

Capítulo VIII. Lógica y argumentación jurídica. La justificación interna.

1. Introducción

Cuando iniciamos nuestro estudio de la teoría de la argumentación señalamos, citando a Neil MacCormick, que la corrección de una decisión exigía siempre una justificación de primer nivel -justificación interna en la terminología de R.Alexy- que significa su ajuste a reglas de lógica deductiva, a partir de premisas que incluyen un criterio universal.

Si se tratara de un caso difícil, la corrección deductiva también es necesaria pero resulta insuficiente, porque al haber premisas discutidas es necesario también fundamentar su aceptación, que es la justificación de segundo nivel (o externa).

Hasta ahora nos hemos ocupado de ese segundo aspecto, de la justificación de las premisas, pero aquí vamos a ocuparnos del primero: la corrección del razonamiento en sí. Para estudiar este aspecto, Atienza propone lo que llama un enfoque formal de la argumentación, centrado en la forma de inferencia de la conclusión, con absoluta prescindencia de la veracidad o de la corrección normativa de las premisas.

Toda justificación exige la corrección lógica del razonamiento que conduce desde las premisas a la conclusión, esto es, exige que la conclusión sea inferida de las premisas mediante un razonamiento lógicamente correcto.

Siempre se ha sostenido que el razonamiento jurídico era un razonamiento lógico pero lo interesante es qué quiere decir eso. Como vimos, para algunos significa que la justificación se ajusta al modelo de un silogismo deductivo, al que llaman silogismo judicial o de subsunción. Pero, como también vimos, ese modelo sencillo no alcanza para dar cuenta del razonamiento que hacemos cuando argumentamos. De hecho, se puede observar que razonamos de distintas formas, que la argumentación jurídica puede ser bastante más compleja que un silogismo o dos.

Y aquí viene el problema de los juristas con los lógicos. Problema que se complica grandemente cuando la lógica clásica o aristotélica es revisada a inicios del siglo XX y aparecen otros tipos de lógicas.

2. La lógica y las lógicas.

La lógica estudia la estructura o formas de razonamiento y por eso, se la califica como una disciplina formal, como la matemática. No interesa el significado de las premisas, que pueden ser representadas por un símbolo convencional cualquiera (p, q, z ...) sino analizar cómo es posible dar el paso que va desde las premisas a la conclusión, que es la inferencia y cómo distinguir entre formas de inferencia correctas

e incorrectas. En otras palabras, la lógica es un sistema teórico que permite verificar la corrección de los razonamientos (¹).

La lógica clásica es bivalente, lo que quiere decir que opera con dos valores: verdad y falsedad y lo que hace es determinar cuándo a partir de premisas verdaderas o premisas falsas -cualesquiera que sean- podemos tener la certeza absoluta de que nuestra conclusión será necesariamente verdadera o necesariamente falsa. Pero, cuidado... no es asunto de la lógica determinar si las premisas son realmente verdaderas o son falsas. De eso nos hemos ocupado antes.

En la actualidad, la lógica ha sustituido el lenguaje natural -que había usado hasta fines del siglo XIX- por un lenguaje formalizado, inspirado en las matemáticas, en el que las palabras son reemplazadas por símbolos convencionales cuyo significado y función está definido con precisión rigurosa y que pueden ser combinados entre sí según reglas deliberadamente construidas. Esto ha permitido evitar problemas y avanzar notablemente en el análisis lógico de los razonamientos que formulamos.

De ese modo tenemos hoy una lógica proposicional, que opera con proposiciones -que representan el significado de un enunciado descriptivo cualquiera- y estudia las relaciones entre esas proposiciones desde la perspectiva verdadero-falso. Así las variables proposicionales se vinculan mediante distintas conectivas, dando lugar a diversas fórmulas, que además emplean a veces algunos signos auxiliares para eliminar ambigüedades. A su vez, esas fórmulas pueden ser simples o combinarse según conectivas, formando fórmulas complejas. Es probable que en secundaria hayamos estudiado las llamadas "tablas de verdad".

También se ha construido una lógica de predicados, que en lugar de operar con proposiciones, opera con los componentes de una proposición -sujeto y predicado- y analiza sus relaciones (de quién se afirma y qué se afirma).

Más tarde se han explorado otras lógicas -que se llaman lógicas modales- que quieren dar cuenta de otros valores, cambiando los operadores verdad-falsedad, por otros operadores como necesidad-posibilidad (lógica alética) u operadores que califican el status de acciones, como prohibido, obligatorio, permitido (lógica deóntica).

El inicio de la lógica deóntica como intento de una lógica adecuada para dar cuenta de los enunciados normativos se vincula a los trabajos del finlandés G.H. von Wright, a mediados del siglo XX (²) trabajos que han tenido enorme influencia en la

¹ Echave, Delia, Guibourg, Ricardo y Urquijo, Ma.Eugenia. Lógica, proposición y norma, Buenos Aires, Astrea, 1980, 7a. reimpresión, p.20 y 28.

