



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

**ESTADO DEL ARTE SOBRE LOS PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN
MATERIA PENAL.**

WILSON GÓMEZ BETANCUR
HUMBERTO NAVALES DURANGO

ASESOR
YENNESIT PALACIOS

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO
PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO**

ESCUELA DE DE POSGRADOS
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

MEDELLÍN

2018



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Información básica del proyecto

Mediante el siguiente cuadro usted deberá ingresar la información básica del proyecto

Nombre del curso	Investigación IV
Título del proyecto	Estado del arte sobre los problemas de argumentación jurídica en materia penal.
Nombre del investigador o de los investigadores	Wilson Gómez Betancur - Humberto Navales Durango
Fecha de inicio del proyecto	02 /febrero /2017.
Fecha de entrega del informe final	09 / Octubre / 2018.
Ciudad/país	Medellín/ Colombia.

Resumen

La presente investigación, bajo la modalidad de investigación de estado del arte, permite rescatar la importancia de la argumentación jurídica en materia penal, conociendo con claridad los aportes que diferentes autores han otorgado para el desarrollo de dicho estudio, sin dejar de lado los diferentes problemas que se vienen cometiendo en su implementación, Pues para muchos la argumentación solo atañe a una concepción formal y material, dejando de lado lo pragmático. Esta investigación se enfoca en abarcar que es indispensable conocer el marco argumentativo de las diferentes audiencias del sistema penal oral acusatorio; es decir, qué se debe argumentar en cada etapa procesal, cuál es el problema en discusión, cómo se argumenta, ante quién se argumenta. En un sistema penal oral acusatorio se argumenta para lograr la adhesión a una pretensión, lo que significa que la finalidad de la argumentación es persuadir; entendiendo lo anterior para las partes (fiscalía – defensa), donde su proceso comunicativo es netamente dialéctico (proponente-oponente) y señalando la diferencia con el receptor, es decir: el Juez, quién no debe esperar ser persuadido, sino preocuparse por llegar al conocimiento de la verdad procesal.

Conclusiones

- El concepto de argumentación del maestro Atienza no comprende sólo estructura y contenido, sino que también hace parte el fin propuesto (concepción pragmática), abarcando aspectos de cómo y ante quién se argumenta, para alcanzar la persuasión.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Los conceptos (silogismo, entimema, tópica, respaldo, garantía) que se desprenden del estudio realizado a cada uno de los autores presentes en esta investigación, tienen que contextualizarse, bajo la luz del Sistema Penal Oral Acusatorio para lograr una correcta aplicación en la argumentación jurídica.

- La argumentación jurídica no puede basarse en el esquema silogístico, debido a que no hay universalidad en las premisas mayores, no se argumenta sobre la norma, sino sobre los hechos, las premisas deben justificarse y la ambigüedad del silogismo dificulta el razonamiento concreto. La argumentación jurídica es netamente entimemática, no requiere para su construcción de enunciados tautológicos sin que ello represente un error estructural o formal, implica que la verdad de la conclusión no depende de la verdad contenida en las premisas.

Cumplimiento de los objetivos

Establezca el grado de cumplimiento de los objetivos y la explicación sobre el mismo.

Objetivo general	Establecer por medio de un estado del arte la importancia de la argumentación jurídica en materia penal.	100%	Observaciones El estado del arte nos permitía analizar qué, cómo y cuánto se ha dicho sobre argumentación, quienes son sus principales exponentes y sus destacados aportes en la materia.
Objetivo específico 1	- Estudiar el concepto de argumentación, desde su utilidad práctica en el ámbito penal.	100%	Se tomó el concepto desde tres perspectivas: una general, otra estructurada y otra eminentemente jurídica. Dándole importancia a este último desde las tres concepciones de Atienza; es decir,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

			formal, material y pragmática.
Objetivo específico 2	- Analizar los autores más destacados y los aportes que han contribuido al desarrollo doctrinario en la materia.	100%	Loa autores analizados parten de Aristoteles, Viegweg, Perelman, Toulmin, Mc Cormick, Alexy y el principal para nuestra investigación: el maestro Atienza.
Objetivo específico 3	Identificar algunos problemas que se presentan de la argumentación jurídica en materia penal.	100%	Los problemas se identificaron de en la argumentación jurídica en materia penal, de acuerdo a la definición que sobre argumentación establece el doctor Manuel Atienza.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Ejecución del cronograma

Relacione las actividades ejecutadas para el cumplimiento de los objetivos.

Actividades	Objetivo relacionado	Fecha de ejecución
Las actividades se clasifican en 3: Concretar, Estudiar e Identificar Se concretó el concepto argumentación sobre el cual nos basaríamos para la presente investigación. Se estudiaron los diferentes autores que se han dedicado a la argumentación. Se identificaron los problemas que se presentan en la argumentación jurídica en materia penal.	Todos están concatenados.	Junio 2017 a Mayo 2018

Lista de anexos

Anexo 1. Artículo:

ESTADO DEL ARTE SOBRE LOS PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN
MATERIA PENAL.

WILSON GOMEZ BETANCUR

HUMBERTO NAVALES DURANGO



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Resumen

La presente investigación, busca mediante la modalidad de investigación de estado del arte, rescatar la importancia de la argumentación jurídica en materia penal, conociendo con claridad los aportes que diferentes autores han otorgado para el desarrollo de dicho estudio, sin dejar de lado los diferentes problemas que se vienen cometiendo en su implementación, Pues para muchos la argumentación solo atañe a una concepción formal y material, dejando de lado lo pragmático. Esta investigación se enfoca en abarcar que es indispensable conocer el marco argumentativo de las diferentes audiencias del sistema penal oral acusatorio; es decir, qué se debe argumentar en cada etapa procesal, cuál es el problema en discusión, cómo se argumenta, ante quién se argumenta. En un sistema penal oral acusatorio se argumenta para lograr la adhesión a una pretensión, lo que significa que la finalidad de la argumentación es persuadir; entendiendo lo anterior para las partes (fiscalía – defensa), donde su proceso comunicativo es netamente dialéctico (proponente-oponente) y señalando la diferencia con el receptor, es decir: el Juez, quién no debe esperar ser persuadido, sino preocuparse por llegar al conocimiento de la verdad procesal.

Palabras clave

Argumentación, silogismo, entimema, persuasión, concepción, formal, material, pragmática, retórica y dialéctica.

The present investigation, seeks through the state of the art investigation mode, to rescue the importance of legal argumentation in criminal matters, knowing clearly the contributions that different authors have granted for the development of said study, without leaving aside the different problems that are being committed in its implementation, because for many the argument only concerns a formal and material conception, leaving aside the pragmatic. This research focuses on covering that it is essential to know the argumentative framework of the different audiences of the oral accusatory criminal system; that is, what should be argued in each procedural stage, what is the problem under discussion, how is it argued, before whom it is argued. In an accusatory oral criminal system, it is argued to achieve adherence to a claim, which means that the purpose of the argument is to persuade; understanding the above for the parties (prosecution - defense), where their communicative process is clearly dialectical (proponent-opponent) and pointing out the difference with the receiver, ie: the judge, who should not expect to be persuaded, but worry about reaching the knowledge of the procedural truth.

Keywords

Argumentation, syllogism, enthymeme, persuasion, conception, formal, material, pragmatic rhetoric and dialectic.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
Introducción

Este artículo busca resaltar la importancia de la argumentación en un sistema penal oral acusatorio, determinada como una de las principales falencias que tienen, en la actualidad, los profesionales del derecho.

El artículo está basado en un estado del arte, ya que esta modalidad de investigación nos permitió tener una visión más amplia del tema de estudio y alcanzar nuestros objetivos.

El estado del arte es una modalidad de la investigación documental que permite el estudio del conocimiento acumulado (escrito en textos) dentro de un área específica.

Implica el desarrollo de una metodología resumida en tres grandes pasos:

Contextualización, clasificación y categorización; los cuales son complementados por una fase adicional que permita asociar al estado del arte de manera estructural, es decir, hacer el análisis (sinónimo de investigación). De esta manera se observa que la realización de estados del arte permite la circulación de la información, genera una demanda de conocimiento y establece comparaciones con otros conocimientos paralelos a este, ofreciendo diferentes posibilidades de comprensión del problema tratado; pues brinda más de una alternativa de estudio (Universidad de la Salle , 2005).

Nuestro marco estructural está delimitado de la siguiente forma: En primer lugar, en el concepto de argumentación; en segundo lugar, analizaremos seis de los autores más destacados, a través del tiempo, que han hecho aportes muy significativos en su desarrollo; en tercer lugar, nos centramos en los problemas que se proyectan en el campo específico de la argumentación jurídica en materia penal; finalmente se plasmarán las conclusiones a las cuales se llegó con la presente investigación.

Nuestro sistema penal acusatorio entró en vigencia mediante la Ley 906 del 2004, luego, en el año 2005, se implementó en la ciudad de Medellín y paulatinamente se fue extendiendo por todo el territorio nacional.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Este sistema, netamente oral y conformado por audiencias públicas, establecía un nuevo reto para las partes intervinientes, es decir, ya no solo era el manejo de la normatividad procesal y de la prueba, sino que además era una necesidad básica saber las partes de un discurso, cómo estructurar una argumentación y cómo exponerla, de tal manera que convenciera a todo aquel que lo escuchara, en especial al juez.

Si bien a las partes les eran exigibles estos conocimientos, el juez tampoco se podía sustraer de esa obligación pues era necesario para el juez dirigir fluida, organizada y coherentemente las audiencias que presidía, o sea, desde las audiencias preliminares (Juez de Control de Garantías) hasta la acusación, la preparatoria y el juicio oral y público (Juez de Conocimiento). Así mismo, ser capaz de argumentar con seguridad y elocuencia sus decisiones desde el punto de vista explicativo y justificativo. “Las razones del juez deben ser explicativas -por qué se toma la decisión- y justificativas -que la decisión resulte correcta y aceptable de manera universal-” (Atienza, 2005, 33).

De igual forma, para la fiscalía y la defensa todo se resumía en saber argumentar, pues sería el medio con el cual se obtendría la respectiva pretensión, bivalente en el proceso.

Pero la argumentación entraña no solo las razones que se exponen frente al problema, sino también quién es la persona frente a la cual se argumenta, cuál es el marco de argumentación, para ser concretos y no argumentar sobre lo que se está de acuerdo. Sin renunciar al fin de la argumentación, que no es otra cosa que persuadir. ¿Para qué argumentar si no se busca persuadir?



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

Capítulo 1: Diseño investigativo

En este primer capítulo expondremos el tipo y el enfoque de la investigación, la selección de la información que se utilizó y la consolidación de la misma, para extraer los aspectos necesarios en el cumplimiento de los objetivos planteados.

1.1 Enfoque investigativo

Las bases sobre las cuales se desarrolla el proceso de investigación están presentes en primer lugar en una investigación de enfoque cualitativo, que parte de la observación en la argumentación empleada por los abogados en las audiencias del sistema penal oral acusatorio, lo que llevo al planteamiento del problema y a edificar nuestros objetivos. Para luego acudir a un enfoque histórico hermenéutico, pues se mira el desarrollo evolutivo de la argumentación por medio de los autores más destacados en la materia.

1.2 Criterios para selección de fuentes

En esta investigación se parte de una fuente principal encabezada en el libro “Las razones del derecho” del profesor Manuel Atienza Rodríguez, quien nos muestra el camino en cuanto a la evolución histórica de la argumentación, para luego adoptar en nuestro análisis las obras de los autores más destacados, como es el caso de Aristóteles con su libro “La retórica”; Theodor Viehweg “La tópica y jurisprudencia”; Chaim Perelman “Nueva argumentación”; Endelton Toulmin “los usos de la argumentación”; Michelle Taruffo “Simplemente la verdad”, sin dejar de lado las teorías estándar de la argumentación encabezadas por Robert Alexy y Neil Mc Cormick.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Capítulo II: Concepto

Al entrar en el estudio de la argumentación el primer obstáculo que debemos sortear es el concepto: ¿Que se entiende por argumentación? Y es aquí donde surgen variados significados que incluso crean confusiones al mencionar la palabra argumentación, la colocan como sinónimo de retórica, argumento u opinión; incluso hasta con palabras como oratoria, elocuencia, discurso, entre otras.

