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO,
PROCURADOR DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO.

DEMANDANTE : SALAS CHAMBI, ELIZABETH LUZMILA

4.1. VISTA

La demanda que contiene el proceso constitucional de amparo, sobre reposición en su centro de trabajo, en el cargo de auxiliar de limpieza pública de la Sub Gerencia de Gestión Ambiental y Salud Pública de la Gerencia de Medio Ambiente y Servicios de la Municipalidad Provincial de Puno, por haberse configurado el despido incausado. **Primero.- Hechos.**- Conforme se tiene de la demanda, con la demandada mantuvo una relación laboral, desde el 01 de agosto del 2008, cuando ingreso a laborar mediante contrato de servicios personales, bajo el régimen laboral privado, regulado por el Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad laboral, para cubrir el cargo de auxiliar de limpieza pública, que la demandada no le hizo entrega de la copia del contrato y no cumplió con la visación del contrato; el vínculo laboral de la recurrente y la demandada se encuentra acreditada con las boletas de pago

correspondientes, en el que se consigna fecha de ingreso y régimen laboral privado, por lo que es de aplicación el principio de primacía de la realidad y de continuidad, como de duración indeterminada; el contrato no era modal, adjuntando los Memorándums Nro. 712-2013-MPP/GA-GSP y 534-2014-MPP/GA-SGP y se le asigna uso de vacaciones los años 2013 y 2014; que en el presente año y nueva gestión edil, acudió a laborar, impidiendo su ingreso y de acceder a su puesto de trabajo; con los hechos detallados se ha producido el despido incausado, no existiendo ninguna causa, motivo que justifique, porque se ha cortado de forma unilateral, la relación laboral, no existe comunicación escrita, por lo que el despido es incausado, por lo que se ha probado la violación al derecho constitucional a no ser despedido sin causa justificada y al debido proceso.

4.2. CONSIDERANDO

Primero.- Proceso de Amparo.- Conforme lo refiere el artículo 37 del Código Procesal Constitucional “*El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: [...]10) Al trabajo, ...20) De la remuneración y pensión*”, su finalidad es la protección de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; en este proceso se discuten actos u omisiones de la autoridad pública [o particular].

Segundo.- Vías satisfactorias.- El artículo 5 del C.P. Const. En su inciso 2, describe que: “*es improcedente el proceso constitucional cuando [...] Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...*”; en el caso de autos conforme se aprecia del petitorio, se pretende la reposición en su centro de trabajo, al haberse producido el despido incausado; en ese orden de ideas lo que

se cuestiona son actuaciones de carácter administrativo, la misma que sólo puede ser impugnada en el proceso ordinario laboral. **Tercero.**- Debe tomarse en consideración lo dispuesto en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, de fecha 08 y 09 de mayo del 2014, en el Tema N° 03; Tratamiento Judicial del Despido Incausado y Despido Fraudulento, acordando el Pleno por unanimidad *que: “Al amparo de la Ley N° 26636, los jueces de Trabajo están facultados para conocer una pretensión de reposición por despido incausado o despido fraudulento, en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo [...].”*. Es pertinente indicar que el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral 2012. Dicho Pleno señaló lo siguiente: *“Los Jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que se ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo”*. **Cuarto.- adecuación de los hechos a la norma.**- Conforme se tiene de la demanda se pretende la reposición en su centro de trabajo, al haberse producido el despido incausado; estando a lo expresado en los considerandos anteriores, no resulta procedente la tramitación de dichas pretensiones en la vía constitucional, debiendo el actor acudir a la vía específica. **Quinto.**- Téngase presente que el sustento en la demanda respecto del agotamiento de la vía para interponer demanda, no guarda relación con los motivos por los cuales se declara improcedente la demanda; Por tales fundamentos:

4.3. **SE RESUELVE:**

Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de proceso constitucional de amparo seguido por ELIZABETH LUZMILA SALAS CHAMBI, sobre reposición

en su centro de trabajo, en contra de la Municipalidad Provincial de Puno. **TR.**

HS.

4.4. Apreciación

De la sentencia analizada se puede desprender que el magistrado ha cumplido con la concepción formal, más no con la concepción material pues hace una simple copia de la norma sin indicar argumentos sólidos respecto a la subsunción. Con lo señalado difícilmente persuadirá a un auditorio culto.

5) Quinto caso

1º JUZGADO MIXTO - Sede Anexa Puno

EXPEDIENTE : 00533-2015-0-2101-JM-CI-01

MATERIA : ACCION DE AMPARO

JUEZ : HUANCA YAMPARA ANGEL GUMERCINDO

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO DEL GOBIERNO
REGIONAL ONP

DEMANDADO : MINISTERION DE EDUCACION PERSONIFICADO POR
JAIME SAAVEDRA CHANDUVI, DIRECTOR DE LA UGEL PUNO REP POR
VIDAL MOISES CHOQUE ALEJO

DEMANDANTE: QUISPE COLCA OCTAVIO VALENTIN

1.1. VISTOS: La demanda y anexos, y;

1.2. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Conforme lo establece inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, la tutela procesal efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los cuales destaca el **acceso** a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado sin que se le obstruya impida o disuada irrazonablemente.

SEGUNDO.- Sin embargo, todo derecho fundamental es un derecho relativo y en su caso específico de configuración legal, toda vez que el acceso al proceso y el derecho a una sentencia de fondo, se encuentran condicionado a la

existencia de requisitos legales; sin que ello restrinja su ejercicio, sin afectar su contenido esencial. Los requisitos procesales o condiciones legales que se puedan establecer a fin de ejercerse el derecho de acción, constituyen *prima facie* límites al derecho de acceso a la justicia y para que estos sean válidos es preciso que se respete su contenido esencial.

TERCERO.- De otro lado los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales estrictamente constitucionales se enlazan directamente con la dignidad de la persona humana, fin supremo de la sociedad y el Estado, por ello **su naturaleza excepcional o residual** distinto de los procesos comunes. La naturaleza excepcional de protección de los derechos fundamentales, resalta la actuación de los procesos constitucionales **solo ante la ausencia** de otros mecanismos procedimentales **eficaces igualmente satisfactorios** para la protección de los derechos constitucionales vulnerados.

CUARTO.- En el presente caso, de los **hechos** de la demanda no se puede desprender *prima facie* la existencia de la vulneración de los derechos constitucionales, menos se verifica hechos relacionados con el contenido esencial del derecho al trabajo específicamente **respeto al demandante**; porque no se verifica que el legislador al emitir la Ley N° 29944 Ley de Reforma Magisterial promulgado en fecha 25 de noviembre del 2012 **haya establecido diferencias solamente respecto del demandantes** del cual se desprendan la vulneración de sus derechos laborales adquiridos.