² Georg Henrik von Wright. An essay in modal logic, Amsterdam 1951 y Norma y Acción. Una investigación lógica, Londres, 1963, este último traducido al castellano por P.García y publicado en Madrid, Tecnos, 1970

teoría del derecho. La lógica deóntica es una lógica proposicional que advierte la diferencia entre el razonamiento en el lenguaje descriptivo (razonamiento teórico) y el razonamiento en el lenguaje prescriptivo (razonamiento práctico) que no se refiere a valores de verdad o falsedad sino que califica las acciones según otros valores, como prohibidas, obligatoria o permitidas, por lo que propone trabajar con otros operadores que llama deónticos: Ph (prohibido), O (obligatorio), P (permitido).

También sabemos de intentos de construir otros tipos de lógicas, lógicas no monotónicas ⁽³⁾, lógicas paraconsistentes ⁽⁴⁾, entre otros.

De modo que los juristas nos encontramos con un panorama bastante complejo cuando nos proponemos estudiar la lógica del razonamiento jurídico y, de hecho, se han seguido distintos caminos y se ha discutido mucho. Creo que hay dos motivos principales que nos hacen más difíciles las cosas: por un lado, los juristas siempre hemos querido pensar que los fallos judiciales son el resultado de una inferencia deductiva -el silogismo judicial- y demasiado tiempo hemos ignorado todos los otros problemas implicados en el razonamiento jurídico; y, por otro lado, hemos hablado mucho de lógica pero, en general, lo que entendemos por lógica está bastante lejos de lo que actualmente entienden los lógicos.

La teoría del derecho viene ocupándose de estos problemas desde mediados del siglo XX y, si bien se ha avanzado, casi todos los problemas permanecen abiertos. Lo único que nadie discute es que cualquier decisión que se proponga debe poder inferirse lógicamente de las premisas fácticas y normativas que se han seleccionado y expresado como su fundamento de hecho y de derecho.

3. El silogismo jurídico

Como sea desde hace más de 250 años se habla del silogismo como forma de razonamiento de los juristas. Se atribuye a Cesare Beccaria en su libro *De los delitos y de las penas*, escrito en 1764 haber señalado que el trabajo de los jueces consiste en aplicar un tipo de razonamiento lógico que designa como silogismo judicial (Atienza, 2013). La idea es que cualquiera que desee conocer la solución jurídica para un caso concreto lo único que debe hacer es subsumir los hechos en alguna norma jurídica preestablecida y eso es lo que hacen los jueces (Iturralde, 1991:241).

Esta idea se encuadra en una concepción teórica que identifica el derecho con

³ Las lógicas no monotónicas capturan inferencias derrotables, esto es, conclusiones en forma tentativa, reservando el derecho a retractarse a la luz de mayor información.

⁴ En la lógica clásica, de premisas contradictorias, cualquier conclusión puede ser inferida. En cambio, la lógica paraconsistente trata con información inconsistente y de ella no deduce necesariamente trivialidades. En síntesis, las lógicas paraconsistentes son sistemas formales que admiten el principio de contradicción ya que, sostienen, lo que hace ininteligible algo no es el principio de no contradicción sino el sinsentido.

la ley y considera que los jueces sólo son aplicadores de las leyes. Su origen se vincula a las ideas de la Ilustración y se conoce como formalismo jurídico. La enorme valoración de la ley como expresión de la voluntad general y la también enorme desconfianza hacia los jueces, llevó a que se propusiera que la supremacía de la ley y que el poder de juzgar fuera "invisible y nulo", que los jueces actuaran como "seres inanimados", tan sólo una boca que pronunciara las palabras de la ley para el caso planteado. En ese contexto, la idea del silogismo judicial aparece como una garantía y lo expresa magistralmente Beccaria: *"en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre"* ⁽⁵⁾.

Ese silogismo jurídico o judicial ha sido tradicionalmente descrito según la forma canónica del silogismo aristotélico. Aristóteles trabaja con juicios -que atribuyen un predicado a un sujeto, uniendo tres términos, sujeto, cópula y predicado- y el razonamiento deductivo vincula dos juicios y extrae una conclusión. El conocido ejemplo de Aristóteles es: a) *todos los hombres son mortales* (Premisa Mayor); b) *Sócrates es hombre* (premisa menor) y c) *Sócrates es mortal* (conclusión).

Si en lugar de juicios trabajamos con proposiciones, el esquema sería: a) Premisa Mayor (PM); b) Premisa menor (pm) y c) Conclusión.

Si ahora nos proponemos reconstruir según ese modelo el razonamiento jurídico nos encontramos que a) la premisa mayor está constituida por una norma ⁽⁶⁾ que establece que cierta situación supuesta (caso genérico) que produce determinada consecuencia (solución genérica); b) la premisa menor está conformada por los hechos concretos del caso individual; y c) la conclusión es la decisión judicial.

Ensayemos un ejemplo: a) Premisa mayor: *el que diere muerte a una persona debe ser condenado a una pena entre diez y treinta años de penitenciaría*; b) Premisa menor: *NN mató a ZZ*; c) Conclusión: *Debe condenarse a NN a una pena entre diez y treinta años de penitenciaría*.

No debe olvidarse que la premisa mayor siempre es normativa y sólo por eso, la conclusión puede ser normativa. En cambio, la premisa menor parece ser fáctica. Lo que se mantiene del silogismo aristotélico es la inferencia deductiva, es decir, la forma lógica del razonamiento, que es un razonamiento deductivo.