2.1 Concepto general

La real academia española señala que argumentación es “la acción de argumentar”, argumentar significa “aducir alegar, poner argumentos” y argumento es “razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega” (Real Academia Española, 1992).

Es por ello que la argumentación siempre parte de un sujeto (X) frente a otro (Y), buscando convencer.

2.2 Concepto estructurado

Pasando ya a un concepto estructurado de que es argumentación, traigo a colación las premisas que, estableció la mexicana y doctora en lingüista hispánica Lidia Rodríguez Alfano (2008), quién señala:

1. La argumentación es realizada (producida e interpretada) por los seres humanos en situaciones específicas en que un yo se dirige a un tú (individual o colectivo), aunque éste no se halle en presencia física en el acto de enunciación utilizando todo tipo de signos.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2. Realiza actos de habla como el de opinar, explicar, juzgar, criticar...; y comprende operaciones que van desde la predicación que tiene lugar al apelar, referirse 17 Inconscientemente, y/o designar un objeto (in)animado, un acontecimiento, una acción, un hecho, etc., hasta la justificación más concienzuda de un punto de vista o de un juicio.

3. Incluye procedimientos racionales como el acopio de pruebas, razonamientos por analogías, relaciones causales y consecutivas, etc., y diferentes tipos de argumentos que se constituyen en estrategias retórico-persuasivas que se evidencian en el empleo de los pronombres personales y marcadores discursivos y en la selección de términos más/menos (in)formales; y de acuerdo con el grado de formalidad, la relación entre participantes, y los demás ejes de variación ya mencionados, se emplean argumentos lógicos, emocionales, viscerales, kiscerales.

4. Su emisión/recepción implica compromisos que se asumen o no con la verdad, con el grado en que el emisor/receptor admiten conocer lo argumentado y con el deber ser/tener/hacer.

5. Su naturaleza dialógica implica que el emisor y el receptor (sean individuales o colectivos) siempre manifiesten la polifonía del sujeto, cuyas múltiples voces/interpretaciones provengan de posturas institucionales, religiosas, de clase social, etc.

6. En su dimensión pragmática, manifiesta la incidencia de los contextos, incluyendo el situacional, y la realización de diversos actos de habla que, al realizarse en la interacción revelan el proceso de co-construcción (Arundale) de significados y del sentido de lo expuesto.

7. A diferencia de la narración, la descripción y la demostración, se expone principalmente con fines persuasivos encaminados a: llegar a un acuerdo con el interlocutor; cambiar la perspectiva del otro y/o moverlo a la acción; debatir una postura de modo que se profundice en el conocimiento del objeto del discurso: se defiende un punto de vista aferrándose en su apoyo, se median posturas opuestas y se acepten las diferencias como válidas, o bien se entable una contienda y la postura gananciosa alcance alguna forma de poder.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

8. Esquematiza el referente (aquello de lo cual se habla) con base en pre-construidos lingüísticos, culturales y/o ideológicos, para lo cual se realiza una serie de operaciones discursivas, como el anclaje en pre-construidos o topoi, la simbolización mediante la selección léxica, la coherencia en las escalas de los enunciados...

9. Los procedimientos discursivos mediante los cuales esquematiza las referencias varían según: el grado de formalidad/informalidad de la situación en que se emplea; el área de la experiencia donde se realiza; el tema sobre el cual se argumenta; el grado de conocimiento mutuo e intimidad en la relación entre los interlocutores; la relación poder ↔ ideología ↔ discurso, y otras condiciones de producción y recepción...

10. Resulta más/menos convincente dependiendo de su coherencia interna y de que la selección de los mismos sea la apropiada en cada caso; y se constituye en una forma de discurso sin fin mediante el proceso de intertextualidad donde unos discursos se entretajan en otros en forma infinita: o bien se acaba una vez que se impone el poder, o entra la violencia a sustituir la libertad de expresión (págs. 16, 17 y 18).

2.3. Concepto jurídico

Realmente este es el concepto que más nos interesa en el presente trabajo y en aras de buscar la mejor definición, definitivamente nos quedamos con el concepto del profesor Atienza que de manera puntual nos ilustra cuatro características de donde se desprende su definición:

- Es una acción relativa a un lenguaje.
- Presupone la existencia de un problema.
- Es un proceso que va desde el planteamiento del problema hasta la solución.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

· Su producción es una actividad racional.

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

Es necesario señalar que el concepto de argumentación jurídica no puede limitarse a una forma de premisas y conclusión, sino que por el contrario dicha argumentación sobrepasa este esquema, precisamente porque no estamos en una ciencia exacta.

Nuestro concepto de argumentación al igual que la definición que en su momento realiza el maestro Atienza en libro "Curso de argumentación" posee una estructura ya no desde el silogismo sino desde el entimema. El contenido de los argumentos debe formarse por razones, garantías y respaldos que los doten de fuerza. Pero teniendo en cuenta que estamos ante un proceso comunicativo dialéctico en nuestro sistema penal acusatorio, donde debemos estar atentos a las falacias (sofismas y paralogismos) disfrazadas como argumentos, utilizadas por nuestra contraparte, para ponerlos en evidencia y restarle fuerza a los mismos. La parte pragmática que no es otra cosa que persuadir y convencer,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

es todo un conjunto de factores, que a simple vista parecen no ser parte de la argumentación, pero que son el camino a seguir si se quiere lograr el fin propuesto, dichos factores van desde la seguridad al decir el argumento hasta qué, cómo y ante quién se argumenta.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
Capítulo III: Autores

Sobre argumentación jurídica son muchos los textos que incontables autores han presentado al público, y nada se desearía más que poder presentar descriptivamente la obra de cada uno de ellos, sin embargo, para el presente trabajo, se continuo con el camino trazado por el profesor Manuel Atienza Rodríguez, porque su obra “Las razones del derecho” ha logrado subsumir las obras más emblemáticas sobre la materia.

Nuestra historia germina en Grecia, con Aristóteles, el primer autor en tratar de manera teórica el problema de la argumentación. La obra del estagirita nos permitirá centrar nuestro objeto de estudio, y para ello nos serviremos de los trabajos más recientes contruidos sobre su obra; cuidándonos de no realizar en la mayor medida posible juicios anacrónicos será nuestro objetivo determinar: sobre que versa la argumentación jurídica y cuáles son los medios y las formas que según el estagirita permiten la generación de una argumentación eficaz.

El segundo momento de nuestra historia se instaurará en el siglo XX, allí estudiaremos a Viehweg, Tolmin y Perelman tres autores que tuvieron como pretensión la recuperación de la tradición retórica aristotélica (utilizamos la palabra recuperación porque en la consideración de estos autores, el estudio de la retórica fue desplazado por el excesivo racionalismo iniciado con Descartes¹), entre estos, Perelman es quizá el autor que mayor interés ha despertado en el debate filosófico actual, con su intento de construcción de un nuevo sistema retorico² (proponente) y dialéctico³ (proponente y oponente) que elimina la

¹ Con la aparición de la filosofía moderna, cuyo padre es Descartes, el principio del conocimiento deja de ser el objeto y pasa a ser el sujeto y el lugar en el que quedan los sentidos como criterios de conocimiento es de clara inferioridad y desprestigio. Tanto es así que el método cartesiano comienza expresando su desconfianza hacia los sentidos como instrumentos válidos para conocer. De ahí que la expresión del método cartesiano sea la duda: en sus famosas Meditaciones Metafísicas, Descartes escribe que podemos dudar de todo aquello que conozcamos a través de los sentidos, pues estos no distinguen entre el sueño y la vigilia; en cambio, decía Descartes, no puedo dudar de aquello que consiga conocer racionalmente, porque esto lo habré hallado de acuerdo a un método estrictamente racional. Hernández. F (2011). El racionalismo de Descartes, la preocupación por el método. DUERERÍAS – Cuadernos de Filosofía.

²La retórica es el arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado la eficacia necesaria para deleitar, persuadir o conmovier. Podemos decir que en un sentido general, retórica es cualquier proceso comunicativo ordenado que tenga como fin la persuasión. La retórica es la capacidad de defender por medio del discurso público una opinión propia, intentando influir así en la forma de pensar y de actuar de los



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

distinción entre estas formas de conocimiento. Con Viehweg, descubriremos una particular interpretación de la endoxa aristotélica en la construcción argumentativa, y finalmente con Toulmin evidenciaremos una teoría por demás completa sobre la estructura de la argumentación y los argumentos.

En un tercer momento, estudiaremos a groso modo, la teoría estándar⁴ de la argumentación, realizando una comparación discursiva en cuanto al problema de la verdad, entre los doctrinantes Alexy y Macormick de una parte, y Miquelle Tarufo de la otra. Análisis que nos permitirá comprender los límites que desde los estudios más recientes sobre argumentación se han predicado.

En cada una de las teorías se harán análisis y críticas, para luego colocarlas en el contexto de nuestro sistema penal oral acusatorio.

3.1. Aristoteles

demás, provocando una reflexión inducida en quien nos escucha y así construir en cabeza ajena el edificio que queremos llevar a término, para que llegue, en definitiva, a las conclusiones que previamente hemos previsto. La retórica también contempla entre sus recursos comunicativos el diseño de las argumentaciones emotivas, de las razones del corazón con el mismo objetivo persuasivo. Todo ello debe lograr presentar nuestra postura y a nosotros mismos como algo apropiado, agradable y atractivo, debiendo ser sugerentes, simpáticos y amables al presentar nuestras ideas, con el fin de que sean fácilmente aceptadas por los demás. Moreno. R (2018). Diferencia entre retórica, oratoria y dialéctica. Sin más datos.

³ Dialéctica es el arte del discurso con el que afirmamos refutar o probar alguna cosa por medio de la pregunta y la respuesta de los interlocutores (Diógenes Laercio, III, 48, en Vita Platonis).

⁴Se trata, por tanto, de teorías (como las de Alexy o MacCormick, de las que se tratará en capítulos sucesivos) que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo, según ellos, ambos planos coinciden en general) cómo se deberían justificar. Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas y, en ese sentido, se oponen tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad). Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAL.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Nuestro punto de partida fue el autor que nos permitiría resolver muchas dudas y marcaría el camino a recorrer: Aristóteles. Los aspectos importantes que extrajimos fueron: el ethos, el pathos y el logos, aspectos que inciden trascendentalmente en la forma del argumento que se debe plantear; es decir; un argumento basado en credibilidad de quien argumenta, basado en las emociones de la persona a la que se dirige el argumento o bien en la razón o lógica del argumento mismo. El entimema como única estructura capaz de hacerle frente a un argumento jurídico donde no existe premisa mayor, menor o incluso la conclusión. Las falacias que están adheridas a la construcción de la argumentación desde tiempos antiguos y que hacen parte obligatoria de discursos como los de la fiscalía, donde siempre se parte de la falacia de petición de principio: dar por probado algo que no lo está. Es necesario aclarar que, si bien el concepto de tópica también está ligado a su obra, lo plateamos en Viegweg.

Con su libro La Retórica o, mejor dicho, con los tres libros que forman su monumental obra, específicamente de sus dos primeros libros extraje los tres aspectos que él señala como modos fundamentales en la persuasión: ethos, pathos y logos, que El Estagirita los entiende como a continuación se muestra:

El ethos que trata de explicar quién es el orador y cómo se conecta con la audiencia. Se apela a la honestidad, a la autoridad y a la credibilidad. La persona que propone un argumento debe ser digna de confianza y respetada como un profesional que tiene conocimiento sobre el tema en discusión. En una palabra, se define como CREDIBILIDAD.

El pathos provoca las emociones o pasiones de los receptores. Este modo de persuasión apela a sentimientos como la felicidad, la tristeza, la esperanza, el orgullo, el odio, entre otros. En una palabra, se define como EMOCIONES.

El logos que está ligado a los hechos. En el logos se incluyen datos, información, estadísticas, fechas importantes y todo tipo de razonamiento. Apela al mensaje en sí, y se apoya en evidencias lógicas recurriendo a la razón y a la inteligencia de la audiencia. En una palabra, se define como la RAZÓN. (Badenes, 2002).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Concluyendo que el modo de persuasión con más fuerza es el pathos desde la óptica de que el ser humano se deja llevar por sus emociones, es más pasional que racional

3.1.1 Silogismo

El silogismo es la concepción formal (estructura) del argumento. Desde Aristóteles hasta nuestros días, se entiende que es la herramienta de razonamiento deductivo ideal por excelencia, consistente en dos proposiciones como premisas (mayor y menor) y otra como conclusión, siendo esta última una inferencia deductiva de las otras dos. La premisa mayor, dotada siempre de universalidad y expresada mediante un predicado, contiene la premisa menor, donde se establece de manera ya particular el sujeto, deduciendo entonces una conclusión.