QUINTO.- En este caso vía proceso de amparo el actor solicita ***la inaplicabilidad para el recurrente de la Ley N° 29944 - Ley de Reforma Magisterial, en el extremo de la Segunda Disposición Complementaria,***

Transitoria Final y la Sexta Disposición Complementaria final de su reglamento D.S. N° 004-2013-ED modificado por D. S. N° 008-2014-MINEDU.

De lo señalado se aprecia que el actor pide la inaplicabilidad de dos normas, a saber: **a)** Ley 29944 en el extremo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria Final, y, **b)** El Decreto Supremo N° 004-2013-ED en el extremo de la Sexta Disposición Complementaria final.

SEXTO.- Sin perjuicio de lo señalado, el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución Política del Perú señala que **“No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”**.

En el caso materia de la presente demanda se advierte que el demandante en el fondo está impugnando el contenido normativo de la ley 29944, el mismo que es improcedente conforme lo señalado, por la norma Constitucional, y éste es un criterio compartido por este Despacho.

De otro lado, debe tenerse presente la distinción existente entre **“supuesto de Amparo contra leyes”** y un supuesto de **“Amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley”** el primer supuesto y que nos ocupa en el presente caso está referido a aquellas normas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

En este supuesto, cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (**V.g. el artículo 1º del derogado Decreto Ley N.º 25446**: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)”), en este supuesto, el amparo contra la norma procederá

por constituir ella misma un acto **(normativo)** contrario a los derechos fundamentales. Es decir son **normas autoaplicativas**, que no se encuentran sujetas a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que éstas normas autoaplicativas adquieren plena eficacia en el mismo momento en que entra en vigencia.

En el presente caso como se advierte del petitorio de la demanda el accionante solicita la **inaplicación de la Ley**, la misma que cuenta con la reglamentación respectiva que data del 02 de mayo del 2013 consecuentemente la norma impugnada con el presente proceso **no es una norma autoaplicativa** por ende no resulta procedente su tramitación vía proceso constitucional de amparo.

SETIMO.- Debe tenerse presente que en fecha **12 de junio de 2013**, el Tribunal Constitucional al emitir pronunciamiento respecto de un caso similar ha señalado; *“Que en el presente caso se aprecia que la norma cuestionada **no es autoaplicativa** puesto que requiere de una actividad administrativa posterior. En ausencia del acto de aplicación por los emplazados no es posible examinar si las consecuencias de dicha norma para el caso concreto, en efecto, importan una afectación de los derechos constitucionales invocados”*.

OCTAVO.- No está de más hacer de conocimiento del demandante que, el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución Política del Perú, dispone que **“La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”**. En consecuencia

en el presente caso el demandante tiene expedito su derecho para hacerlo valer en dicha vía.

Consideraciones de las cuales se verifica que los hechos y petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado y **además** que en el presente caso ante el Tribunal Constitucional se han interpuesto demandas de Inconstitucionalidad en contra de la Ley 29944 Ley de Reforma Magisterial tramitados en los expedientes 00021-2012-PI, 00008-2013-PI, 00009-2013-PI, y se han admitido a trámite los expedientes 00019-2012-PI y 00020-2012-PI los mismos que se encuentran pendiente de resolución.

NOVENO.- Finalmente debe tenerse presente que el Decreto Supremo N° 004-2013-ED, es una norma reglamentaria, contra el cual solamente procede el proceso constitucional de Acción Popular, conforme a lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú.

Debe tenerse presente que la demanda de acción popular procede contra los **reglamentos**, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, ello de conformidad a lo dispuesto por el Artículo 76° del Código Procesal Constitucional, por lo que en el presente caso la demanda es manifiestamente improcedente y así debe ser declarada por este Despacho.

Consideraciones por las cuales:

1.3. SE RESUELVE: 1) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de Amparo **promovido** por OCTAVIO VALENTIN QUISPE COLCA, **en contra** de **a)** MINISTERIO DE EDUCACIÓN, **b)** UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA DE PUNO representado por el Procurador Público del Gobierno Regional de Puno. **2) SE DISPONE** el archivo definitivo y devolución de anexos presentados así como la remisión de los autos al archivo periférico una vez consentida que sea la presente.

1.4. Apreciación

Se aprecia muchos defectos en la sentencia, puesto que, no cumple con las tres concepciones desarrolladas por la Teoría Estándar de la argumentación, ya que, dicha sentencia no posee ninguna estructura que pueda orientar la forma de los argumentos y los fundamentos son laxos, ergo deviene en un discurso que no puede persuadir a un público capacitado.

4.6.2. Argumentación Jurídica de las Sentencias y Autos

a) Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Estado regula en un artículo 139 inciso 5 el deber la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

La motivación escrita de las resoluciones judiciales puede cumplir, dependiendo del ángulo en que se mire, hay tres funciones:

- Desde el punto de vista del juez: una función preventiva de los errores, en cuanto debiendo aquél dar cuenta por escrito de las razones por las que se ha llegado a su fallo, al momento de redactar su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que podría haber cometido en su operación intelectual previa y autoenmendarse.
- Desde el punto de vista de las partes: una función endoprosesal o de garantía de defensa en cuanto les permite conocer la *ratio decidendi* de la resolución y como tal detectar esos errores que se mantendrían ocultos i no se explicitaran por escrito, a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a reparar tales errores.
- Desde el punto de vista de la colectividad: una función extraprosesal o demodrática de garantía de publicidad (y como tal de exclusión o de detección de la arbitrariedad) en el ejercicio de poder por parte del juez.