⁵ Las ideas expuestas provienen de ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social (1762); MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, El Espíritu de las leyes (1748) capítulo IX; Beccaria, César "De los delitos y las penas" (1764).

⁶ Por norma se entiende aquí el resultado de la interpretación de una formulación normativa o disposición.

No hay una única forma de silogismo deductivo y conviene que por lo menos, nos familiaricemos con las dos más comunes, que hemos visto en el capítulo anterior: el *modus ponens* y el *modus tollens*.

(1) *Modus ponens* Es un razonamiento deductivo que asume una relación condicional ($p \rightarrow q$), de modo que afirmando el antecedente p , se puede deducir el consecuente q . Volvamos a nuestro ejemplo:

- Todos los tordos son negros (*regla*)
- A es un tordo (*caso*)
- A es negro (*conclusión*)

La estructura del *modus ponens* en lógica proposicional puede formalizarse así:

$$\begin{array}{l} p \rightarrow q \\ \underline{p} \\ q \end{array}$$

De otra forma (también usual): $[(p \rightarrow q) \wedge p] \rightarrow q$

(2) *Modus tollens*. Supone una relación condicional ($p \rightarrow q$) y muestra que negando el consecuente q , se puede deducir la negación del antecedente p . Vamos al otro ejemplo:

- Todos los tordos son negros (*regla*)
- A no es negro (*caso*)
- A no es un tordo (*conclusión*)

En lógica proposicional, la estructura del razonamiento *modus tollens* puede expresarse así:

$$\begin{array}{l} p \rightarrow q \\ \underline{\neg q} \\ \neg p \end{array}$$

O de otro modo: $[(p \rightarrow q) \wedge \neg q] \rightarrow \neg p$

Desde la teoría del derecho y, en particular, desde los estudios sobre argumentación se ha señalado que, si bien es explicable el éxito de la idea del silogismo jurídico, los dos siglos y medio transcurridos desde su formulación han mostrado algo: a) que normalmente los jueces no "descubren" la solución del caso razonando de ese modo sino que, cuando es posible, se valen de la forma del silogismo para presentar la justificación de sus fallos; y b) que el modelo del silogismo es insuficiente para dar cuenta cabal del razonamiento judicial, que también se vale de otras formas de razonamiento para justificar sus decisiones.

Según el nuevo enfoque: no se deduce para hallar una solución verdadera sino para justificar una decisión correcta de un caso y si bien sería ideal que el razonamiento pudiera seguir siempre el esquema del silogismo no hay que ignorar que eso es complicado, funciona en determinadas circunstancias -entre otras, los casos fáciles- pero no siempre el razonamiento se puede reconstruir bajo ese modelo simple

Diríamos entonces que el razonamiento deductivo sólo puede verse como un ideal racional, que tiene un lugar de privilegio pero no exclusivo: coexiste o es complementado con otras formas de razonamiento lógico como el inductivo, abductivo, finalístico y de ponderación y también con otras formas de argumentos lógicos especiales llamados razonamiento analógico, a fortiori, a contrario o apagógico.

Esto porque, como vimos, los jueces tienen el deber institucional de tomar una decisión sobre cuestiones en las que habitualmente existe cierto grado de incertidumbre acerca de los hechos relevantes y de indeterminación normativa y no puede desconocerse que eso genera "casos difíciles" y éstos permiten cierta discrecionalidad para la elección de las premisas que, a su vez, exige al decisor una justificación especial, que le obliga a razonar de distintas maneras.

4. Los argumentos "lógicos" especiales de los juristas .

Según Atienza, el razonamiento deductivo funciona si en las premisas se cuenta con la información necesaria y suficiente para inferir la conclusión. Pero si eso no ocurre, p.ej. porque no tengo una regla, no hay premisa mayor y eso impide razonar según el *modus ponens* o el *modus tollens* o p.ej. cuando en las premisas hay información contradictoria y hay que suprimir una de ellas.

Para resolver estos problemas los juristas han acudido a razonamientos o argumentos especiales que tradicionalmente fueron considerados argumentos lógicos porque se expresan como inferencias lógicas, pero lo interesante es que -en realidad- no son puramente lógicos: aunque se habla de razonar de lo particular a lo particular, estos argumentos implican formular una regla o reformularla variando su alcance para usarla para un razonamiento deductivo.

Como se trata de reformular reglas, supone atender al significado y al contexto y valorar lo que se considera la regla mejor para ese caso. Esa "nueva regla" se justifica como aplicación del criterio básico de justicia formal: debe tratarse igual a lo que es igual, pero no lo que sea diferente. Esto es universalidad o sea aplicar la misma regla todas las veces que se presenten las mismas condiciones. A modo de ejemplo: *Si está prohibido fotocopiar artículos publicados en revistas científicas ¿está prohibido o permitido fotocopiar libros?*

1. Argumento por analogía. Es una forma de razonamiento es conocida desde la Antigüedad (*paradeigmata* en griego, *a simili* en latín) y formulada de distintas maneras ⁽⁷⁾. Siempre se ha dicho que la analogía permite razonar desde un caso previsto para resolver un caso no previsto aplicando a éste una regla semejante a la aplicable al caso previsto. Será una regla nueva con la misma consecuencia jurídica.