Analizando la práctica de nuestro sistema penal, podría decirse que la fiscalía siempre parte del mismo silogismo en una investigación:

Premisa mayor: toda persona que viola la ley penal debe ser castigada.

Premisa menor: X violó la ley penal.

Conclusión: X debe ser castigada

Un silogismo resulta inválido al no cumplir al menos una de las siguientes reglas:

El silogismo debe tener tres términos: mayor, menor y medio.

- Los términos no deben tener mayor extensión en la conclusión que en las premisas.
 - El término medio nunca debe pasar a la conclusión.
- El término medio debe ser universal por lo menos una vez.
- Dos premisas afirmativas, no pueden dar conclusión negativa.
 - Dos premisas negativas, no dan conclusión.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Dos premisas particulares no dan conclusión.
- La conclusión siempre sigue la parte más débil (particular y negativa) (Bahit, 2016, p. 3-6).

Pero al analizar el silogismo, este se convierte en una simple falacia de petición de principio (dar por probado algo que no lo está), lo que a diario se ve en una etapa primigenia como es la imposición de una medida de aseguramiento y su test de proporcionalidad. Pero, ¿si quién violo la ley penal estaba inmerso en un error de tipo o de prohibición invencible? O siendo amplios, en una causal de justificación del artículo 32 de nuestro Código Penal. ¿Desaparecería la premisa mayor o la menor? O si habláramos de que actuó en grado de tentativa (frustrada o desistida) o en ira intenso dolor. Si la respuesta es que esto se presupone dependiendo del caso en estudio, estaríamos ante una premisa que se presupone y esto genera el silogismo incompleto, es decir, el entimema.

A diferencia de las ciencias exactas donde el silogismo es la estructura por excelencia para el razonamiento, en la argumentación jurídica se quedan cortos y originan razonamientos errados. Basta observar lo que al respecto han escrito los estudiosos de la materia:

Ello quiere decir que el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de que se parte —como ocurre en este caso— pueden necesitar, a su vez, justificación, y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática. Un argumento entimemático puede expresarse siempre en forma deductiva, pero ello supone añadir premisas a las explícitamente formuladas, lo que significa reconstruir, no reproducir, un proceso argumentativo (Atienza, 2005, 22).

En igual sentido de Atienza, Michelle Taruffo se manifiesta enérgicamente crítico de lo que denomina la teoría silogística de la decisión judicial pues

Esa teoría, si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa. Ningún juez ha razonado según este esquema y mucho menos en la fase del



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

descubrimiento de la decisión”. Y más adelante agrega que “los estudios de los últimos setenta u ochenta años dicen que tanto el descubrimiento y la interpretación de la norma que se va a aplicar, como la valoración de las pruebas y la calificación de los hechos, son operaciones intelectuales que no siguen la estructura de la lógica silogística. (Taruffo, 2003,25)

Atienza en su libro, específicamente en su capítulo primero de Derecho y argumentación, al respecto también cita a Kelsen:

Kelsen, sobre todo en su obra póstuma, La teoría general de las normas (1979), sostuvo enfáticamente que la inferencia silogística no funciona en relación con las normas. Las reglas de la lógica se aplican al silogismo teórico que se basa en un acto de pensamiento, pero no al silogismo práctico o normativo (el silogismo en el que al menos una de las premisas y la conclusión son normas) que se basa en un acto de voluntad (en una norma). (Atienza, 2005, 58)

Por su parte, Toulmin en su obra “Los usos de la argumentación”, también señala la ambigüedad de los silogismos, con lo cual se expresa la dificultad para ser utilizados en una argumentación jurídica (Toulmin, 2007, 146).

Otros autores ponen también de manifiesto la utilización del entimema en la argumentación jurídica.

Nada nuevo es acudir al entimema en caso de argumentación jurídica, tanto es así que Aristóteles no hace a un lado la dimensión lógica de la argumentación retórica, lo cual se aprecia claramente en relación con el entimema o silogismo retórico, y que tiene como nota característica el poseer como premisas proposiciones plausibles o probables, no verdades apodícticas (Correa, 2006, 253).

Consideramos que la argumentación jurídica no puede elaborarse por medio del silogismo, es decir, una estructura de un argumento jurídico no puede hacerse a través de una premisa mayor, premisa menor y conclusión, determinando que la universalidad de la premisa mayor contiene la particularidad de la premisa menor y de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

dicho razonamiento surge la conclusión. Puede decirse, como lo hace la teoría estándar de la argumentación que el silogismo si sustenta el argumento si se parte de la consecuencia jurídica y empleando el método deductivo, pero si bien, en materia penal, existe siempre una consecuencia jurídica dotada de universalidad, los hechos no tienen tal característica y es sobre los hechos que recaen las argumentaciones. Por otro lado, las premisas tienen que justificarse y los hechos son particulares contienen diferentes matices, que destruyen la estructura del silogismo y llevan a presuponerlos. Lo anterior nos lleva a determinar el entimema como estructura válida para la argumentación jurídica.

3.1.2 El entimema

En su obra Aristóteles también planteó un silogismo no completo, pues su estructura no requería de todas las premisas y la conclusión, cualquiera podría no estar explícita, o hasta la misma conclusión. A dicho fenómeno lo denominó entimema.

Se determina que el entimema es un silogismo abreviado en el que se elimina una de las premisas por ser evidente o donde se sobrentiende la conclusión desde la premisa. Este esquema se considerará deductivo, lo que significa que, si todas las premisas son verdaderas, de igual forma será la conclusión. También son clasificados como de primer grado cuando se omite la premisa mayor, de segundo grado cuando se omite la premisa menor y de tercer grado cuando se omite la conclusión, Afirma Aristóteles:

Hay dos tipos de entimemas: unos son demostrativos de que algo es o no es, y otros son refutativos, y la diferencia entre ellos es la misma que hay en la dialéctica entre refutación y razonamiento. El entimema demostrativo se configura a partir de proposiciones compatibles, y el refutativo a partir de proposiciones incompatibles (2014, 228).

La argumentación entimemática ha resultado fascinante para grandes autores, especialmente aquellos que tienen como objeto de estudio no el comprender como



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

debería argumentarse en términos normativos sino como de hecho se argumenta en la realidad.

En realidad, el entimema más bien configura una situación retórica, en la que, por elegancia, por brevedad, pero sobre todo por suponer en el auditorio una inteligencia suficiente como para suplir lo que falta, se suprime algo que está ahí, en la consideración del oyente, y por tanto no supone ningún problema especial con respecto al silogismo. Esta alusión a la retórica hace que algunos entiendan también entimema como argumento probable, pero eso no siempre es así, sino que depende de lo que se exprese como implícito. Naturalmente en la lógica actual ciertas supresiones que serían aceptables en la silogística clásica tradicional, hoy no pasarían, efectivamente, sino por argumento meramente probables. Así por ejemplo en “Todos los andaluces son españoles, luego los cordobeses son españoles”, se da por supuesta la existencia de los andaluces y cordobeses, lo que en la lógica-matemática no es de recibo sino como argumento formal hipotético al no estar cuantificado. En recientes discusiones, algunos investigadores defienden que el significado dado por Aristóteles y otros filósofos griegos a «entimema» no es el de razonamiento abreviado sino el de razonamiento «no monotónico», es decir, un razonamiento en el cual no se infiere la misma conclusión al ir agregando premisas. El supuesto carácter no monotónico de los entimemas es una propiedad que no puede ser abordada en lógica clásica. (Caruman y Rebolledo, 2009)

Si somos congruentes con la concepción formal podríamos decir que el entimema⁵ cuya fórmula originaria sería premisa más conclusión (implícita o explícita), puede transformarse en dos opciones a saber:

⁵Como señala FERRATER MORA, el término entimema se ha empleado desde ARISTÓTELES con diversos significados; William HAMILTON —dice— distingue entre diecisiete acepciones del término. Conviene hacer alguna referencia de algunas de las acepciones más comunes. 1) Según ARISTÓTELES, el entimema es un silogismo basado en semejanzas o signos que pueden ser entendidos de tres modos de acuerdo con la posición del término medio en las figuras. 2) Por otro lado, el entimema expresa —también según ARISTÓTELES— la demostración de un orador y constituye la más efectiva de las maneras de demostración; es decir, el entimema es una clase de silogismo: el silogismo retórico. 3) Para algunos autores las dos definiciones de ARISTÓTELES coinciden, por lo que lo importante en el entimema es el que sea un razonamiento cuyas premisas son meramente probables o constituyen simplemente ejemplos. 4) Por otro lado, en términos lógicos, un entimema es un silogismo formulado en forma incompleta, por no ser expresada una



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Una conclusión donde está implícita la o las premisas.
- Varias premisas y una conclusión (implícita o explícita), señalando que no necesariamente tienen que edificarse por dos premisas.

Podríamos entonces señalar que, siguiendo con los órdenes establecidos por Aristóteles, encontraríamos que el entimema puede ser de primer, segundo y tercer orden:

De acuerdo con la parte del silogismo que se deja sin expresar, existen varios tipos de entimemas: un entimema de primer orden es aquel en el que no se enuncia la premisa mayor del silogismo:

1) Pedro nació en México.

2) Por lo tanto, Pedro es un ciudadano mexicano. La premisa omitida es la mayor en el silogismo anterior: Todos los nacidos en México son ciudadanos mexicanos. Un entimema de segundo orden es aquel en el que se suprime la premisa menor:

1) Todos los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son licenciados en Derecho.

2) Por lo tanto, el Presidente de la Segunda Sala es licenciado en Derecho.

La premisa omitida —pero existente— en el anterior razonamiento es: El Presidente de la Segunda Sala es Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Un entimema de tercer orden es uno en el cual se enuncian ambas premisas pero se suprime la conclusión. Un ejemplo de este tipo es el siguiente:

1) Ningún verdadero cristiano es vano, pero 2) algunos clérigos son vanos.

La conclusión omitida sería: 3) Por lo tanto, algunos clérigos no son verdaderos cristianos.

En todos estos casos, el hecho de que no se mencione la proposición omitida (como premisa mayor, menor o conclusión) no implica que ésta no exista, pues fácil y necesariamente se puede deducir de la relación entre la premisa mayor y la conclusión. (Ramón, 2006, p. 466-467).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Sin embargo, apartándonos de la tradición, consideramos que existen dos órdenes más de entimemas, a saber:

Entimema de cuarto orden en el que solo encontramos la conclusión y las premisas mayor y menor están implícitas; y el entimema de quinto orden donde hay una secuencia (más de dos) de premisas mayores o menores y la conclusión está implícita o explícita.

Anotando que estas premisas o la conclusión bien pueden ser sugerencias, presuposiciones o falacias.

- Primer orden: $_ + Pm = C$
- Segundo orden: $PM + _ = C$
- Tercer orden: $PM + Pm = _$
- Cuarto orden: $_ + _ = C$
- Quinto orden: $Pm + Pm + Pm = _$

Apartándonos aún más de la figura del silogismo y un poco, por así decirlo, de la estructura siempre incompleta del entimema, donde lo implícito hace parte de ese razonamiento que debe elaborar el receptor, podríamos decir que existe un sexto orden, el cual es varias veces utilizado como técnica de escalonamiento a saber: una secuencia de premisas menores para llegar a una conclusión explícita ($Pm+Pm+Pm= C$).

No obstante ser cierto que la existencia de un entimema implica a su vez la no enunciación expresa de uno de sus términos, su naturaleza discursiva no se determina exclusivamente por la omisión de uno de los términos del silogismo. Muchos autores nos han enseñado las insuficiencias que presenta la lógica formal no solo para la construcción de argumentos cotidianos sino para la evaluación de los mismos. Ha sido tema frecuente en este texto, enunciar de la mano de Bonorino el principio de necesidad del cual precisa la lógica formal, pero nada hemos dicho acerca de por qué, el criterio formal, de un argumento construido por medio de la hipnosis conversacional, deviene válido por el uso de una figura lógica como el entimema, sin conservar los problemas propios de la lógica deductiva.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

A diferencia de los argumentos lógicos propiamente dichos los argumentos entimemáticos no requieren para su construcción de enunciados tautológicos sin que ello represente un error estructural o formal, implica que la verdad de la conclusión no depende de la verdad contenida en las premisas. El entimema cómo figura propia de la argumentación retórica para su constitución sólo requiere de enunciados altamente probables, es decir, considerados como verdaderos en la mayoría de los casos, pero no necesariamente en todos y cada uno de ellos. Podemos denominar entonces el entimema como una figura lógica flexible que deja de lado la condición de universalidad predicada de los argumentos silogísticos, en términos del doctor Vega Reñón susceptibles de ser refutados y propios de la argumentación retórica.