La norma fundamental indica que la motivación es un derecho fundamental de todo justiciable; empero, en la presente investigación se ha presentado casos emblemáticos sobre procesos de amparo, mediante dichos

casos concretos se puede verificar que los magistrados han vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, además de incumplir con su obligación de dar buenas razones para poder arribar a determinada decisión en los casos que conoce a raíz del cargo público que ejerce en nuestra sociedad, puesto que, al incumplir dicha función es pasible de ser quejado ante los diversos órganos de control de la magistratura que se encuentran instalados en las cortes superiores a nivel nacional o en su caso de ser demandados por causar perjuicio a los intereses de los justiciables, con lo que se pretende manifestar que las decisiones que plasman los jueces en sus resoluciones judiciales son muy importantes al causar efectos relevantes en las esferas jurídicas de los litigantes, una indebida motivación será trascendente en la vida de las partes procesales, así podemos observar y constatar que tales cargos deben ser ejercidos por personas que tengan un alto nivel en materia jurídica; además de conocer sociología jurídica, política y filosofía general y del Derecho, pues el cargo es noble y no debe ser ejercicio por cualquier persona que no reúne los requisitos señalados, ya que, si logra alcanzar tan importante calidad en la sociedad lo único que podemos esperar del funcionario público son decisiones atinadas, y no lo contrario, tampoco se necesitan personajes que aprendan estando en ejercicio de sus funciones. La sociedad peruana requiere la presencia de magistrados preparados con mucha prolijidad para que coadyuven a la administración de justicia muy mellada en estos tiempos.

b) Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú

El alto Tribunal Peruano se ha pronunciado respecto del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en sendas sentencias, algunas de ellas son las que pasamos a detallar:

1) Expediente número 00037-2012-PA/TC³⁵

³⁵ **4. § El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales: concepto y análisis del caso en concreto**

(...) La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables” [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01230-2002-HC/TC, fundamento 11]. De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 08125-2005-HC/TC, fundamento 10) .En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
- d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal

- 2) Expediente número 01873-2011-PA/TC³⁶
- 3) Expediente número 03891-2011-PA/TC³⁷
- 4) Expediente número 03282-2012-HC/TC³⁸

De los casos concretos verificamos que los magistrados que expidieron las sentencias analizadas en la presente investigación vulneran el derecho a la

incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

³⁶ En el sexto considerando indica ad litteram: El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es *una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso* (Cfr. STC N° 3943-2006-PA/TC, fundamento 4). Este Supremo Colegiado, precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste “(...) *obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)* (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5 e). Concordantemente este Tribunal ha señalado también que “*el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: (...) b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; (...)*” (STC 04348-2005-PA/TC, fundamento 2).

³⁷ En todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

³⁸ La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

debida motivación de las sentencias, derecho fundamental que ha sido desarrollado por los magistrados del Tribunal Constitucional Peruano.

b) Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica

Las sentencias y autos que se han analizado precedentemente, como se afirmó, no cumplen lo mínimo requerido y pronunciado por la Teoría Estándar de la argumentación jurídica, lo que es preocupante, puesto que, los fundamentos de la precitada teoría tiene vigencia en el mundo europeo, americano y latinoamericano, específicamente en nuestro país, toda vez, que ha sido desarrollado extensamente por nuestro alto Tribunal Constitucional en diversas sentencias; de esa manera, se puede indicar que la Teoría Estándar de la argumentación jurídica se encuentra vigente en nuestra real, más aún, si el Consejo Nacional de la Magistratura ha tenido a bien catalogarse como escuela atiensista en temas de argumentación jurídica, lo que determina el doble compromiso que posee nuestra judicatura respecto a la Teoría Estándar.

La concepción formal determina la vinculación de la argumentación con la noción de problemas formales, como un problema matemático o un problema lógico. El estudio de los aspectos formales de los razonamientos no resulta únicamente para los lógicos sino para todos aquellos que participan en cualquier tipo de actividad que tenga algún aspecto argumentativo, es decir, la actividad de resolver problemas formales es un buen entrenamiento para hacer frente a problemas que no son simplemente formales. La necesidad de argumentar no suele provenir de la necesidad de resolver un problema estrictamente formal. Más frecuentemente surge en relación con problemas materiales como explicar un fenómeno, predecir un acontecimiento, averiguar que algo ha sucedido de tal

manera o que tiene tales o cuales características, justificar una acción y recomendar a alguien que haga tal acción, etc (Atienza, 2006: 80).

La concepción material, las premisas y la conclusión son enunciados interpretados, esto es, enunciados aceptados por el que argumenta como verdaderos o correctos. El centro de la concepción material está en las premisas y la conclusión. Existen criterios de corrección en las argumentaciones materiales, es decir, lo que hace que algo pueda considerarse como buena explicación, justificación, etc, no es, simplemente que podemos ponerlas en una determinada forma lógica (Atienza, 2006: 91). Lo que importa son los criterios que utilizamos, como:

- Máximas de experiencia
- Leyes científicas
- Reglas de la técnica
- Principios morales, etc.

La concepción pragmática de la argumentación no son enunciados sin interpretar ni enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados aceptados. En el caso de la retórica no puede hablarse de reglas de procedimiento, aquí no hay dos contendientes que participan en un juego siguiendo ciertas reglas, sino un orador que construye un discurso para obtener la persuasión del auditorio, no son por tanto reglas procedimentales, sino más bien reglas técnicas que sólo se aplican a una parte, al orador y cuyo no seguimiento tiene como consecuencia, la no persuasión, el que no se logre el efecto buscado (Atienza, 2006: 93).

Se puede advertir, en suma, que las sentencias materia de análisis no cumplen ni por aproximación con las tres concepciones planteadas por la Teoría Estándar de la Argumentación jurídica, pese a que los citados magistrados han recibido clases intensivas por la Académica de la Magistratura sobre argumentación jurídica denominada en el Perú como escuela Atienzista.

c) Posición de Francisco Esquiaga Ganuzas

La motivación conlleva varias importantes consecuencias de cara al entendimiento del deber de fundar y motivar la decisión judicial (Esquiaga, 2011: 112):

- La motivación debe publicarse: sólo así cualquiera podrá conocerla; su notificación a las partes deja de ser suficiente, ya que sólo si es publicada puede ejercerse el control social de la decisión.
- La motivación debe estar internamente justificada: el fallo debe ser presentado como el resultado lógico de las premisas, es decir, de las diferentes decisiones parciales que conducen a la decisión final. Entre las premisas de la decisión y la decisión misma debe haber coherencia.
- La motivación debe estar externamente justificada: cada una de las premisas que componen el denominado silogismo judicial debe, a su vez, estar justificada. La motivación debe contener argumentos que justifiquen adecuadamente cada una de las premisas. Si las partes aceptan las premisas, es decir, no discrepan sobre cuál es la norma jurídica (el significado) de las disposiciones seleccionadas, ni sobre los hechos del caso, en principio sería suficiente motivación de la decisión la justificación interna. Pero entonces no habría pleito que sustentar ante el Tribunal. Casi por definición, siempre que se inicia un

proceso es porque existe alguna discrepancia, por lo que la justificación externa es en la práctica ineludible.