La analogía es admitida cuando nos encontramos ante dos situaciones semejantes en sus propiedades relevantes, una de las cuales ha sido regulada por el derecho y la otra no. Es fundamental que los supuestos de hecho sean semejantes en los aspectos relevantes son los que se tuvieron en consideración para establecer la regla, las razones que justifican la regla (razones subyacentes a la regla). Como observa Marina Gascón, la cuestión fundamental consiste en hallar la identidad de razón que permita fundar la aplicación de las consecuencias jurídicas de una disposición a un caso diferente, pero parecido al contemplado ⁽⁸⁾.

Para justificar este proceder se invoca un principio "lógico" que diría que *"donde exista la misma razón, debe darse la misma consecuencia"* y un principio de igualdad de trato de situaciones sustancialmente iguales desde cierto punto de vista *"tratar igual a lo que es igual"*. Se invoca también la presunción de que la autoridad jurídica, si hubiera previsto el caso, lo habría resuelto a semejanza de cómo decidió el caso previsto y expresamente regulado. Es un intento de asegurar la coherencia de valores dentro de un orden jurídico.

En síntesis, para que proceda la analogía se requiere: a) la existencia de una laguna, es decir, de un caso no previsto por el derecho; b) la existencia de un caso previsto por el derecho; c) que haya semejanza entre el caso no previsto por la disposición jurídica y el previsto en sus propiedades relevantes; y d) que existan las mismas razones para resolver la situación no prevista del mismo modo que la que fue prevista.

Pero la analogía tiene limitaciones: a) es evidente que opera como un recurso para poder razonar por deducción y si así no fuera; sería lógicamente incorrecta; b) implica crear o modificar una regla preestablecida, variando su alcance, lo que excede la lógica; c) hay consenso en que no es admisible en algunos contextos, está prohibida en el ámbito penal y la mayoría de los autores señalan que no puede tomarse como el caso previsto aquel que constituye una excepción a una regla o principio general.

⁷ Por ejemplo, en el siglo XIX por John Stuart Mill de este modo: a) A y B se asemejan en uno o varios aspectos; b) A es verdadera; c) luego B es verdadera

⁸ Gascón, M y et. al, 2003: p. 108

2. Argumento "a fortiori". El razonamiento *a fortiori* (con mayor razón todavía) tiene en común con la analogía que ambos extienden la solución genérica de un caso previsto a otro no previsto y para hacerlo requieren comparar esos casos. Pero en el argumento *a fortiori* los casos no son estrictamente análogos sino que se entiende que en el caso no previsto se dan "*en mayor grado todavía*" que en el previsto, aquellas propiedades relevantes que justifican la regla aplicable al caso previsto.

La tradición distingue dos variantes del argumento: a) *a maiori ad minus*, que evoca aquellos de que "*quien puede lo más, también puede lo menos*", el clásico ejemplo de que si alguien tiene poder de disposición sobre un bien, debe entenderse que también lo tiene para tomar otras decisiones de menor entidad (hipotecarlo, arrendarlo, hacerle mejoras, etc); y b) *a minori ad majus*, que razona que "*si está prohibido lo menos, también está prohibido lo más*" o sea que -según otro ejemplo clásico- si está prohibido ingresar a la estación de tren con un perro, también estará prohibido hacerlo con un oso, en el entendido de que para quienes están allí su presencia es más peligrosa o más desagradable.

Como en el caso anterior, el fundamento último es la necesidad de resolver un caso para el que no se encuentra una regla mediante la extensión al caso de la regla que parezca más razonable. De vuelta no es un tema lógico sino, en todo caso, de razonabilidad práctica.

3. Argumento a contrario. Es un argumento que permite excluir la consecuencia jurídica prevista por una norma para determinado caso genérico toda vez que un caso individual presente alguna propiedad que permita diferenciarlo del caso previsto. Es algo así como la contracara o la alternativa a la analogía: si considero que los supuestos de hecho son semejantes y lo son en los aspectos relevantes que se tuvieron en consideración para establecer la regla, me inclino por la analogía; si, en cambio, entiendo que eso no ocurre -porque no son similares los casos o porque rechazo la aplicación de la regla-, destacaré las diferencias y argumentaré a contrario.

Es un argumento que hace una interpretación literal estricta de la disposición y se justifica con el aforismo de que "*El legislador ha dicho todo lo que quería decir; lo que no ha dicho es porque no quería decirlo*"

Como puede verse la clave es la valoración de la relevancia de las diferencias en relación con las razones subyacentes a la norma.

Se ha dicho que el argumento *a contrario* es correcto cuando se parte de una norma excepcional a cargo de un sujeto particular y se deduce que no puede ser

aplicada a otro sujeto o a otra clase de sujetos ⁽⁹⁾. Con frecuencia, el argumento a contrario es mal empleado en la argumentación dogmática

4. Argumento apagógico (*ad absurdum*). Consiste en mostrar que cierta regla o cierta interpretación de una regla lleva a resultados inaceptables (absurdos), sea porque están prohibidos o porque son la peor de las alternativas posibles. Opera como una razón para excluir esa regla o interpretación de la regla, partiendo del supuesto de la racionalidad del legislador, que no habría ordenado algo absurdo o que conduzca a consecuencias indeseables porque coliden con principios o valores que se persigue realizar mediante el orden jurídico. Como puede verse es un tipo de argumento consecuencialista porque argumenta sobre las consecuencias de una regla o de determinada interpretación de una regla.