En conclusión, compaginando con Pablo Bonorino (2015), no podemos basar la validez de un argumento en la estructura silogística, puesto que la mayoría de ellos parten de lengua natural, no hay razonamiento humano circunscrito a la lógica formal, la cual si es aplicable al entimema (p. 60, 61).

3.1.3 Las falacias

Aristóteles también se pronunció sobre el punto neurálgico de la ética en la argumentación: las falacias, entendiéndolas como aquellos argumentos que parecen correctos, pero que no lo son. Las falacias se dividen en sofismas y paralogismos. Efectuar un análisis profundo sobre el tema lleva a identificar cualquier falacia en la argumentación y colocarla al descubierto con el fin de dejar sin efecto persuasivo la misma. Me atrevería a decir que las falacias son tan importantes en la argumentación como los entimemas.

Cuántas veces la acusación está basada en una petición de principio, en una falsa analogía, en una falsa estadística o en una apelación de consenso. Y cuántas veces la defensa está centrada en una falacia como la apelación de ignorancia, de misericordia o causa falsa. Y no podemos dejar de lado las falacias lingüísticas, algunas como la homonimia donde la palabra tiene muchos significados; la anfibología en la que la frase es completamente ambigua o la prosodia, donde se pronuncia una palabra que cambia todo el significado de la oración. Desde mi punto de vista la falacia de apelación a la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

misericordia tiene una especial persuasión, ya que toca de manera sublime con el pathos de los receptores.

“Las falacias pueden remplazar las pruebas en juicio y llevar a que el juez sin voluntad de engaño –paralogismo- o con voluntad de engaño –sofisma- falle de acuerdo a nuestra pretensión” (Vega Reñón, 2013,49). En el campo de las falacias también se ha hablado desde antiguo de ‘sofismas’ y de ‘paralogismos’: un sofisma es un ardid o una argucia deliberadamente engañosa, mientras que un paralogismo es más bien un error o un fallo involuntario de razonamiento.

Lo que sí es necesario señalar es que el sofisma es dialógico y el paralogismo es mono lógico. En este punto quisiéramos hacer la anotación de la importancia del estudio del paralogismo de falsa oposición, el cual, consideramos, puede ser la solución de muchas discusiones bivalentes.

Es por eso que tenemos la obligación de citar a Carlos Vaz Ferreira (1963) y su obra “Lógica viva”, donde estudia a profundidad dicho paralogismo:

En la enseñanza, conviene prevenir ciertas tendencias de los estudiantes a ver espectros de falsa oposición por todas partes, allí donde se presenta la estructura dilemática de la frase; a ver falsa oposición dondequiera que haya un “sino”, un “o”: una disyuntiva o adversativa cualquiera. Además, pues, de enseñar a descubrir el paralogismo de falsa oposición, conviene aplicarse algo a hacer ver las oposiciones verdaderas, las legítimas. Un caso especial e interesante, es cuando dos o más tendencias, proyectos, etc., no se oponen en sí mismos; pero viene a resultar, entre ellos, oposición, total o parcialmente, debido a la limitación de algún elemento necesario (tiempo, atención, dinero, etc., etc.); de modo que una oposición que sería falsa en sí, viene a resultar verdadera prácticamente. (p. 30).

Con mayor simpleza el Vega Riñón (2013) señaló:

La dualidad de sofismas y paralogismos presenta así una curiosa correlación: el éxito de un sofisma cometido por un emisor trae aparejada la comisión de un paralogismo por parte de un receptor, de modo que la complicidad del receptor



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

viene a ser codeterminante de la suerte del argumento. Más aún, como es difícil que una misma persona se encuentre al mismo tiempo en ambos extremos del arco de la argumentación falaz, el sofístico y el paralogístico -pues nadie en sus cabales logrará engañarse ingenua y subrepticamente a la vez a sí mismo—, entonces la eficacia del sofisma típico comporta la efectividad de la interacción correspondiente entre los diversos agentes involucrados (p. 36).

Dicho de otro modo y en homenaje a nuestro héroe de la infancia, Robinson Crusoe quien náufrago y solitario en la isla, no consumará un sofisma efectivo antes de Viernes. Pero no tiene por qué ocurrir así en el caso de los paralogismos, puesto que no todo paralogismo es el resultado de una estrategia deliberadamente engañosa, ni para su comisión es necesario el reconocimiento de casos de este tipo, bajo la forma de silogismos o de refutaciones deductivas que resultan sofísticas en su contexto de aplicación (Aristóteles SE, 169b 20-25).

También cabe pensar, por poner otro ejemplo, en el uso de ciertas reglas deductivas clásicas como la que permite derivar una proposición cualquiera de una contradicción (“de una contradicción se sigue cualquier cosa”), con el propósito –así infundado– de establecer una proposición concreta o una conclusión determinada. Aunque uno pueda transitar más o menos clara o confusamente entre los extremos del arco. Así como no se excluye la existencia de múltiples casos intermedios entre ambos extremos, el sofístico y el paralogístico, tampoco cabe excluir la de otros casos no infrecuentes en los que uno puede -e incluso a veces quiere- engañarse a sí mismo. Lo que no puede es hacerlo a la vez con plena deliberación y total inadvertencia: hallarse en uno y otro extremo al mismo tiempo. Todo esto supone cierta analogía de la idea de sofisma con una concepción clásica de la mentira, de raíz agustiniana, como luego veremos (en el § 4), y remite a la discusión abierta en torno al “autoengaño”¹⁵, punto en el que ahora no puedo detenerme pese a su interés discursivo y cognitivo. En suma: un paralogismo puede ser monológico, cosa de uno mismo, mientras que un sofisma es más bien dialógico, cosa de dos al menos, y un sofisma solo se cumple efectivamente con la complicidad de un paralogismo (Vega Reñón, 2013).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Compagino con la clasificación de las falacias que hace Atienza en su obra “Curso de argumentación jurídica” donde entendemos que las falacias pueden ser formales, materiales y pragmáticas, siguiendo con su teoría. Una falacia formal se debe a la elaboración de una inferencia inválida, como ocurre con la falacia de la afirmación del consecuente, o falacias que trastocan las reglas de la inducción en el caso de la falacia de la generalización apresurada. En las falacias materiales se utilizan razones que no son del tipo correcto; por ejemplo, las que se apoyan en expresiones ambiguas o en la falsa analogía. Y en las pragmáticas es importante determinar si son de carácter retórico o dialéctico; así, por ejemplo: se atenta contra las reglas de la retórica si se hace un uso abusivo del argumento de autoridad, y en el caso de las falacias dialécticas, éstas ocurren si se infringen las reglas del debate, ya sea que se evada la cuestión o no se conteste un asunto planteado en el debate. (Atienza, 2013).

3.2 Theodoroviehweg

El autor contemporáneo que acogió la figura de la tópica, también señalada por Aristóteles, fue el alemán TheodoroViehweg en su obra “Tópica y jurisprudencia” publicada en 1953. El autor caracteriza a la tópica por medio de tres elementos que aparecen estrechamente ligados entre sí:

Por una parte, la tópica desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático; por otra, desde la perspectiva del instrumento con que opera, es que surge la noción de topos o lugar común; y por último, por el tipo de actividad, es una búsqueda y examen de premisas. En este sentido, la nota característica radica en que es un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones (Piña Mondragón, 2012, 8).

Consideramos que la tópica o lugar común, permite plantear un acuerdo común de partes y delimitar el tema de argumentación, lo que a diario vemos en nuestro derecho procesal penal tanto en las bases de los preacuerdos como en las estipulaciones probatorias



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

(artículos 348 y 356 numeral 4 de la Ley 906 de 2004). Incluso podríamos hablar de la jurisprudencia como tópica, ya que nadie discute los planteamientos de las altas cortes y se toman, inclusive, como puntos de partida, nos permite ir al centro de lo que va a ser objeto de discusión en la dialéctica jurídica, dejar de lado esta figura podría llevarnos a algo innecesario, pues para qué argumentar sobre lo que ya estamos de acuerdo.

La tópica puede convertirse en la base de una argumentación ejercitativa (Beuchot, 1997, 11), si tenemos en cuenta que esta argumentación busca conocer ciertas cosas, partiendo de las que le parecen al oponente.

La idea de tópica aristotélica, parte de la distinción entre razonamiento demostrativo, dialéctico y erístico. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; por su parte, el dialéctico es construido a partir de cosas plausibles, opinables; en tanto que erístico sería el razonamiento que descansa en premisas cuya plausibilidad solamente sea aparente, o que no se estructura como un auténtico razonamiento correcto. Por otra parte, la noción de topoi parece tener una gran heterogeneidad de descripciones y ejemplificaciones; sin embargo, el punto de encuentro parece hallarse en su funcionalidad para la argumentación jurídica, como aquellos argumentos que, en un contexto histórico, social y jurídico determinado, cuentan con una presunción de plausibilidad, y en caso de ser discutidos, imponen la carga de argumentación a quien lo hace (Piña Mondragón, 2012, 13).

Por último, resulta preciso traer a cuento lo siguiente:

Es necesario señalar que, frente al estudio de la tópica, la obra de Cicerón tuvo mayor influencia histórica que la obra de Aristóteles pues formuló y aplicó un catálogo de tópicos, los cuales son lugares comunes, puntos de vista de aceptación generalizada y son aplicables universalmente. En su obra desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero aparece la distinción entre la invención y la formación del juicio. Cicerón determinaba el argumento como una razón y la formación del juicio la interpretaba como el paso de las premisas a la conclusión. (Guzmán Brito, 2010,169).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

3.3. Chaim Perelman

Encontrar al belga Chaim Perelman y su tesis bajo el título de Nueva argumentación fue un gran contraste, pues muchas veces pasó de ser un estímulo a un total desaliento.

Iniciando con la diferencia que realiza el autor sobre persuadir y convencer, determinándola en que lo primero apunta a lo emocional (auditorio particular) y lo segundo a lo racional (auditorio universal). En nuestro concepto son sinónimos y hacen parte de un razonamiento dialéctico, propio de la tarea o labor de las partes más no del juez, ya que este solo debe apuntar al plano epistemológico como lo es el proceso penal, es decir, a buscar el conocimiento de la responsabilidad o la inocencia. Por otro lado, la persuasión y la convicción pueden surgir, como lo he venido señalando, de una argumentación basada en el Pathos. Es por ello que resulta de suma importancia, para el juez, descubrir las falacias en la argumentación de la defensa, de la fiscalía, del abogado de víctimas y del ministerio público. No puede darse el punto simple de un convencimiento (aspecto subjetivo) porque lo que convence a uno puede no convencer a otro. De hecho, Perelman y Olbrechts-Tyteca lo comparten hasta cierto punto cuando señalan:

Subjetivamente no es, por tanto, posible distinguir la persuasión de la convicción cuando el sujeto considera el tener por verdad como simple fenómeno del propio psiquismo. Pero el ensayo que hacemos con sus fundamentos valederos para nosotros, con el fin de ver si producen en el entendimiento de otros el mismo efecto que en el nuestro, es a pesar de tratarse de un medio subjetivo, no capaz de dar como resultado la convicción, pero si la validez meramente privada del juicio (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, 68).

Tampoco se comparte la idea de que la persuasión sea particular y el convencimiento general, partiendo de las mismas razones que se tienen para determinar que son sinónimos desde el punto de vista subjetivo. Por eso creemos que con la persuasión se logra un convencimiento no el conocimiento, lo cual solo se logra mediante el razonamiento analítico. Consideramos que todo conocimiento implica un convencimiento,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

mas no todo convencimiento implica un conocimiento. Esto puede parecer bastante contradictorio y confuso, pero lo explicaremos en la medida en que vayamos avanzando.