- La motivación debe ser inteligible: tal vez sea un ideal imposible de cumplir que cualquiera debería estar en condiciones de entenderla, aunque se podría avanzar mucho en el estilo de redacción de las decisiones judiciales. Pero, al menos, debe exigirse que los términos de la motivación sean lo suficientemente claros como para que la comunidad jurídica pueda comprenderla.

- La motivación debe ser completa: todas las decisiones parciales adoptadas en el curso del proceso, que tengan alguna relevancia de cara a la decisión definitiva, deben tener reflejo en la motivación, incluyendo tanto la *quaestio iuris* como la *quaestio facti*. En ese sentido, parece cada vez más extendida entre los Tribunales la importancia de motivar la interpretación, pero aún hay muchas omisiones en lo que respecta a una adecuada motivación de la *quaestio facti* o de la individualización de las consecuencias jurídicas.

- La motivación debe ser suficiente: no basta con que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final estén justificadas, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea “suficiente” (la completitud es una cuestión de cantidad, mientras que la suficiencia es un criterio cualitativo). Para cumplir con esa exigencia no es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que (al menos en los casos de discrepancias) habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables. Por ejemplo, ante una duda interpretativa, no será suficiente justificar el significado adoptado por medio de una argumentación sistemática, sino que deberán

proporcionarse también razones que motiven por qué ese modo de interpretación es más adecuado en ese caso que una argumentación teleológica.

- La motivación debe ser autosuficiente: la sentencia en su conjunto, incluida la motivación, debe ser comprensible por sí misma, sin requerir acudir a ninguna otra fuente. En ese sentido, debe prevenirse del uso peligroso, en cuanto a la autosuficiencia de la sentencia, de la motivación *per relationem*, cuando el juez no justifica una decisión, sino que se remite a las razones contenidas en otra sentencia. Las patologías de este modo de justificación pueden ser tres: que la sentencia a la que se remite la motivación se remita a su vez a otra, y así sucesivamente (motivación *matrioska*); que la parte de la motivación a la que se alude no sea la *ratio decidendi* de la decisión, sino un simple *obiter dictum*; o, por último, que la motivación invocada sea precisamente la de la sentencia recurrida, transformándose en solución del recurso, el problema a resolver.

- La motivación debe ser congruente con las premisas que se desea motivar: los argumentos empleados deben elegirse y utilizarse en función del tipo de premisa o decisión que quiere justificarse (por ejemplo, la premisa “factual” o *quaestio facti* y la premisa “jurídica” o *quaestio iuris*). Los argumentos por medio de los que puede ser considerado suficientemente motivado un significado, seguramente no pueden ser válidamente empleados para justificar por qué se considera más creíble un testimonio que otro.

- La motivación debe emplear argumentos compatibles: una motivación bien construida no sólo debe mostrar una congruencia entre las premisas y la decisión, sino que los argumentos utilizados para justificar cada una de las premisas deben ser compatibles entre sí.

- La motivación, por último, debe ser proporcionada: tanto una motivación demasiado escueta, como una demasiado prolija pueden estar eludiendo una suficiente motivación.

Como se vuelve a reiterar todas las exigencias que debe poseer una motivación adecuada como las expone el profesor Javier Esquiaga Ganuzas no son cumplidas por las sentencias anticipadas analizadas en apartados precedentes.

d) Posición de León Pastor

El profesor León Pastor ha propuesto seis criterios que tiene relación con el empleo de las técnicas argumentativas y de comunicación escrita, tales parámetros cumplidos aseguran una argumentación cumplida y bien comunicada (León, 2008:19), como se pasa a señalar:

- Orden, representa el orden racional que supone la presentación del problema, el análisis del mismo y la solución de un problema que se plasma en la decisión adecuada.
- Claridad, consiste en usar el lenguaje en las acepciones contemporáneas, usando giros lingüísticos actuales y evitando términos extremadamente técnicas o en lenguas extranjeras como el latín, lo que importa que los tecnicismos debe ser reservado para los especialistas en materia legal, pero cuando el auditorio es el ciudadano que no tiene la calidad de abogado, el lenguaje que debe aplicarse es accesible para que pueda ser entendido por los litigantes, administrados, entre otros.
- Fortaleza, apunta León Pastor que las resoluciones deben estar redactadas de acuerdo a los cánones constitucionales y de la teoría estándar de la

argumentación jurídica. Las buenas razones son aquellas que encuentran base en la interpretación estándar del derecho positivo vigente, en las razones asentadas en la doctrina legal y en las adoptadas en los criterios que en la jurisprudencia vinculando va desarrollando en los diversos casos concretos que tiene a bien conocer. Si las razones son confusas o aparentes, la decisión deviene en irracional e irrazonable.

- Suficiente, una resolución fuerte es aquella que tiene razones oportunas y suficientes. Las razones insuficientes lo son por exceso o defecto. Lo son por exceso cuando las razones sobran o son redundantes.
- Coherencia, es un requisito esencial que tiene toda argumentación de guardar consistencia entre los diversos argumentos empleados, de tal manera que unos no contradigan a otros.
- Diagramación, es la debilidad más notoria en la judicatura peruana, pues lo usual es encontrar textos abigarrados, lo que dificulta al lector comprender el contenido de la resolución, más aún, si se ha visto en la praxis que dichas resoluciones carecen del uso de comas, punto seguido o punto aparte lo que hace notar la falencia en contra con resoluciones bien diagramadas.

Las precitadas características no son cumplidas a cabalidad por las sentencias analizadas, materia de la presente investigación, lo que representa un problema relevante para los litigantes que deseen leer las resoluciones expedidas por los Juzgados Mixtos y Juzgado Civil del distrito judicial de Puno, en materia de derechos fundamentales.

4.6.3. Contrastación de unidades de investigación y constatación de hipótesis

a) Para la Hipótesis general

“La aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo es parcial y deficiente en las sentencias emitidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 – 2015, pues sólo los magistrados utilizan de forma genérica la argumentación lógica deductiva, soslayando cabalmente la fundamentación externa como la dialéctica”.