5. Otros modos de razonamiento usuales en la práctica jurídica.

Atienza afirma que la lógica deductiva estandar es el núcleo del enfoque formal de la argumentación pero señala que, aún siendo esencial -ayuda a ordenar, analizar y construir correctamente el discurso argumentativo- no es más que un aspecto a considerar en la teoría de la argumentación y que allí es admisible razonar de distintos modos. En el capítulo anterior -al ocuparnos de la argumentación en materia de hechos- hemos visto otros tipos de razonamiento relevantes para nuestro trabajo. Nos referimos especialmente al razonamiento inductivo y al abductivo o por abducción y nos limitaremos recordar aquí lo más elemental, agregando dos tipos más de razonamiento usual en la práctica jurídica.

1. Razonamiento inductivo. Todo razonamiento deductivo necesita contar con una premisa mayor que tiene la forma de un juicio condicional universal ($p \rightarrow q$) que puede leerse "*si p, entonces q*". Esa premisa aparece allí como un dato establecido o asumido de antemano como verdadero. El razonamiento inductivo es el que permite inferir esa regla universal y lo hace a partir de un universo de casos singulares.

Cuando se trata de una premisa fáctica, cabe preguntarse cómo puede determinarse si es verdadera -o por el contrario, es falsa- y, como dijimos, eso nos conduce a recordar que tales enunciados universales acerca de hechos resultan de un razonamiento inductivo, se forman por inducción a partir de la observación de hechos singulares. Los lógicos distinguen entre inducción completa e inducción ampliatoria y nosotros vimos que nuestras reglas sobre la experiencia -incluyendo leyes científicas y

⁹ Perelman *et. al.*, 1989: 374

máximas de experiencia-- se forman por inducción ampliatoria, lo que quiere decir, a partir de un universo de casos que no agota todos los casos posibles, aunque exige un número de casos suficiente para poder proponer la veracidad o validez de la regla.

Por eso dijimos que no puede descartarse que ocurra un caso que falsee la regla y, por eso es que la regla no garantiza la certeza o verdad absoluta, sino sólo cierto grado de probabilidad -llamada "inferencial"- que será mayor o menor según el rigor con que se haya formado la regla. Aquí la noción de "inferencia" significa el pasaje de x casos singulares a la formulación de una regla para el caso general.

Recordemos un par de ejemplos:

Ejemplo 1: *A, b, c... x son tordos (casos individuales)*

A, b, c... son negros (casos individuales)

Todos los tordos son negros (regla)

Ejemplo 2. *A, b, c... x son inmigrantes españoles ancianos (casos individuales)*

A, b, c... x se han negado a vender su vivienda (casos individuales)

Todos los inmigrantes españoles ancianos rehusan vender su vivienda (regla)

De modo que una regla empírica formada por inducción ampliatoria siempre expresa sólo una probabilidad de que "dado p entonces q " pero ocurre que además, la regla puede ser probabilística también en sentido causal, y eso significa que la propia regla afirma que es probable que algo provoque cierto efecto pero asume que no siempre va a producirlo sino sólo a veces.

Una probabilidad causal es, en ocasiones, calculable de modo matemático. Por ejemplo, la probabilidad de ganar el "Cinco de oro" que se expresa en una regla probabilística que dice que quien hace una apuesta tiene una probabilidad de 1 sobre 1.712.304 de ganar. Quiere decir que "Si A compra una boleta para acertar el Cinco de oro tiene una probabilidad de 0,000000584 de ganarlo".

Pero otras veces, la probabilidad es calculable sólo de modo estadístico como la probabilidad de un ciclista de sufrir un accidente de tránsito en la ciudad de Montevideo, o de recuperarse de una enfermedad si es atendida a tiempo y correctamente, etc. No se trata de que nosotros calculemos probabilidades, basta con que sepamos que las reglas de la experiencia -que usamos en nuestro razonamiento aunque no las hagamos nosotros- tienen que estar justificadas por algún razonamiento inductivo y no son infalibles. Eso significa que nuestras inferencias en materia de hechos no aseguran certeza absoluta y lo que hay que plantearse es satisfacer cierto estandar en la valoración de la prueba.

2. Razonamiento por abducción. También hemos hablado del razonamiento abductivo (o por abducción) que se caracteriza porque, a partir de un hecho conocido,

mediante una regla formada por inducción, puedo inferir la veracidad de una hipótesis sobre el hecho que me interesa probar. Un ejemplo que pusimos era:

La noche del homicidio, los perros de la casa no ladraron (probado).

El homicida probablemente era una persona conocida de la casa (hipótesis)

Cuando entra una persona que conocen los perros no ladran (Regla empirica).

La idea es que conozco algunos hechos y busco alguna regla que me permita probar mi hipótesis. Para algunos es una forma de razonamiento inductivo y para otros deductivo, pero, como también dijimos, lo interesante del razonamiento abductivo es que tenemos establecidos ciertos hechos y podemos proponernos una conclusión tentativa y ver si logramos justificarla, formulando una regla general aceptable.