El juez sí debe buscar el conocimiento de lo que sucedió, no un convencimiento. Debe centrarse en las partes antes que, en el todo, disgregar, intentando entender el significado específico de cada uno de los aspectos parciales, debe interesarse mucho más por los elementos que por las relaciones; y equiparar la explicación del todo a la agregación, por suma, de la explicación de cada una de las partes. Debe seguir una secuencia establecida, no generar saltos cualitativos, no obviar ni alterar pasos del proceso y utilizar estrategias de acceso incremental para acercarse al conocimiento de lo que pudo pasar. Debe de igual forma desarticular el discurso persuasivo de las partes, encontrar los entimemas y las falacias, en conclusión, valerse del razonamiento analítico.

Frente al problema de conocimiento y convencimiento debemos señalar que Nuestro Código de Procedimiento Penal emplea como sinónimos los dos conceptos. El primero está presente en los artículos 7, 91 y 101 del Código Procesal Penal y el segundo en los artículos 372 y 381 de la misma codificación. Es aquí donde traemos a colación el artículo “Conocimiento o convencimiento mas allá de toda duda” de Andrés Nanclares Arango (2011), quien determina lo siguiente:

Otros consideran que no cabe hacer distinción alguna entre el convencimiento más allá de toda duda razonable y el conocimiento más allá de toda duda. Las dos expresiones, dicen, constituyen elementos diferentes de un único cartabón probatorio. El primer concepto es asimilable al segundo. Su sentido y su funcionalidad, sostienen, son intercambiables. Son dos formas equivalentes e intercambiables. expresión de la verdad probable o discursiva, el estándar de prueba que posibilita la expedición de una sentencia condenatoria. Ese es el criterio de los abanderados de esta tesis. Por último, hay quienes piensan que lo que se insertó en el nuevo procedimiento -y critican el retroceso que ello entraña en materia de juzgamiento-, fue el principio de la íntima convicción. A juicio de este grupo, lo que se hizo fue facultar al juez, por fuerza de la inclusión de ese principio en el cuerpo de la codificación, para juzgar las conductas delictivas, sin tener en cuenta las pruebas y sin objetivar los fundamentos de su determinación. Es decir, se les dio



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

poder a los jueces, según los partidarios de esta opinión, para que juzgaran a la gente mediante el rasero de la certidumbre moral. A mi modo de ver, estas posturas son desenfocadas. Hoy por hoy, en el sistema procesal de tendencia acusatoria, es un despropósito epistemológico hablar de certeza racional como fundamento de una sentencia condenatoria. Tampoco cabe utilizar, para ese efecto, la expresión certeza probable, grifo noseológicamente inaceptable aquí y en Cafarnaúm. Menos aún es admisible, si se comprende el meollo de la metamorfosis procesal a la que estamos abocados, referirse a la certidumbre moral para indicar que fue ese el patrón probatorio implantado en el medio judicial penal a partir del 2005. La innovación no fue epidérmica. A partir de esa fecha, es otro el estándar de prueba requerido para condenar a una persona: el conocimiento más allá de toda duda. (p. 6-7)

Más adelante el doctor Nanclares (2011) añade que:

El otro estándar de prueba –el conocimiento más allá de toda duda-, segundo sostén del régimen penal de tendencia acusatoria, tiene también un significado y una finalidad inconfundibles dentro de la ordenación general del estatuto procedimental punitivo. Ese estándar es el instrumento que utiliza el juez para abordar el análisis de las pruebas sobre las cuales ha adquirido un convencimiento más allá de toda duda razonable. El convencimiento que le infunde al juez la validez formal de las pruebas –convencimiento más allá de toda duda razonable- es el que hace las veces de objeto de conocimiento en el sistema penal de tendencia acusatoria. Sobre esa materia, sobre ese objeto, el juez ejerce, sirviéndose de la argumentación discursiva, que es su instrumento de análisis, una actividad creativa. Actúa sobre las premisas. Las controvierte. Las modifica. Hace acuerdos y preacuerdos sobre ellas. Las mira por el derecho y por el revés. Las vuelve de cabeza. Les descubre su falsedad empírica y, si quiere, les otorga un sentido más acorde, no tanto con la ley, como sí con la realidad. En una palabra, el juez pone a actuar sobre las premisas, sin excluirlas, sin desecharlas, su espíritu crítico sobre las veleidades del corazón y los vaivenes de la vida. Pero hay algo que debe ser precisado de manera imprescindible: esa actividad creativa del juez alrededor de las premisas puestas en su mesa, no es absolutamente libre. No es equiparable a la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

que le concede el ejercicio del principio de la libre convicción. Esa libertad argumentativa, tiene una limitación: debe plegarse a las reglas del pensamiento complejo. Ese despliegue argumentativo, no es algo que pueda ejercerse al estriquite, al pálpito o arbitrariamente. Esta argumentación discursiva no expresa, dicho de otro modo, los simples caprichos del juez. A ella la disciplinan, le ponen el tate quieto, como anoté, las reglas del pensamiento complejo. (p. 8).

Compartiendo plenamente la postura de Nanclares, solo se dirá que en conclusión son dos conceptos diferentes los que se forman desde el punto de vista del convencimiento y el conocimiento más allá de toda duda razonable, lo cual no pueden equipararse como sinónimos dentro de nuestro ordenamiento penal, máxime cuando estamos ante un proceso epistemológico.

Rescatamos en Perelman la propuesta que constantemente señala en sus obras frente al estudio que debe tenerse del auditorio, es decir el receptor del discurso. El conocimiento del auditorio no se concibe independientemente del conocimiento relativo a los medios susceptibles de influir en él. En efecto, el problema de la naturaleza del auditorio está vinculado al de su condicionamiento. Este vocablo implica, a primera vista que se trata de factores extrínsecos al auditorio. Y todo estudio de este condicionamiento supone que se lo considera aplicable a una entidad que sería el auditorio tomado en sí mismo. Pero, examinándolo más de cerca, conocer al auditorio también es saber, por un lado, cómo se puede garantizar su condicionamiento y, por otro, cuál es, en cualquier momento del discurso, el condicionamiento que se ha realizado. "En la argumentación lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación." (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, 60-61).

3.4 Stephen endeltontoulmin

Toulmin a diferencia de Viehweg no se basa en la tónica o en la retórica, sino en una lógica práctica o aplicada a través del uso argumentativo del lenguaje. Su estructura está plasmada en cuatro elementos: pretensión, razones, garantía y respaldo.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Pretensión: la reclamación concreta que hace una persona a otra y representa el punto de partida y fin de la argumentación.
- Razones: son los hechos específicos del caso.
 - Garantía: las garantías constituyen las reglas que permiten el paso de las razones a la pretensión.
 - Respaldo: se expresa a través de enunciados categóricos sobre los hechos, es el campo general de información presupuesto en la garantía. (Toulmin, 2007, p. 139 y SS)

Podría explicarse su teoría señalando que cotidianamente, los seres humanos acostumbramos a dar razones o explicaciones de lo que pensamos, hacemos o decimos. Ante esto, resulta que, al emitir una pretensión, podemos obtener dos resultados:

Que el oponente acepte esa pretensión sin exigir razones, en cuyo caso no existe razón para argumentar; y que el oponente cuestione nuestra pretensión, aduciendo otra pretensión que la nulifique. En este caso, el proponente y el oponente deben formular razones de sus respectivas pretensiones, siempre se necesita alguna razón para poder hablar de argumento.

Realmente nos interesan los conceptos de garantía y respaldo, entendidos por Toulmin (2007) de la siguiente manera:

Además de la cuestión de si una garantía es aplicable o no y en qué condiciones se puede aplicar a un caso particular, se nos puede plantear por qué la autoridad de esa garantía debe ser aceptada en general. En otras palabras, al defender una afirmación podemos haber presentado los datos de los que disponemos, la garantía y las matizaciones y condiciones relevantes y, sin embargo, encontrarnos con que quien la ha puesto en duda no ha quedado satisfecho, porque pone en tela de juicio no sólo un argumento en particular, sino la cuestión más general de si la garantía (G) es aceptable, en cualquier caso. Puede que conceda que, si se supone la aceptabilidad general de nuestra garantía, entonces el argumento que proponemos resultaría impecable: si los hechos presentados como datos (D) realmente bastan



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

para respaldar las afirmaciones hechas en las conclusiones (C), entonces todo es perfecto. Pero, ¿acaso la garantía no descansa a su vez en otra cosa? Poner en entredicho una afirmación en particular puede, de esta forma, conducir a poner en duda, de manera más general, la legitimidad de una serie completa de argumentos. «Se supone que alguien nacido en Bermuda puede tomarse por súbdito británico- podría decir alguien-, pero ¿por qué se piensa eso?». Detrás de las garantías que empleamos habrá normalmente, como nos recuerda este ejemplo, otras certezas, sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia; a éstas nos referiremos como el respaldo (R) de las garantías. Este «respaldo» de nuestras garantías es algo que tendremos que escudriñar con muchocuidado. Su precisa relación con los datos manejados, las afirmaciones realizadas, las garantías empleadas y las condiciones de refutación merecen algunas aclaraciones, pues la confusión en este punto puede llevar a problemas posteriores. En particular, habremos de tomar nota de cómo el tipo de respaldo alegado por las garantías varía de un campo de argumentación a otro. La forma de los argumentos que empleamos en campos diferentes

D Por tanto M, C Porque W A menos que R

no variará necesariamente mucho entre campos diversos. «Las ballenas son mamíferos», «Los de Bermuda son británicos», «Los sauditas son musulmanes»: he aquí tres garantías diferentes a las que podemos apelar en el curso de un argumento práctico, cada una de las cuales puede justificar el mismo tipo de paso directo de un dato a una conclusión. Se podrían añadir por mor de la variedad ejemplos aún más diferentes entre sí, tomados de la moral, las matemáticas o la psicología. Pero en el momento en que comencemos a preguntarnos sobre el respaldo o fundamento en que se apoya una garantía en cada uno de esos campos, empezarán a surgir diferencias: el tipo de respaldo al que deberemos acudir para establecer su autoridad cambiará radicalmente a medida que pasemos de un campo de argumentación a otro (p. 140-141).

Para quienes les parezca un poco confusa la teoría de argumentación de Toulmin, podría decirse que Atienza (2013) da una mejor explicación en su libro “Curso de argumentación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

jurídica”, con el ejemplo de que” X, hijo de Y, tiene derecho a la herencia de Y: “la pretensión está en que X tiene derecho a la herencia. La razón radica en que X es hijo de Y. La garantía está en que los hijos tienen derecho a suceder a sus padres. Finalmente, el respaldo se ubica en el artículo 930 del Código Civil” (p. 112-113).

Desde el punto de vista de la argumentación en materia penal, podría decirse que se toman los conceptos de garantía y respaldo de una manera diferente: La garantía está ligada al respaldo, ambas tienen la esencia de una fuerte persuasión ante el fallador. Una argumentación basada en una garantía como lo es la jurisprudencia, lo cual tiene el respaldo en las altas cortes, puede ser el mejor ejemplo que explique la estructura extraída de Toulmin, y resulta persuasiva ciento por ciento en la argumentación jurídica. Aunque en muchos casos esto pueda convertirse en una falacia de autoridad, lo que llevaría, siendo específicos, a un paralogismo del juez. Sin embargo, en la actualidad, el solo hecho de citar jurisprudencia de las altas cortes como argumento en juicio, es utilizar palabra sagrada ante un juez.

En la actualidad la teoría de Toulmin podría resumirse en lo que se ve en la práctica, decir; que la garantía sería “el por qué” y el respaldo “la autoridad”. Aclaremos que no sería solo la jurisprudencia sino las demás fuentes del derecho. De hecho, es de anotar que el respaldo es subjetivo, puesto que depende del juez y su visión de autoridad ya que, como lo vemos, hay jueces que dan mayor credibilidad a la Corte Constitucional que a la Corte Suprema de justicia o, al contrario. Recordemos que muchas veces sobre un determinado tema ha existido el denominado choque de trenes de las altas cortes, pues difieren en conceptos.