Del estudio de las sentencias y autos emitidas en los procesos constitucionales: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin), se puede advertir que es parcial y deficiente la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica. A decir de Neumann citado por Robert Alexy, afirma que la teoría de la argumentación jurídica se ubica en un punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo; el primero, determina que las decisiones jurídicas no necesitan ser justificadas porque proceden de una autoridad legítima; y, el segundo, resuelve que las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad. El determinismo es una postura que no puede ser aceptada en una realidad postmoderna, donde las sociedades pluralistas no conciben como fuente de legitimidad a la autoridad y que una de las dimensiones del

Derecho pretende que las decisiones deben ser justificadas. El decisionismo está convencido de que los jueces no justifican sus decisiones, tomándolas en forma irracional y posteriormente las someten a un proceso de racionalización; en esa línea, los realistas indican que las decisiones estarían basadas en impulsos o factores individuales del juez, descartando la aplicación del silogismo judicial, que importa la aplicación de la premisa mayor (regla o principio), premisa menor (hechos) y la conclusión (decisión) por medio del razonamiento.

El profesor de Alicante realiza una distinción entre dos perspectivas de análisis de las argumentaciones, la cual se da a consecuencia de la diferenciación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. La primera perspectiva la forma la psicología social que a través de un modelo explica el proceso de toma de decisión por medio de argumentos. En el Derecho tenemos al modelo denominado Información Integrada de Martín Kaplan, para quien el proceso de toma de decisión por un juez es el resultado de los valores de información y de impresión inicial. La segunda perspectiva, conformada por otras disciplinas que se ocupan de los argumentos con calidad de justificados, así tenemos a la justificación formal de los argumentos (un argumento es formalmente correcto) y justificación material de los argumentos (un argumento es aceptable). La teoría estándar de la argumentación jurídica se ubica en la lógica material o contexto de justificación de los argumentos.

Cabe resaltar la importancia de la cuestión de la corrección de los argumentos, es decir, cómo discriminar los argumentos correctos de los incorrectos, los válidos de los inválidos y del reconocimiento de los que parecen válidos o los denominados falaces. Las falacias se dividen en formales y no formales (de atinencia “cuando un argumento descansa en premisas que no son pertinentes

para su conclusión” y ambigüedad cuya “formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados cambian en el curso del argumento, produciendo así una falacia”).

Otra diferenciación que, advierte el profesor de Alicante es entre la justificación interna y justificación externa; la primera, es cuestión de lógica deductiva, referida a la validez de una inferencia a partir de premisas; y, la segunda, va más allá de la lógica en sentido estricto, pues se tratan propiamente de las teorías de la argumentación jurídica que se ocupan de los casos difíciles, labor que importa determinar la premisa fáctica y/o la premisa normativa que, exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas.

Los jueces son capacitados por el Consejo Nacional de la Magistratura en forma previa para que puedan asumir sus funciones en los juzgados a los cuales son asignados, no obstante, tales conocimientos no son aplicados en la resolución de los conflictos jurídicos que se les ponen a la vista, lo que representa un problema grave para la administración de justicia en nuestro país y localidad, pues los litigantes merecen y tiene derecho a que sus casos sean solucionados de acuerdo a los conocimientos técnico jurídicos, es preciso que se les capacite constantemente a los jueces para que puedan aplicar la teoría de la argumentación jurídica con la finalidad de que contribuyan con el avance de la democracia en un Estado Constitucional de Derecho, tipo de Estado presente en el contexto del neoconstitucionalismo. La realidad presentada por el neoconstitucionalismo obliga a que los jueces puedan argumentar con propiedad, por tanto, hasta este punto queda constatada la hipótesis general.

b) Para la Hipótesis específica 1

“La concretización de la concepción formal de la argumentación jurídica es parcial y deficiente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo”.

El silogismo subsuntivo denota la aplicación de la concepción formal; el *modus ponens* y el *modus tollens* representan la materialización de la citada concepción. La lógica deductiva es parcial y deficiente en la argumentación jurídica de las resoluciones recaídas en los siguientes expediente: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin). Lo perfectible de la argumentación jurídica que presentan tales resoluciones se evidencia, puesto que, no utilizan el lenguaje formal siguiente:

$$\frac{P \rightarrow Q, \neg Q}{\therefore \neg P}$$

Donde $P \rightarrow Q$ significa "P implica Q", $\neg Q$ significa "no es el caso de que Q" (o en resumen "no Q"). Entonces, cada vez que " $P \rightarrow Q$ " y " $\neg Q$ " aparecen por sí mismas como líneas de una prueba, " $\neg P$ " se puede colocar válidamente en una línea posterior.

El *modus tollendo tollens* está estrechamente relacionado con el *modus ponens* o *silogismo disyuntivo*.

$$\frac{P \rightarrow Q, P}{\therefore Q}$$

Donde la regla es cuando " $P \rightarrow Q$ " y " P " aparezcan por sí mismos en una misma línea de una prueba lógica, Q puede ser escrito válidamente en una línea subsiguiente. Nótese que la premisa de P y la implicación se "disuelven", siendo su único rastro el símbolo Q que se mantiene para su uso posterior, por ejemplo, en una deducción más compleja.

Si bien el *modus ponendo ponens* es uno de los mecanismos aceptados para la construcción de pruebas deductivas que incluye la "regla de definición" y la "regla de sustitución". *Modus ponendo ponens* permite eliminar una sentencia condicional de una prueba lógica o argumento (los antecedentes) y por lo tanto no llevar estos antecedentes adelante en una cadena alargada y constante de símbolos. Por esta razón, el *modus ponendo ponens* a veces se denomina regla de la separación.

En ese orden de ideas, por tanto, queda constatada la hipótesis específica uno.

b) Para la Hipótesis específica 2

"La concepción material de la argumentación jurídica es inexistente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo".

"la Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales". La ponderación nos facilita la solución de las

múltiples colisiones entre los principios que se suelen dar dentro del ordenamiento constitucional contemporáneo.

Existe una diferencia entre reglas y principios, como señala la teoría constitucional, los principios deberían entenderse como mandatos de optimización cuya concreción dependerá de las posibilidades jurídica y fácticas³⁹. Esto significa que los principios son susceptibles de ponderación, es decir, que en cada caso concreto habrá que ver cuál de los principios se convierte en regla y cuál en excepción, pudiendo esto variar si se trata de un caso distinto. Según la visión de Alexy podría suponerse que la gama de los derechos incluidos dentro del llamado “coto vedado” sería bastante amplia, lo suficiente como para poder incluir quizá algún principio no liberal.