3. Razonamiento finalístico. Es el típico razonamiento que debo hacer para determinar si ciertos medios son o no adecuados para lograr ciertos fines. Como se advierte esta forma de razonamiento -conocido como instrumental o prudencial- tiene poco que ver con la lógica y más con lo científico o técnico porque se trata de decidir cómo debo actuar en determinadas circunstancias para cumplir con una norma de fin, sea una regla o una directriz, que me ordena alcanzar o evitar cierto estado de cosas.

En el ordenamiento jurídico existen disposiciones que han establecido fines que deben procurarse o lograrse. Para determinar qué acciones debo realizar o debo evitar, necesito saber cuáles acciones son adecuadas para alcanzar ese propósito o finalidad fin y cuáles no lo son. Se trata -como dijimos- de un razonamiento instrumental, donde son importantes conocimientos científico y técnicos sobre relaciones de causalidad y sobre comportamiento humano, entre otros aspectos. Por ejemplo, la disposición que considera el interés del menor -como interés "superior" que desplaza otros concurrentes como podrían ser los derechos o intereses de los padres o abuelos u otro terceros- establece un criterio de fin para el decisor sin indicarle qué debe hacer para promoverlo. Son casos en que el razonamiento finalístico desplaza otros criterios posibles pero se puede ver que existe un margen apreciable de discrecionalidad al decisor, técnica en cuanto debe decidir lo que tiene que hacer es determinar cuál es el mejor medio para satisfacer lo exigido y a veces, más que eso, para establecer preferencias entre fines que compiten (lo veremos después).

Dónde está la lógica aquí? Si existe una regla que orden actuar para lograr cierto fin, de esa regla puedo inferir que algunas acciones estarán prohibidas, otras ordenadas y otras serán indiferentes. En otros términos, debo hacer algo a favor del fin y queda prohibido hacer algo que vaya contra el fin exigido o no hacer nada. Podemos preguntarnos si eso es formalizable de algún modo y que utilidad tendría...

4. Razonamiento de ponderación. También conocido como "balance de razones" es el modo de razonar cuando se plantean conflictos entre derechos o intereses que no están resueltos por reglas. Ocurre en las situaciones en que concurren o compiten principios o directrices que inclinan a soluciones diferentes. pero luego se le ha extendido para posibles conflictos entre principios y directrices y entre principios y reglas, estos últimos, especialmente discutidos.

Se trata de sopesar o ponderar razones para decidir cuando no hay un criterio previo que decida la prioridad de alguna sobre otras. Se suele señalar que la decisión debe tomarse considerando las circunstancias del caso concreto para decidir cuál principio debe prevalecer y en qué medida y cuál resultará desplazado y en qué medida.

Mientras que muchos teóricos -como Guastini o Habermas- sostienen el carácter subjetivo y hasta arbitrario de la ponderación, otros como Alexy proponen algún procedimiento para racionalizarla. Entiende que la ponderación es una forma de razonar que los tribunales emplean habitualmente cuando, en casos concretos, se presentan tensiones entre principios que apuntan a decisiones distintas, p.ej. conflictos entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, entre la libertad personal y la seguridad pública, que se resuelven mediante un *juicio de ponderación* que no es necesaria ni normalmente arbitrario sino perfectamente racionalizable.

Decidir exige evaluar la importancia de cada uno de los principios en la situación de que se trate, dando prioridad al que tenga mayor peso en la situación concreta y sólo en la medida en que sea necesario.

El teórico alemán ha construido un procedimiento racional para la ponderación sobre la base de lo que viene haciendo desde hace décadas el Tribunal Constitucional Alemán como "principio de proporcionalidad" que incluye tres sub-principios: a) idoneidad; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto.

De modo que para hacer una ponderación racional, habrá que empezar por preguntarse si para proteger cierto derecho fundamental es preciso o no limitar otro derecho fundamental o si la protección podría ser alcanzada sin afectarlo (principio de idoneidad o adecuación) y, en caso afirmativo, si sería posible afectarlo en menor medida (principio de necesidad). La idea es que la afectación de un derecho no se justifica si no favorece a otro, o si éste puede protegerse con una intervención menos restrictiva para el primero.

Pero luego es necesario buscar el punto de equilibrio haciendo el balance entre los efectos positivos de la medida y sus efectos negativos. Para racionalizar esa decisión y evitar la tacha de arbitrariedad, Alexy formula la "ley de la ponderación" y diseña un procedimiento de tres pasos para aplicarla.

Brevemente, dicha ley práctica prescribe que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” y el procedimiento, empieza por calificar la intensidad de la intervención en uno de los principios en juego como leve, moderada y grave; sigue por calificar, según la misma escala, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario o sea lo que se perdería si no se afectara el primer principio y luego, como etapa final, la definición acerca de si lo último justifica lo primero.

Para asegurar la racionalidad este paso final, Alexy añade dos variables que han de ser consideradas antes de decidir: el peso abstracto de cada principio, que es su significación en el contexto valorativo de la Constitución y el grado de certeza del cálculo empírico sobre las consecuencias que ha de producir la realización de uno u otro.