Sabemos bien que en la audiencia preliminar de legalización de captura la pretensión para la fiscalía está en que el juez declare la legalización del procedimiento y en la defensa, obviamente, lo contrario. Sin embargo, nuestra argumentación no está construida, pues solo en dicha audiencia venimos a conocer la información pertinente para hacerlo. Las razones están presentes en lo que se debate en la audiencia: orden escrita de autoridad competente o flagrancia, respeto de derechos fundamentales, elemento objetivo o término legal para colocarlo a disposición del Juez de Control de Garantías, etc. Y para lo cual tomamos siempre atenta nota y empezamos a construir



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

nuestra argumentación en la que tendríamos, sin improvisación, la garantía y el respaldo que van de la mano, pues previo a esto ya se ha analizado qué ha dicho la ley, la doctrina o la jurisprudencia al respecto. Sin embargo, lo anterior no aplica para los conainterrogatorios en juicio oral, ya que, si bien afloran la pretensión y las razones, no hay respaldo ni garantía. Donde no va existir improvisación es en los interrogatorios, puesto que son motivo de una previa preparación, un simulacro en el que el testigo sabe con anticipación cuáles preguntas se le van a realizar.

3.5. Miquelletaruffo

Sabemos que Taruffo no establece una tesis estructural frente a la argumentación, pero su discurso brinda unos elementos esenciales que fortalecen nuestro pensamiento frente a la argumentación jurídica en materia penal. Sobre todo, el punto que evoca cuando habla de la verdad en el proceso penal oral acusatorio, eliminando así cualquier discusión deontológica, lo cual evita desviaciones al asumir teorías argumentativas como la de Neil Mac Cormick y Robert Alexy y su discurso racional, donde, sabemos, apunta a la argumentación normativa dejando por fuera los hechos. Añadiendo que el discurso racional no podría aplicarse

en el campo jurídico penal donde la verdad apunta a la pretensión bivalente. En una entrevista concedida por Taruffo (2012), en ella señala que:

P: ¿Debería existir una ética de la narración que impidiera al abogado presentar una narración de los hechos falsa?

R: Se trata de un tema bastante complejo, porque normalmente se dice, y creo que, con razón, que el abogado no tiene obligación alguna con la verdad. Su función no es la de buscar la verdad, sino la de defender los intereses de su cliente hasta la victoria, con todos los medios admitidos por la ley. En muchos códigos éticos de los abogados se encuentra la prohibición de decir conscientemente falsedades o de emplear conscientemente pruebas que se conocen falsas. Es la prohibición de la falsedad consciente, lo que significa que las falsedades



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

inconscientes se admiten. Claro que no decir mentiras no significa decir la verdad. Como ya escribía Borges en uno de sus cuentos, <del mismo hombre se pueden escribir infinitas biografías verdaderas>. Yo añadiría infinitas biografías falsas. No existe solo el blanco y el negro, hay muchas otras posibilidades. La regla mínima es excluir las que son conscientemente falsas. El resto de falsedades son admisibles (2012, 8).

3.6. Neil mc cormick y Robert alexy

Merece que nos pronunciemos frente a las teorías de argumentación que descartamos en nuestro trabajo y manifestar el porqué. Para nosotros, tanto la teoría argumentativa de Mac Cormick y la de Alexy están determinadas en un discurso normativo, práctico y racional. Dos aspectos que no están presentes en la argumentación en materia penal, puesto que dicha argumentación es para las partes bivalentes (fiscalía y defensa), donde los hechos son la base y no la norma, a pesar de que no se descarta de plano una argumentación mediante el derecho positivo, cuando hubiere lugar a ello. Sin embargo, sería ilógico desconocer el aporte significativo que ambos autores otorgan a la argumentación que debe emplear, y que siempre se espera de un juez, el carácter racional y justificable de sus decisiones.

De acuerdo con la teoría de Mac Cormick (tal como la expone Atienza), los jueces no gozan de discrecionalidad, ya que están sometidos a los siguientes principios:

- a. Universalidad: exige que se cuente con, al menos, una premisa que sea la expresión de una norma o de un principio. Su objetivo es lograr imparcialidad, es decir que, si un caso es resuelto en un sentido por subsunción, los casos idénticos serán resueltos en el mismo sentido.
- b. Consistencia: se refiere a que las premisas normativas empleadas no colisionen con normas válidamente establecidas, es decir, no se debe vulnerar el derecho ya vigente.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- c. Coherencia: puede ser normativa y narrativa. La primera de estas se refiere a justificar la elección de la norma general en el requisito de universalidad, es decir, las normas son coherentes si y solo si pueden subsumirse a una serie de principios generales que sean satisfactorios. Por otra parte, la narrativa pretende justificar que asumamos una determinada posición en relación con hechos del pasado, por considerar al mundo algo explicable mediante principios racionales.

- d. Consecuencialismo: los argumentos deben tener relación con el mundo, es decir, la argumentación jurídica debe examinar los efectos que va a tener la decisión judicial, como uno de los fines del derecho. (Atienza, 2005, 107)

En Alexy la teoría está basada en el establecimiento de reglas que permitan llevar el discurso de una forma racional para finalizar con un debate fundamentado (proposiciones normativas). Dichas reglas contienen la aplicación de la lógica formal, lo cual garantiza una discusión racional. Su clasificación se encuentra en las reglas fundamentales que son la condición de cualquier comunicación que busque la verdad o la corrección. de lo anterior se desprenden cuatro principios básicos: no contradicción, afirmar solo lo que se cree, la universalidad (tiene el mismo significado que le da Mac Cormick como principio) y distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados (Alexy, 2012, 66).

En conclusión, solo se dirá que la argumentación jurídica en materia penal no puede estar en el contexto de un discurso racional, puesto que elimina el objetivo del litigio que, lógicamente, no es la verdad, la justicia y la reparación. Sonará áspero, pero ganar es lo que interesa y para ello es necesario persuadir con nuestros argumentos a quien tiene la decisión, lo que rompería la regla fundamental y, por consiguiente, también todas las demás planteadas por este autor (la razón, la carga de la argumentación, la fundamentación y la transición).

3.7 Manuel atienza

Obviamente Manuel Atienza es la persona llamada a hablar sobre el tema, incluso creo que podría decirse que la argumentación, históricamente hablando, solo puede ser



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

entendida desde un antes y un después de Atienza. Nadie más ha logrado de manera tan brillante: resumir la evolución que el concepto y el contenido han tenido, para luego concretizarlo con la estructura de los argumentos, el contenido de los mismos y el objetivo de persuasión que se busca, lo que él mismo determinó como concepción formal, material y pragmática.

3.7.1 La concepción formal

La concepción formal de la argumentación se ocupa a través de la lógica formal de estudiar la forma y la estructura de los argumentos. Históricamente se ha asimilado la lógica formal con la lógica deductiva o estándar, de manera que, se reduce el campo de movimiento de la lógica formal a la creación y estudio de los esquemas que válidamente adoptan los argumentos. Sin embargo, la construcción teórica de Atienza no se limita al estudio de la lógica formal desde un enfoque meramente deductivo o estándar, la concepción formal se construye a través del análisis del estudio de las formas que adoptan los argumentos desde diferentes modelos lógicos formales capaces no sólo de dar cuenta de argumentaciones deductivas sino inductivas y abductivas. La validez formal del argumento no depende de la estructura interna que el mismo posee siendo extraído su contexto y contenido. El tipo de esquema, el tipo de lógica que se utiliza para la creación de argumentos muta dependiendo el estadio argumentativo en que nos encontremos: de creación o aplicación del derecho.

No obstante, la pretensión de Atienza no es sostener que a través de la lógica se pueda dar cuenta de todos los argumentos que se efectúan en la cotidianidad o en el trasegar jurídico, tampoco una defensa de la lógica como modelo ideal de argumentación, porque para Atienza la argumentación desde una perspectiva exclusivamente lógica, sea esta formal o no, es insuficiente para dar cuenta de la riqueza de los argumentos desplegados en lenguaje natural además de resultar improductiva porque ningún conocimiento nuevo se sigue de ella. Ello tampoco simboliza, que el estudio de la lógica, de los esquemas de argumentos sea innecesario o inútil pues posee grandes ventajas por utilizar un lenguaje formalizado, ya que es posible evitar las impresiones del lenguaje natural y facilitar el tratamiento de la información por medio de un lenguaje artificial.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Decir que la lógica estudia la forma o esquemas de los argumentos es circunscribir su ámbito de acción al estudio de los argumentos como resultado de la actividad de argumentar, pero no al análisis de la actividad de argumentar en sí misma. Aunque Atienza utiliza la noción de oscuro al intentar definir el concepto de forma, queda claro en su texto “Curso de Argumentación Jurídica” que la forma de los argumentos se refiere a “aquello que queda del mismo cuando se hace abstracción del significado concreto de las proposiciones que lo componen y del contexto en que se argumenta” (Atienza, 2013, pág.171).

Ello significa que Atienza está recurriendo a la lógica de los analíticos de Aristóteles, todo argumento, todo silogismo está compuesto por dos premisas y una conclusión donde la disposición de los términos determina el contenido de la conclusión. El silogismo de los Analíticos es una forma de razonamiento científico donde es posible llegar a la verdad de las cosas a través del razonamiento deductivo.

Atienza al igual que Aristóteles distingue entre argumentos deductivos y argumentos inductivos donde el concepto de probabilidad cobra gran importancia. Generalmente, se distingue entre razonamiento deductivo e inductivo aludiendo que el primero va desde lo universal a lo particular y el segundo desde lo particular a lo general, sin embargo, este camino que resulta contrario, no es un criterio fundamental ni totalmente cierto, pues los razonamientos inductivos también pueden estar dirigidos desde lo particular a lo particular. La diferenciación entre estos dos tipos de argumentos o razonamientos deviene dada por el criterio de necesidad que permite el tránsito de las premisas a la conclusión en los argumentos deductivos y el criterio de probabilidad que permite el mismo tránsito en los argumentos los inductivos.

Siguiendo a Alchurrón, Atienza (2013) atribuye a la lógica deductiva tres propiedades: reflexividad, monotonía y transitividad.

Dicho de manera intuitiva, la propiedad de reflexividad supone que la conclusión no contiene nada que no estuviera ya en las premisas; la monotonía, que sí de un enunciado se infiere un conjunto de premisas, entonces seguirá infiriéndose, aunque se añadan nuevas premisas a las iniciales; y la transitividad, que las conclusiones se deducen exclusivamente de las premisas, de manera que las



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

consecuencias de las consecuencias de un conjunto de enunciados siguen siendo consecuencias del conjunto de partida (p. 174)

El criterio de necesidad se encuentra explicitado en la cita anterior, en definitiva, como hemos resaltado desde el acápite dedicado a Aristóteles es necesario el paso cuando la verdad contenida en las premisas se trasmite inescindiblemente a la conclusión, donde el alcance de los términos de la conclusión no supera el alcance de los términos contenidos en las premisas estableciendo una relación tautológica entre premisas y conclusión, entre las proposiciones y la conclusión del razonamiento. Es por ello que la lógica entendida en los términos de Alchourron resulta improductiva porque nada nuevo agrega al conocimiento. Dicha crítica surge de la crítica que realiza Hegel al principio lógico de identidad según el cual un objeto es igual a sí mismo y distinto de otro, para Hegel nada nuevo aporta dicho principio a la construcción del conocimiento, pues el resultado de distinguir un objeto de otro no es más que determinar nuevamente el objeto conocido.

Ahora, las críticas que demuestran la insuficiencia de la lógica formal deductiva con relación a la argumentación que de hecho se producen en la vida cotidiana no se limitan a la propiedad de reflexividad o de necesidad proveniente de la lógica aristotélica. Pues en la vida cotidiana especialmente en el derecho, la propiedad de monotonía presenta grandes inconvenientes. En el derecho, en la mayoría de los casos no es fácil argumentar sin establecer premisas intermedias, circunstancias fácticas y normativas que alteran la conclusión pues los matices juegan un papel fundamental en el derecho, Atienza (2013) pone un ejemplo al respecto:

Las premisas <A ha muerto sin dejar testamento>, <b es el único descendiente de A> y <si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia> justifican la conclusión <B tiene el derecho a recibir la herencia>. Pero si a las anteriores premisas añadiéramos una nueva: <B es el asesino de A> entonces probablemente tuviéramos que revisar la conclusión. Y podemos hacerlo de dos maneras. Una de ellas consiste en modificar una de las premisas, la última, que ahora podría quedar así: <si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia, a no ser que hayan sido los asesinos del causante>; la conclusión entonces será que <B no tiene derecho a



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

recibir la herencia>. La otra manera es construir una lógica alternativa o divergente a lógica deductiva estándar, en la que no funcione la monotonía y donde, por consiguiente, pueda derivarse la conclusión de que <B no tiene derecho a recibir la herencia> sin necesidad de sustituir una de las premisas iniciales; el procedimiento técnico que se usa para ello es reducir el alcance de algunas de las reglas de inferencia de la lógica deductiva estándar (p. 174).