Manuel Atienza señala que Robert Alexy y MacCormick son forjadores de la teorías estándar de la argumentación, es decir, aquel modelo que se concentra en el estudio de las razones justificatorias antes que en las razones explicativas⁴⁰; por ello, el trabajo del profesor de Alicante resulta de interés, pues trata de sistematizar las distintas teorías de la argumentación (Aarnio,

³⁹ Asimismo, Alexy en oposición define a las reglas como mandatos definitivos; por lo tanto, un conflicto entre reglas debería terminar con la expulsión de una de ellas del sistema. Con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, observaremos que lo fáctico se refiere a la idoneidad y necesidad de la medida limitadora examinada, en cambio, lo jurídico se relaciona ya directamente con lo que sería el mismo juicio de ponderación a través de la siguiente ley: “cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Ibidem, p. 171 (ALEXY, Robert. El concepto y la validez del Derecho. Ob. Cit., p. 162.). Ver también al respecto el artículo de SOBREVILLA, David. El modelo de las reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy. En: Isonomía. Nro. 04, México, abril de 1996.

⁴⁰ Esto se refiere a la distinción que según Atienza, permite la aparición de la Teoría de la Argumentación Jurídica y que fue tomada del campo de la filosofía de la ciencia, vale decir, la distinción entre el Contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, el primero se centraría en la explicaciones de los razonamientos (por ejemplo en el caso de un juez explicaciones de orden sociológico, psicológico, etc.) y el segundo, en la justificación de los argumentos (es decir, cómo se debería llegar a un razonamiento correcto). La teoría estándar sólo se referiría al contexto de justificación mientras que Atienza pensaría que una teoría de la argumentación debería trabajar en ambos contextos. Ibidem, pp. 303-325.

MacCormick, Peczenik, Alexy, Perelman, etc) para poder conformar lo que sería ya, propiamente dicha, la Teoría de la Argumentación Jurídica.

La teoría de la argumentación jurídica sugiere una serie de criterios generales, que serían muy útiles para evaluar la corrección o justicia de una decisión; estas serían las reglas de la consistencia, la coherencia, la universalidad y el de consecuencialismo, aspectos que fueron estudiados por la profesora Gascon.

Tales criterios, en su plano formal, se constituirían por reglas de la lógica formal como la “no contradicción” y la coherencia y, en su plano material, con los criterios de orden sustantivo que responden a la moral kantiana y a la moral utilitarista.

De esa forma se puede inferir que la concepción material es inexistente en las resoluciones analizadas, recaídas en: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin), por tanto, queda constatada la hipótesis específica dos.

b) Para la Hipótesis específica 3

“La concepción pragmática de la argumentación jurídica no se desarrolla en las sentencias expedidas en el proceso de amparo”.

En la concepción dialéctica el proceso debe estar basado en una disputa en la que cada uno de los sujetos intenta vencer al otro provocando, gracias al buen uso de la retórica: la contradicción; o puede estar basado en un diálogo racional en que cada sujeto busca convencer al otro buscando el esclarecimiento para resolver el problema. En cualquiera de los dos casos, según Atienza, debe actuarse ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico que regulan el comportamiento de los contendientes con la finalidad de persuadir a un auditorio para que acepte determinada tesis. Manuel Atienza refiere que en la concepción formal, lo más importante en cuanto al lenguaje es la relación de los signos entre sí, es decir, el eje sintáctico, dado que en ella se prescinde del significado de los enunciados y sólo se atiende a la estructura del razonamiento. En la concepción material, el eje del lenguaje que destaca es el semántico, tiene el grado de correspondencia entre lo que se dice y lo que acontece y existe efectivamente en la realidad empírica, es lo que da la pauta de calificar de falso o verdadero los enunciados del lenguaje. En el eje pragmático, lo que más importa es la relación dada entre el autor de los enunciados y los enunciados mismos, dado que lo que se busca es el acuerdo, ésta relación la del autor con el signo es la más importante para esta concepción. De lo apuntado se puede deducir que en las resoluciones, materia de análisis, carecen de la concepción pragmática, ergo, queda constatada la hipótesis específica tres.

CONCLUSIONES

- Analizadas la resolución emitida en el: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin), se denota que los magistrados no aplican los fundamentos de la Teoría Estandar de la argumentación, ni mucho menos doctrina nacional que desarrolla el citado tema, es decir, que la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo en el distrito judicial de Puno durante los años 2014 – 2015 en el contexto del neoconstitucionalismo es ausente.
- Verificadas las resoluciones de los expedientes materia de estudio, como el: Expediente 02172-2014-0-2101-JM-CI-01(demandante: Huanca Flores William); Expediente 02027-2013-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Casar Arohuanca); Expediente 00072-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Valdivia Hinojosa, Rocio Jackeline); Expediente 00117-2015-0-2101-JM-CI-01(demandante: Salas Chambi, Elizabeth Luzmila); y, Expediente 00533-2015-0-2101-JM-CI-01 (demandante: Quispe Colca Octavio Valentin) se advierte que la concepción formal de la argumentación jurídica es parcial y deficiente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo.
- Se puede determinar que la concepción material de la argumentación jurídica es inexistente en las sentencias expedidas en el proceso de amparo, es así, que al no cumplir con la justificación externa de la Teoría Estándar de la

Argumentación Jurídica, dichas resoluciones vulnerarían el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

- No es posible identificar la concepción pragmática de la argumentación jurídica, debido a que no se desarrolla la retórica y dialéctica en las sentencias expedidas en el proceso de amparo, lo que significa que ninguna de las partes procesales estaría de acuerdo con el contenido de las resoluciones bajo estudio, al no haber persuadido el magistrado del contenido correcto de su decisión.

RECOMENDACIONES

- Los magistrados titulares deben de aplicar la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica, o en su caso, la propuesta latina sobre la argumentación jurídica, bajo los parámetros establecidos en una “*tabla de puntaje para la calificación de la argumentación jurídica*” por el Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez, que ellos antes de laborar en sus despachos reciben capacitaciones intensivas en temas de argumentación jurídica. Respecto, a los magistrados provisionales deberán de capacitarse por *motu proprio* para aplicar adecuadamente la Teoría de la Argumentación jurídica. En caso, de que los magistrados incumplan los parámetros establecidos por el Consejo Nacional de la Magistratura deberán ser sometidos a proceso disciplinario y sancionados de acuerdo a la Ley de la Carrera Judicial, en el cual, previamente se deberá incorporar como falta grave, la inaplicación de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica, o en su caso, la propuesta latina de la argumentación jurídica. Por parte, de las autoridades del Poder Judicial deberán de capacitar a los jueces a través de cursos y talleres con ponentes que cuenten con la calidad de juristas con conocimientos sobre Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica o la propuesta latina de argumentación jurídica. Es importante que el Consejo Nacional de la Magistratura pueda otorgar un puntaje superior a 30 cuando califica el rubro “desempeño profesional”⁴¹ contenido en el punto segundo sobre “experiencia profesional”, puesto que, se evalúa la calidad de los documentos elaborados por los magistrados, en caso de ratificación; y, postulantes, en caso de ingreso a la carrera judicial. En suma, la propuesta es

⁴¹ Actual Reglamento de Concurso para el Acceso Abierto a la Selección y Nombramiento de Jueces Y Fiscales y Reglamento del Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, ambos aprobados en la gestión del Dr. Guido Aguila Grados.

que el Consejo Nacional de la Magistratura pueda crear una “*tabla de puntaje para la calificación de la argumentación jurídica*” que incorpore los postulados de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica o la propuesta latina de argumentación jurídica, debido que, la actual forma de calificar los escritos de los postulantes es genérica e imprecisa al “considerar”⁴² sólo: a) la comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición, b) coherencia lógica y congruencia procesal, c) solidez en el razonamiento probatorio o juicio de hecho, d) solidez de la argumentación jurídica.