Con todo lo cual ha compuesto una fórmula de aspecto lógico-matemático que ha merecido críticas pero que, a mi juicio, no es más que una forma elocuente de expresar la posibilidad de racionalización que se afirma. De todos modos ni el propio Alexy sostiene que las reglas y la fórmula puedan eximir de argumentar a favor o en contra cada calificación y aún sobre la opción final, que no podrá evitar la posibilidad de discrepancia o de eventual derrotabilidad ⁽¹⁰⁾.

Por su parte, M. Atienza analiza con cierto detenimiento la ponderación entre directrices, aunque aclarando que muy rara vez será tarea judicial, sino que establecer prioridades entre objetivos valiosos para la comunidad es más bien tarea política, confiada a órganos legislativos y ejecutivos cuya amplia discrecionalidad para tomar ese tipo de decisiones no es discutida pero, en ocasiones, podrá ser revisada en algún tipo de proceso jurisdiccional y se pueden sugerir criterios para esa tarea ⁽¹¹⁾.

6. La justificación interna

En este punto, luego de un largo recorrido explorando el lugar de la lógica en el razonamiento jurídico y sobre todo el abigarrado panorama de las distintas formas de razonamiento que los juristas consideramos "lógicos", vamos a centrarnos en un aspecto medular de la argumentación racional, donde la lógica ocupa el lugar central.

Se trata de la justificación interna de la argumentación, a la que nos referimos cuando vimos las nociones básicas de la teoría sobre la argumentación y al inicio de este capítulo. Como vimos, la justificación interna es la exigencia de correlación lógica

10. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (1986) Segunda Edición. Trad. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Addenda.

¹¹ ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación. Barcelona, Ariel, 2006 p.174-176

entre premisas y conclusión. Tiene que ser lógicamente posible inferir la conclusión propuesta a partir de las premisas normativas y fácticas enunciadas como razones para sustentarla. Llevado al fallo judicial, es la necesidad de corrección lógica, de que el fallo se derive de las premisas establecidas en los considerandos.

Como también dijimos, en este enfoque no nos interesa si las premisas son o no correctas -que era nuestra preocupación en los capítulos anteriores- sólo nos interesa si a partir de las premisas seleccionadas se infiere o no la conclusión que anunciamos. Y las reglas de inferencia las proporciona la lógica clásica (también llamada lógica de orden cero o de primer orden).

En este contexto, podemos replantearnos la pregunta por el silogismo deductivo. Algunos teóricos, como Alchourron, Bulygin, Morello, Mendonca, afirman que *“la decisión D está justificada en relación a un conjunto de premisas P si y sólo si, se deduce lógicamente de P”* y sostienen que la forma de la justificación interna siempre es deductiva. Otros teóricos -como Aristóteles, Perelman, Alexy- están dispuestos a admitir formas más flexibles de conectar argumentos y de inferir conclusiones. No se pide un silogismo, basta que la conclusión pueda inferirse de las premisas que se han explicitado.

Neil MacCormick reconoce que el silogismo juega un papel central en la estructura del razonamiento jurídico -una decisión jurídica puede ser justificada a través de un argumento puramente deductivo- pero que no toda decisión jurídica admite esa estructura ⁽¹²⁾.

Señala que las normas jurídicas seleccionan algunos hechos posibles del mundo -acciones o sucesos- y ligan a ellos ciertas consecuencias normativas. Son, entonces, aptas para operar premisa mayor, necesariamente formulada como universal. Los hechos del caso, por su lado, equivalen a un conjunto de premisas menores que son, necesariamente, particulares. Cuando los hechos seleccionados por una norma suceden en la realidad, pueden verse como una instancia de los universales y son «hechos operativos» porque operan en el mundo del derecho para justificar que en ese caso dado, se derive la consecuencia normativa establecida. Esto es "siempre que OF, entonces, NC" Y esto, señala, no es más que el silogismo hipotético de la lógica tradicional, de modo que, en ocasiones, es posible mostrar de manera concluyente que una decisión está jurídicamente justificada a través de un argumento puramente deductivo ⁽¹³⁾. Esto deja abierta la cuestión de si siempre puede reducirse la estructura del razonamiento judicial a un silogismo y la relativa a qué

¹² MacCormick, 2007: 322 a 326

¹³ MacCormick alude aquí a los casos fáciles.

formas de razonamiento pueden usarse cuando una justificación puramente deductiva no es posible o por alguna otra razón no es adoptada por el juez. Cuando la solución *silogística* no alcanza, entran en juego criterios de universalidad, consistencia y coherencia del derecho e incluso consecuencialistas, pero siempre queda un área residual de desacuerdos prácticos y esto ocurre porque, señala MacCormick, la razón no puede determinar por sí sola lo que debemos hacer.