Atienza supera, sin embargo, en un primer plano, desde la concepción formal los problemas de la lógica deductiva. El intento de superación de los límites de la lógica deductiva está en las denominadas lógicas difusas o divergentes que flexibilizan los postulados de la lógica deductiva permitiendo la creación de argumentos inductivos o adictivos desde una perspectiva lógica.

Dicho lo anterior, necesario resultar explicitar cual es el objeto de estudio de la lógica en sentido amplio para considerar como lógicos otros tipos de argumentos no enmarcados en la lógica deductiva, para ello utilizaremos la distinción conceptual de Atienza entre los conceptos: inferir, inferencia y relación de inferencia:

Inferir, como se acaba de ver, consiste en pasar de unos enunciados a otros; es una acción o una actividad. Una inferencia es el resultado de esa actividad. Y la relación de inferencia es la que se establece entre unos enunciados (las premisas o la premisa) y otro (la conclusión). La lógica (la lógica formal estándar) no se ocupa en sentido estricto de la acción de inferir, sino de las inferencias (o, quizá mejor, de la relación-abstracta- de inferencia) (Atienza, 2013, p. 173).

Existen diversos tipos de inferencias y no todas tienen un carácter deductivo, es decir, no todas se construyen en virtud del criterio de necesidad sino que muchas o la mayoría de ellas se forman en base a la probabilidad, en la vida cotidiana y en la argumentación jurídica, que versa sobre cosas que suceden en el mundo real, es difícil encontrar enunciados de los cuales pueda transitarse desde las premisas a la conclusión de manera necesaria, pues cómo ya lo vimos en Aristóteles, las acciones humanas representan sucesos que siempre pueden ser de otra forma.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Adicional a ello, la teoría de Atienza no es una teoría que permanece en el ámbito prescriptivo, sino que intenta dar cuenta de la forma como la gente realmente argumenta, y, de hecho, en la vida cotidiana como en el mundo jurídico, no se argumenta de manera deductiva. Partamos de un ejemplo utilizado por Atienza (2013) para evidenciar como de hecho se argumenta de forma inferencial en el derecho:

<el testigo T manifestó que vio cómo A amenazaba con una pistola a B en el lugar L y en el tiempo T; la autopista mostró que B falleció en el lugar L y en el tiempo T por los disparos de una pistola; cuando la policía fue a detener a A, encontró que tenía en su poder la pistola que luego se probó que era la misma con la que se había disparado contra B; por lo tanto, A causó la muerte de B> (p. 173) este ejemplo de Atienza, no existe un supuesto de hecho que se subsume sobre una regla universal a partir de la cual es posible predicar una inferencia, se trata de una relación de enunciados particulares, que a través de la relación que les otorga la experiencia permiten afirmar la conclusión como posible.

En últimas termina siendo la discusión aristotélica entre el modo de argumentar en la ciencia griega y en la dialéctica y la retórica. En la primera se argumenta de forma silogística estableciendo premisas verdaderas, universales e inmutables. En las segundas a partir de la endoxa o la opinión generalmente admitida, que poseen una estructura propia denominada por Aristóteles Entimema.

Existe un problema adicional que presenta la concepción formal en cuanto al derecho. Si bien los argumentos tanto inductivos como deductivos no representan la forma como de hecho se argumenta en la vida cotidiana con la utilización de ciertos matices, todo argumento elaborado en el lenguaje natural de las relaciones cotidianas puede ser expresado de manera deductiva.

Sin embargo, la elaboración de premisas propias de la lógica deductiva requiere de enunciados de los cuales pueda afirmarse su verdad o falsedad. Pero con relación a las normas jurídicas no es posible establecer si las mismas son verdaderas o falsas, sólo es posible determinar su validez o invalidez o su corrección o incorrección.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Para dar solución a este inconveniente surgen a mediados del siglo pasado la lógica deóntica que intentaba dar cuenta de formas o esquemas de argumentos que pudieran construirse a partir de enunciados normativos evaluados con base en criterio de valides o invalides de corrección o incorrección. De una parte, el problema podría solucionarse organizando las premisas de forma tal que de las mismas fuera posible predicar su verdad o falsedad

Así en el caso de nuestro ejemplo, la premisa normativa diría <de acuerdo con el Derecho D, el juez que comete un acto de prevaricación debe ser castigado con una pena mínima de un año>; y la conclusión: < de acuerdo con el Derecho D, el juez j deber ser castigado con pena mínima de un año> (Atienza, 2013, p. 175).

Pero para Atienza dicha solución no es adecuada porque los jueces no argumentan de esta forma, lo que aparece en la premisa normativa y en la conclusión son normas jurídicas y no enunciadas de contenido normativo. La segunda opción la extrae Atienza de la obra de Alchourrón según la cual sería posible definir la inferencia normativa en términos abstractos y en tal sentido predicar tanto de la premisa normativa la corrección, incorrección, validez o invalidez que aplicada a una premisa fáctica verdadera permita establecer una conclusión también correcta.

Sin embargo, esta cuestión trasciende a un tema de contenido, y hechos dichos la concepción formal tiene por propósito dar cuenta de los esquemas de argumentos independientes de su contenido y contexto.

Queda claro para Atienza que la forma de los argumentos no puede limitarse a los esquemas propios de la lógica deductiva y que resulta incluso insuficiente los esquemas de las lógicas divergentes para la construcción de argumentos jurídicos. Sin embargo, no es dable para Atienza abandonar por completo la concepción formal, porque los argumentos que adoptan ciertas formas pueden resultar más eficaces acompañados de una concepción material y una concepción pragmática de la argumentación.

En la fase de construcción del derecho, los argumentos tienen una forma deductiva, consagran una situación de hecho que de ser cumplida genera una consecuencia de derecho, las normas jurídicas adoptan generalmente la forma del Modus Ponens y en



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

cuanto tal constituyen un argumento deductivo. Sin embargo, en la fase de aplicación del derecho la argumentación es de tipo inductivo, intenta determinar si existe o no la situación de hecho que se ajusta a la descripción normativa o si la descripción normativa es aplicable al supuesto de hecho. Los argumentos inductivos tienen muchas formas de clasificar y diferentes autores otorgan nombres distintos a estructuras idénticas, pero para Atienza (2013) los más relevantes son: el argumento a contrario sensu, el argumento a pari o por analogía, el argumento a fortiori del cual se distinguen dos formas a maiori ad minus y a minori ad maius, y al argumento por reducción al absurdo (p. 179).

Pese a la importancia que Atienza otorga a la concepción formal de la argumentación no representa más que una dimensión de la argumentación jurídica, incapaz de dar cuenta por sí sola de los argumentos jurídicos por completo:

La principal -y obvia- limitación de la lógica, en relación con la argumentación jurídica, es su carácter formal. La lógica no se ocupa propiamente de los argumentos, sino de los esquemas de los argumentos. Por ello, por sí misma, la lógica no permite justificar (o explicar, averiguar o predecir) nada. Pero eso no quiere decir, naturalmente que su estudio sea inútil. La consideración de los elementos formales de los argumentos tiene un gran valor analítico y estratégico: nos permite saber qué premisa habría que presuponer para que el argumento sea sólido, hacia dónde debemos dirigir nuestros objetivos cuando se trata de refutar o de debilitar un argumento, etcétera. La lógica, digámoslo una vez más, no es un instrumento suficiente, pero si necesario para la argumentación jurídica. Por eso, contra lo que hay que estar no es contra la lógica –cosa absurda- sino contra el imperialismo de la lógica, contra la pretensión de que donde se acaba la deducción empieza la arbitrariedad (Atienza, 2013, p. 185-186).

3.7.2 La concepción material de la argumentación jurídica

Justificar una decisión es para Atienza el desarrollo de una argumentación estructurada, cargada de buenas razones y con capacidad de persuasión. La concepción formal de la argumentación, estudia la estructura o forma de los argumentos, la concepción material las razones o contenido de las mismas y la concepción pragmática los instrumentos retóricos y dialecticos de la argumentación. Lo que entendemos por concepción material



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

se encuentra determinado por el contenido de las premisas, no por su estructura, ni por su capacidad de persuasión. Justificar una decisión desde el ámbito material consiste en emitir razones capaces de sustentar la pretensión de una argumentación.

Como hemos sostenido durante todo el estado del arte, la argumentación jurídica versa sobre acciones humanas de tal manera que, una buena razón, es aquella capaz de justificar la decisión humana. Quizá fue con Kant donde se evidencio con mayor claridad la distinción entre razonamiento teórico y razonamiento práctico, el primero encaminado a la consecución del conocimiento, y el segundo a la evaluación de la corrección de la acción humana. En Atienza sin embargo encontramos que en el razonamiento práctico existe tanto una forma de justificación instrumental como una forma de justificación teórica de la acción humana.

El razonamiento práctico tradicionalmente ha sido entendido como aquél orientado a determinar o causar la acción humana, lo que Aristóteles entendió como movimiento desde el alma hasta la acción, la causa del movimiento. Ahora, lo que nos interesa no es entender la forma en que se realiza el movimiento desde alma hasta la acción humana, sino como a partir del razonamiento práctico es posible construir argumentaciones ricas en contenido capaces de dar cuenta de las acciones y decisiones humanas. Lo dicho implica aceptar que el razonamiento práctico es precursor del accionar humano, para Atienza la cuestión es aún más clara, la conclusión del razonamiento es la causa de la acción del hombre.

Sentadas las anteriores bases es preciso distinguir entre justificación técnica y justificación en sentido estricto o deóntica. La primera es la argumentación instrumental aquella orientada a la consecución de un fin. La segunda, es la que se encarga de determinar si la acción se encuentra o no ajustada al sistema de valores establecido.

Esta distinción que en principio pareciera burda es fruto de una disputa filosófica bastante añeja. Por un lado, los Bentham y Mill, principales promotores del utilitarismo difundieron una doctrina según la cual la validez moral de la acción estaba determinada por la consecución de la felicidad como fin último de la acción humana, es decir, una doctrina donde la adecuación de la acción depende del impulso por alcanzar el fin que orienta intrínsecamente toda acción humana, la felicidad. Posición que tampoco dista mucho de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

que en su momento fue construida por Aristóteles en la ética Nicomáquea y la política, pues según el estagirita la acción humana era éticamente adecuada cuando individual y socialmente estaba encaminada a alcanzar la vida buena, eudaimonía, concepto que también se traduce como felicidad.

En el otro extremo se encuentra los denominados categóricos, según los cuales la acción humana es adecuada en cuanto es capaz de adecuarse con ciertas máximas que son exigibles a todos los seres humanos como condición natural de la convivencia en comunidad. En este punto encontramos cimentado casi la totalidad de nuestro sistema occidental de razonamiento práctico, en especial en el imperativo kantiano defensor de la Dignidad humana.

Sin embargo, esta distinción no resulta aceptable dentro de la teoría de Atienza porque el razonamiento práctico es un tipo de razonamiento instrumental, porque su fin motivar la acción humana. Incluso, desde un ámbito justificativo en sentido estricto, es decir, aquél donde la decisión judicial y la actuación de todos los actores del proceso están enmarcados en una escala de valores concreto, el razonamiento empleado para crear la argumentación sigue siendo instrumental, toda vez que, el argumento debe demostrar como una circunstancia de hecho se encuentra o no ajustada a la escala de valores demarcada por el Estado. De manera que, la distinción de Atienza refleja no refleja una verdadera diferenciación entre justificación técnica y estricta.

Las relaciones argumentativas tienen dos sentidos en Atienza (2013): mundo-lenguaje o lenguaje- mundo. El primer tipo de relación se denomina razones operativas y al segundo tipo razones auxiliares. Las razones operativas se identifican con la justificación en sentido estricto, está dada por las reglas y principios que determinan el ámbito de protección del sistema jurídico, por su parte las reglas poseen un carácter formal, autoritativo e independiente del contenido mientras que los principios se caracterizan por ser: no perentorios, dependientes del contenido y sustantivos, bien de corrección bien de fin. Las razones auxiliares son aquellas que permiten identificar y satisfacer los fines de las razones operativas, adicional a ello permiten establecer un sistema de prioridades cuando hay conflicto entre las razones operativas (p. 279-280).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Las razones auxiliares poseen dos características. Son regulativas, asumen la forma del *modus ponens*: requieren que se den las condiciones de aplicación X y que se realice la acción Y para que se produzca el resultado R. Son constitutivas, establecen permisiones o prohibiciones y establecen presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure*.