- Los jueces deberán de explicitar de forma idónea la aplicación del silogismo judicial y de la ponderación de ser aplicada.

- Los jueces deben de aplicar la interpretación, argumentación dogmática, uso de los precedentes, argumentación práctica general, argumentación empírica y, si es posible, las formas especiales de argumentos para fundamentar sus resoluciones que requieren motivación.

- En la medida que sea óptima el cumplimiento de la concepción material será idónea también la concepción pragmática, por ello, se debe incidir en la capacitación personal y de parte del Estado a favor de los jueces para que sus decisiones sean conforme a ley y Derecho, esto es, respetando su independencia sin que primen otros factores que pueden desvirtuar su decisión de acuerdo a los estándares requeridos en un mundo post moderno.

⁴² *Idem.*

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. (1987). *Lo racional como razonable*. Dordrecht: Reidel.

Alchourron, C. (1995). *Concepciones de la lógica*. Enciclopedia Iberoamérica de Filosofía (Vol. 7). Madrid: Trotta

Alexy, R. (1987). *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Doxa Nro. 5. i.

Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Comunicaciones.

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Comunicaciones.

- Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2011). *La doble naturaleza del derecho*, en Bernal Pulido, Carlos. *La doble dimensión del derecho*. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico – práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Lima: Editorial Grijley.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación estructura y redacción de la tesis*. Lima: Editorial Grijley.
- Aristóteles. (1419). *Retórica*, III, 18, pp. 3 – 5.
- Aristóteles. *Metafísica*, Libro XIII, 1078b: Citado por E.A. Dal Maschio. *Platón. La Verdad Está En Otra Parte*. España: Bonal letra Alcompas.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (1993). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Atienza, M. (1996). *Giuridificare la bioética. Una proposta metodológica*. Ragion: Pratica.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Cuarta edición). Barcelona: Ariel.
- Austin, J.L. (1982). *Cómo hacer las cosas con palabras*. Trad. Genaro Carrió. R. Rabossi, E.A., Barcelona: Paidós.
- Alchourron, C. (1995). *Concepciones de la lógica*. Enciclopedia Iberoamérica de Filosofía (Vol. 7). Madrid: Trotta.
- Academia de la Magistratura. (2002). *Razonamiento Jurídico*, Lima, AMAG.
- Baptista, P. (2006). *Metodología de investigación* (Cuarta Edición). México: McGraw- Hill Interamericana.
- Bayón, J.C. (1992). *La normatividad del derecho, deber Jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Black, M. (1970). *Ensayos en lógica y lenguaje*. Cornell University Press.
- Burton, S. J. (1985). *An Introduction to law and legal reasoning*. Boston – Toronto: Little, Brown and Company.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*: Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Cano, J. C. (2009). *Conflicto, argumentación y convivencia*. Bogotá: Linotipia.
- Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Perror.

- Casamiglia, A. (1997). *Teoría del participante versus teoría general del derecho: una aproximación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Nro. XIV.
- De Paramo, J. M. (1988). *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional* (año 8. Número 22). Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional.
- Del Solar, F. (2009). *La ciencia del derecho: del iusnaturalismo al positivismo jurídico*. Lima: Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Diaz, E. (2009). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- E.H. Levi. (1964). *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba.
- Echave, D. (1999). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.
- Escandell, M. V. (1996). *Introducción a la pragmática*. Barcelona: Ariel.
- Esquiaga, F. J. (2011). *Argumentación e interpretación, La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. Lima: Grijley.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. (trad. Al castellano de P.A. Ibáñez, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos y R Canterero de la edición italiana de 1989, Laterza, Bari).
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomos 1 y 2. Madrid: Editorial Trotta.

- García, J. (1999). *Retórica, argumentación y derecho*. Madrid: Civitas.
- Guastini, G. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gonzales, Á. (1964). *Historia de la filosofía*. Madrid: Ediciones y Publicaciones Españolas.
- Gonzales, D. (2014). *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Universidad de Alicante: Repositorio Institucional.
- Greppi, A. (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*, T.I, II, Teurus, Madrid, 1987.
- Habermas, J. (1989). *Teoría y praxis*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1996). *La lógica de las ciencias sociales* (3ra. Edic). Madrid: Edit. Tecnos.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1989). *Teorías de la verdad, Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. De Jiménez, M. Madrid: Cátedra.
- Haack, S. (1982). *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra.
- Hage, J. (2001). *Legal Logic. Its existence, Nature and Use*. A Soeteman, Kluwer: Dordrecht.
- Hayeck, F. (2002). *El camino a la servidumbre*, México.

- Heinrich L. (1999). *Manual de retórica literaria*. Madrid: Gredos.
- Hernández, R. (2006). *Metodología de investigación* (Cuarta Edición). México: McGraw- Hill Interamericana.
- Holmes, O. W. (1963). *The common law*. Edit. de M. DeWolfe, Harvard University Press.
- Hobbes. (2013). *Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid: Tecnos.
- Hurtado, A. (1972). *Lecciones de derecho romano*. Caracas: Venezuela.
- Iglesias, M. (2006). *La autoridad del derecho como cuestión de justicia política*. En discusiones.
- Kant. (1961). *Crítica a la razón pura* (traducido por Perojo y Rovira). Buenos Aires: Losada.
- Kelsen. (1991). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Locke.(1991). *Tratado de gobierno civil*. Madrid: Tecnos:
- Maccormick, N. (1999). *Retórica y estado de derecho*, Revista de Filosofía y Política, Madrid, número 21.
- Maccormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press.
- Maccormick, N. (1987). *Universalization and induction in law*, Giufre, Milan.
- Mccarthy, T. (1987). *La teoría crítica de jurgen Habermas*, trad. M. Jiménez, Tecnos, Madrid.