Tanto Robert Alexy como Neil MacCormick han analizado las exigencias de corrección lógica que debe satisfacer la justificación interna y como síntesis podríamos señalar la necesidad de que:

a) exista alguna premisa normativa, esto es, una razón para actuar en determinada situación de determinada manera, y eso porque una conclusión práctica no puede inferirse a partir de enunciados descriptivos, sino que requiere contar, por lo menos, con un enunciado normativo ⁽¹⁴⁾;

b) esa premisa normativa debe ser de carácter universal, esto es, un criterio universalizable, lo que significa que es una regla para toda vez que se verifiquen las mismas circunstancias, sobre la base de que todos los seres que integran una misma categoría, deben ser tratados de la misma manera ⁽¹⁵⁾.

c) como son necesarias también otras premisas para poder inferir la conclusión, es preciso que se enuncien todas las premisas, que no queden premisas implícitas, elípticas o simplemente omitidas ⁽¹⁶⁾;

d) ninguna premisa puede ser contradictoria con la conclusión, ni con otras premisas, porque sabemos que de premisas contradictorias no puede inferirse ninguna conclusión válida; y

e) es aconsejable que se articulen claramente todos los pasos de desarrollo del razonamiento que lleva hasta la conclusión, de modo que el razonamiento se pueda seguir con claridad y no hayan saltos lógicos injustificados ⁽¹⁷⁾.

R.Alexy ha articulado estas exigencias proponiendo -según su técnica particular- una serie de reglas ⁽¹⁸⁾.

¹⁴ Se atribuye a Hume haber dado cuenta del salto lógico que implica inferir lo que debe ser a partir de lo que es: de un enunciado descriptivo no puede derivarse uno prescriptivo.

¹⁵ Recordemos que ambos autores insisten en la necesidad de un criterio universalizable para poder justificar una decisión individual

¹⁶ Con frecuencia se señala que el razonamiento jurídico es entimemático lo que significa que omite enunciados que debe "descubrir" o agregar el intérprete. El término entimema para designar este tipo de razonamiento se encuentra ya en Aristoteles (Retorica)

¹⁷ Esta es una forma de controlar la racionalidad de la inferencia, que no admite saltos lógicos

¹⁸ R.Alexy en Teoría de la Argumentación Jurídica (1978) Trad. Atienza-Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Legales, 1997, p.214-223. Las reglas que propone son 1. *Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.* 2. *La decisión jurídica debe seguirse lógicamente de al menos una norma universal, junto con otras proposiciones.* 3. *Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular*

7. Una reconstrucción distinta del razonamiento jurídico: Toulmin

Como se ve, la estructura de mi argumentación puede ser la de un silogismo si el caso es suficientemente simple y funciona el "modelo subsuntivo" pero también puede ser diferente si el caso no se resuelve por subsunción. Puede haber varios silogismos en cadena o una estructura más compleja porque se trata de justificar una conclusión y eventualmente justificar algunas premisas que puedan ser discutidas. Eso lleva a una forma lineal o de árbol.

Pero también puede presentarse una reconstrucción que prescindiera de la "lógica formal" y opte por una "lógica informal" como lo propone el precursor Stephen Toulmin con el siguiente esquema (¹⁹).

ESQUEMA DE TOULMIN

Pretensión (C) (lo que pretendo)

Razones (G) (hechos que apoyan pretensión)

Garantía (W) (regla general extraída de la experiencia o de normas)

Respaldo (B) (justificación de la garantía)

A ese esquema hay que agregar:

Cualificador modal (Q) (grado de solidez de la conclusión)

Condiciones de refutación (R) (razones que debilitan las razones o la garantía)

Bibliografía recomendada

ALEXY, Robert.

- (1978). Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

ATIENZA, Manuel.

- (1985). «Algunas tesis sobre la analogía en el derecho», *Doxa*, 2:223-229.
- (1999). «El derecho como argumentación», *Isegoría - Revista de Filosofía, moral y política*, 21:37-47.
- (2005). Las razones del derecho. UNAM. México.
- (2006) El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación. Barcelona, Ariel

expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

¹⁹ Stephen Toulmin, *The uses of argument*, 1958

- (2014). Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta. Madrid.

BARRANCO, G. *et al.* (2003). «La justificación de la decisión judicial en Neil MacCormick», *Argumentación jurídica. Estudios sobre Neil MacCormick*.

ECHAVE, D., *et al.* (2008). Lógica, proposición y norma. Editorial Astrea. Buenos Aires.

GASCÓN, M. *et al.* (2003). Interpretación y argumentación jurídica. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. Versión en línea: <https://issuu.com/sergiomartell/docs>.

GARRIDO, R. (2013). «El interés superior del niño y el razonamiento jurídico», *Problem. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 7: 115-147. México.

ITURRALDE, V. (1991). «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho* (VIII): 239-272.

MacCORMICK, N. (2007), «Argumentación silogística: una defensa matizada», *Doxa*, 30: 321-334.

MARAFIOTI, R. (2003). Los patrones de la argumentación: la argumentación en los clásicos y en el siglo XX. Biblos. Buenos Aires.

PERELMAN, Ch. *et al.* (1989). La nueva retórica. Un tratado sobre argumentación. Editorial Gredos. Madrid.

Para la discusión.

1. *Proponga un caso en el que el razonamiento pueda reconstruirse como un modus tollens.*

2. *Se discute si hay lugar a indefensión cuando el demandado recién es oído en segunda instancia. Si tuviera que argumentar ¿Qué razonamiento emplearía y a que conclusión lo llevaría?*

3. *¿De una regla que prohíbe pisar el césped puede inferirse que está prohibido arrancar césped? ¿Qué razonamiento emplearía y a que conclusión lo conduciría?*