- Menand, L. (1997). *Introduction a pragmatism, A reader*, Vintage Books, Nueva York.
- Milione, C. (2005). *El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Morales, F. (2005). *Cambios en el derecho, cambios en su defensa*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 58.
- Montesquieu. (1979). *El espíritu de las leyes*. Barcelona: Ariel.
- Muñoz. G., C. (2008). *La teoría de las ideas en Platón y su dimensión antropológica y social*. España: *Revista de Filosofía. A Parte Rei*.
- Navarro, P.E. (1993). *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*, en *Doxa*, Nro. 14.
- Nino, C.S. (1989). *Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas*, en *Doxa* Nro. 5.
- Perelman, Ch. (1989). *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*. Gredos, Madrid.
- Perelman, Ch. (1989). *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Gredos, Madrid.
- Pisarello, G. (1988). *Por un concepto exigente de estado de derecho*. Revista *Sistema*.
- Ponce De León, L. (2009). *La metodología de investigación científica del derecho*. Instituto de Investigaciones Científicas, UNAM, p. 70 y ss.

- Posner, R. A. (1990). *Un pragmatismo manifiesto*. Harvard University Press.
- Pozzolo, S. (2011). *El neoconstitucionalismo*. Lima: Palestra.
- Pusarello, G. (1988). *Por un concepto exigente de estado de derecho*. Revista Sistema.
- Quesada, D. (1985). *La lógica y su filosofía. Introducción a la lógica*. Barcanova, Barcelona.
- Raz, J. (1988). *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México,
- Raz, J. (2002). *El estado de derecho y su virtud*, México.
- Reinarch, A. (1914). *Introducción a la fenomenología*. Madrid: Ediciones Encuentro.
- Retórica, I, 10, 1368 b, pp. 13 y ss.
- Rodes, R. (2004). *Premisas y conclusiones*. Prentice Hall, New Jersey, cap. 5 y 3.
- Rodingen, H. (1977). *Pragmática de la argumentación jurídica*. Munich: Alber.
- Russel, B. (1962). *La sabiduría de occidente*. Madrid: Ediciones Aguilar.
- Rodotá. (2004). *Tecnopolítica*. Bari: Laterza.
- Rousseau. (2011). *El contrato social*. Madrid: Editorial Gredos.
- Sánchez, F. L. (2004) *Argumentación jurídica: un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*. Lima: Jurista.

- Sastre, S. (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw- Hill.
- Smith, S. (1990). *The pursuit of pragmatism*, Yale Law Journal.
- Soper, A. (1984). *Theory of law*. Harvard University Press, Cambridge University, Londres, 1984. Citado por la traducción castellana de Caracciolo, R. Una teoría general del Derecho. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Strawson, P. (1969). *Introducción a una teoría de la Lógica*, Nova.
- Stuart. J. (1993). *Saggio sulla libertà, il Saggiatore*, Milán: Il Saggiatore.
- Summers, R. (2001). *La naturaleza formal del derecho*, Fontamara, Mexico,.
- Toulmin, S. E. (1984). *An introduction to reasoning*, MacMillan, New York, 2da, edición.
- Toulmin, S. E. (1958). *Los usos del argumeto*, Cambrige University Press.
- Ureta, G. J. (2012). *Técnicas de argumentación jurídica: Para la Litigación oral y escrita*. Lima: Ediciones Legales.
- Vega, L. (2003). *Si de argumentación se trata. Una introducción a la argumentación*. Montesinos, Barcelona.
- Velu, J. (1990). *La convention européenne de dorits de l'homme*. Bruselas.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid.
- Von, G. (1951). *Deontic logic*. Mind. Vol. LX, pp. 1 – 15.
- Wrobleski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación*, Civitas, Madrid.



Zagrebesky, G. (2003). *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.



ANEXOS

Anexo 1. Elementos que caracterizan las concepciones formal, material y dialéctica.

	CONCEPCIÓN FORMAL	CONCEPCIÓN MATERIAL	CONCEPCIÓN DIALÉCTICA
1.- PROBLEMA	Lógico , matemático	Científicos (c.s. y c.n.) tecnológicos morales	De política
2.-PREMISAS	Enunciados no interpretados (no importa el contenido)	E. verdaderos: ciencia E. eficaces: tecnología E. correctos: moral	Acuerdos: lo que el adversario va aceptando en el juego dialéctico
3.-LENGUAJE	Eje sintáctico: relaciona los signos	Eje semántico: relación entre signos y objetos	Eje pragmático : relaciona los signos y los usuarios de los signos.
4.-ÉNFASIS	Inferencia	Premisas: lo que importa es si las premisas son verdaderas	Conclusión
5.- FINES	En abstracto: se debe de ver si se puede pasar de las premisas a la conclusión	Ciencia: ver en que debemos creer tecnología y moral:¿qué debemos hacer? Ciencias teóricas: ¿en qué se debe creer? Ciencias prácticas: a) tecnología b)moral	Llegar a acuerdos. Se busca que el otro acepte nuestras tesis para derrotarlo haciéndolo caer en contradicciones



6.-EVALUACIÓN	Las reglas de la inferencia	Reglas de la moral filosófica, lógica y criterios científicos	Criterios procedimentales : v. gr., el procedimiento del árbitro
---------------	-----------------------------	---	--

Anexo 2. Ficha de Análisis de Expediente

FICHA DE ANÁLISIS DE EXPEDIENTES

Nro. De expediente:.....

Demandante:

Demandado:

Juzgado:

Materia:

Etapas del proceso:

Auto/ sentencia a analizar:

SENTENCIAS Y AUTOS	CONCEPCIÓN FORMAL			CONCEPCIÓN MATERIAL									CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA			
	Lógica Formal			Fundamentación Fáctica			Fundamentación Jurídica			Pruebas			Retórica			
PROCESO DE AMAPARO	Expedientes	óptimo	aceptable	deficiente	Óptimo	aceptable	deficiente	óptimo	aceptable	deficiente	óptimo	aceptable	deficiente	óptimo	aceptable	deficiente

Anexo 3. Ficha Textual.

Autor:	Editorial:
Título:	Ciudad:
Año:	País:
Tema: “...”	
Pág.:	
Edición:	Ficha Nro.

Anexo 4. Ficha de Resumen.

		Nro.
Libro:		Pág.:
Autor :		Edición:
Editorial:		Año:
Tema:		