Sin embargo, esta clasificación sólo da cuenta de una parte de las razones que se requieren en la argumentación jurídica, las razones normativas, de manera que, quedan por fuera las razones fácticas y las razones teleológicas. Una clasificación de las razones o contenido de las premisas enmarcada dentro de una teoría de la argumentación jurídica debe ser capaz de dar cuenta de todos los tipos de razones que se emiten en diferentes momentos de la argumentación: creación o aplicación del derecho, es por esto que para Atienza las razones deben clasificarse en: razones sistemáticas y razones extra sistemáticas.

Las razones sistemáticas están enmarcadas por las reglas de acción y valor que están contempladas de manera expresa en el ordenamiento jurídico. De manera que, convergen tanto las razones operativas como las auxiliares siempre que el sistema jurídico la consagre de manera expresa. Por ejemplo, son razones operativas en los Estados modernos los mandatos de optimización consagrados en las Constituciones de los Estados o en los tratados de carácter internacional que garantizan derechos mínimos a los seres humanos, por ejemplo, la Declaración universal de los Derechos Humanos, La declaración del hombre y el ciudadano entre muchos otros. Y son reglas de acción, bien sean de permisión o prohibición las consagraciones normativas consagradas en leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, códigos y demás que configuran el sistema jurídico de un Estado.

Sin embargo, a diferencia de las reglas de acción los mandatos de optimización o reglas de valor, no se encuentran agotadas en la consagración expresa de los enunciados normativos contenidos en el sistema jurídico de un Estado. Muchos principios o reglas de valor no se encuentran descritas en ninguna parte del sistema jurídico, pero cumplen una función primordial dentro del mismo, en mayor grado, en la fase legislativa, como fines que pretende satisfacer el legislador para la mejora de la convivencia en el estado. Este tipo de enunciado configuran las razones extra sistemáticas, es decir, aquellas premisas a



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

las que se debe recurrir para la creación de una argumentación adecuada pero que no están expresamente consagradas en el sistema jurídico. Hacen parte de este grupo, las premisas fácticas y las reglas de acción derivadas de la costumbre que requiere prueba judicial por no estar certificada.

Muchas otras clasificaciones dicen Atienza que existen en cuanto a razones en sí mismas se refiere como prueba de esto podría citarse la realizada por Aristóteles, Perelman o el mismo Alexy. Sin embargo, en todas estas confluye un tipo de mezcla indisoluble entre las diferentes concepciones de la argumentación y resultan más oscuras que ilustrativas y por demás incompleta, la de Atienza es una clasificación precisa digna de mérito, consistente con una verdadera teoría integradora de la argumentación jurídica.

3.7.3 La concepción pragmática de la argumentación

Atienza considera que en el siglo XX tuvo lugar el giro pragmático de la argumentación queriendo significar con ello, que la argumentación jurídica dejó de pensarse desde una perspectiva exclusivamente lógica y material retomándose el estudio de las formas de presentación de argumentos. La relevancia de este estudio inicia con Perelman quien retoma el estudio de la retórica Aristotélica, materia ampliamente olvidada en la edad media junto con la lógica y la dialéctica.

Estudiar las formas de presentación de los argumentos es reflexionar sobre las herramientas de las cuales se puede servir un emisor para conseguir la aceptación de sus ideas. Según Atienza este renacer pragmático de la argumentación tiene como efecto otorgar especial protagonismo en el acto comunicativo a los conceptos de: El orador, el proponente, el oponente, el auditorio, y a los objetivos de la argumentación la persuasión o la resolución de diferencias de opinión. Esta afirmación de Atienza nos sitúa delante de dos tipos o formas de argumentación, la dialéctica y la retórica.

Que Atienza considere que la concepción pragmática de la argumentación jurídica está conformada por los métodos retórico y dialéctico no representa, en principio, para nosotros una idea original o novedosa. Fue Aristóteles el primero en consagrar de manera



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

prescriptiva que sobre aquellas cosas que pueden ser de otra manera no puede argumentarse de manera lógico formal, sino dialéctica o retórica, a partir del entimema o silogismo retorico y el ejemplo, estructuras argumentativas que parten de lo plausible, aquello que es probable pero no universalmente cierto.

Sin embargo, debemos reconocer que fue Atienza quien hizo confluir ambos métodos de argumentación como formas de argumentación jurídica, porque desde su posición entre ambas formas de presentación de argumentos no se presentan diferencias insalvables entre sí:

En realidad, puesto que la distinción entre retórica y dialéctica parece basarse en elementos graduables, cabría hablar de discursos, de argumentaciones, más o menos dialécticas y más o menos retóricas. Así, en un extremo podríamos situar el dialogo platónico (la dialéctica sin retórica) y en el otro, el llamado género apodíctico o demostrativo (el discurso a propósito de cuestiones sobre las que hay acuerdo, de manera que el auditorio no tiene que pronunciarse a favor o en contra), en el que cabría decir que sólo hay retórica. El discurso jurídico (o los distintos tipos de discursos jurídicos) ocuparían en la escala una posición intermedia (Atienza, 2013, p. 366).

Es preciso sin embargo aclarar que la postura de Atienza según la cual los elementos retóricos y dialecticos han asumido vital importancia para las teorías actuales de la argumentación no significa que sea posible construir una argumentación desde una perspectiva exclusivamente pragmática. Se trata del componente potencializador de los argumentos formados por medio de la concepción formal y material.

La teoría de Atienza según la cual en la argumentación jurídica confluyen tanto el método dialectico como retorico, precisa de distinguir los momentos en los cuales cada uno de estos métodos se hace efectiva. De una parte, la argumentación dialéctica es aquella donde existe una contraposición de opiniones entre proponente y oponente donde ambos desarrollan un papel activo durante la discusión, para luego establecer un acuerdo. Esta forma de argumentación tiene especial aplicaciones en las democracias actuales de corte deliberativo. Para Habermas y Alexy, la deliberación es el acto por medio del cual el legislativo en medio de la contraposición de opiniones forma las leyes más adecuadas para el pueblo. Pero, aunque el método dialectico se evidencia de primera mano en la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

etapa de creación de las leyes, su exposición más clara realiza en sede de juicio en los sistemas que adoptan el interrogatorio cruzado como forma de obtener la información de los testigos. En definición del procedimiento dialectico dice Atienza:

Las partes de que consta la argumentación (la actividad de argumentar) no son enunciados, sino momentos o fases en cuyo transcurso los participantes llevan a cabo diversos actos de lenguaje. A lo largo del proceso cabe, naturalmente, identificar argumentos (conjuntos de enunciados estructurados de una cierta forma), pero los argumentos son, por así decirlo, medios, instrumentos para el logro del fin de esa actividad (...) las mismas se aplican, por otro lado, a las diversas fases que pueden distinguirse en el proceso argumentativo; cabría hablar, por ejemplo (como lo hacen Van Eemeren y Grootendorst) de una fase de confrontación en la que surge una discrepancia que genera el diálogo; una fase de apertura en la que las partes deciden embarcarse en una discusión de uno u otro tipo; una fase de argumentación en la que se presentan y evalúan los argumento y contraargumentos de cada parte; y una fase de conclusión o cierre, cuando se ha alcanzado la finalidad del diálogo, o bien los participantes deciden, por la razón que sea, poner fin al mismo (Atienza, 2013, p. 367).

Contrario a lo que sucede en el método dialectico, en el método retorico las dos partes no poseen un papel activo dentro de la emisión del argumento. El papel activo es asumido de manera activa por el orador, mientras que el destinatario actúa de manera principalmente pasiva. La diferencia no estriba sólo en el papel asumido por las partes, mientras que la argumentación dialéctica tiene por fin la construcción del conocimiento, la argumentación retorica tiene por fin persuadir sobre un determinado tema. Para lograr su cometido, el método retorico hace uso de tres tipos de pruebas: el talante o carácter de quien construye el discurso, denominada ethos. La predisposición del oyente (Auditorio) a través de las pasiones, denominado pathos. Y el discurso en sí mismo (contenido), denominado logos.

El papel de la retórica en la argumentación jurídica puede al igual que el dialectico ser evidenciado en múltiples escenarios. Sin embargo, el momento por excelencia donde se evidencia el papel de la argumentación retorica son los alegatos de conclusión o de cierre,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

es decir, en la aplicación judicial del derecho. Los alegatos de cierre son la oportunidad para que el juez asumiendo un papel pasivo escuche las teorías de las partes derivada del debate probatorio a fin de tomar su decisión. Claro que alguno podría objetar aquí que el ejercicio de réplica evidencia la participación activa de la contraparte, que tiene como pretensión contraponer los argumentos propuestos. Sin embargo, cualquier persona medianamente conocedora de la praxis judicial, podrá deducir con facilidad, que los alegatos de cierre de ambas partes, así como la réplica y contra réplica no se manifiestan como contraposición de intereses, sino como el ánimo de persuadir al juez de que la teoría propia es correcta y la contraria incorrecta; es decir, el fin último es persuadir sobre la idoneidad de una idea. Y el fin de la retórica es la persuasión mientras que el de la dialéctica la formación del conocimiento.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Capítulo IV: Problemas

Para determinar los problemas que atañen en la práctica a los profesionales del derecho en cuanto a la argumentación, debemos retomar nuevamente la definición que sobre el concepto estableció el maestro Atienza, en cuatro aspectos, a saber: Acción relativa al lenguaje, donde se presupone un problema, una actividad argumentativa y una actividad racional.

4.1. Acción relativa al lenguaje

Pocas personas se atreverían a controvertir el hecho de que para que exista argumentación se requiere la existencia del lenguaje. Ello resulta evidente, porque la única forma de controvertir dicho enunciado, es haciendo uso del lenguaje tanto para comprender lo dicho como para refutarlo. Es por ello que, independiente de la ambigüedad que soporta el concepto de argumentación, precisar del uso del lenguaje es un elemento común a cualquier concepción que sobre dicho concepto se tenga. Ahora bien, la argumentación de la que se hace gala en el derecho, sólo puede ser construida a través del lenguaje oral o escrito. En Colombia, hablando propiamente del Sistema Penal Oral Acusatorio (ley 906 de 2004), el tipo de lenguaje por medio de cual se proponen los argumentos es mayoritariamente oral, superando las facciones originarias del sistema inquisitivo (ley 600 de 2000), que instituía un sistema mayoritariamente escrito.

Por lo anteriormente explicitado centrémonos en el lenguaje oral, ya que es en este punto, donde radica la importancia de nuestro sistema penal acusatorio. Basarnos en el lenguaje oral nos lleva a los dos procesos comunicativos: retórico y dialéctico. Empecemos por recordar, grosso modo, lo que entendemos por estos dos conceptos, ya que, he aquí el problema que se presenta en la praxis de nuestro sistema penal oral acusatorio.

Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático (los elementos básicos son los de orador, discurso, auditorio y persuasión). Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante (Atienza, 2013, p. 111).

Escoger el proceso retórico es tomar el camino incorrecto para el planteamiento de nuestros argumentos esbozados con el único fin de alcanzar nuestra pretensión. El



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

proceso penal oral acusatorio y en general los procesos judiciales surtidos ante un estrado, tienen una naturaleza dialéctica, donde cada parte intenta hacer valer una perspectiva distinta (generalmente opuesta) sobre un mismo asunto.

Clarifiquemos, un proceso penal establece dos puntos de vista con relación al sujeto a quien se juzga: inocente o culpable. Y este es el principal problema que asume cada parte a la hora de elaborar la argumentación.

Cuando una parte acude al discurso retórico está exponiendo una línea argumentativa independiente, sola, sus argumentos dejan de lado los de la contraparte. Es así como el Juez se encuentra en un escenario con dos líneas argumentativas independientes. Cada parte intenta conseguir que el juez acepte la idea por ella planteada, sin preocuparse de manera prioritaria, de destruir la credibilidad o aceptabilidad de la idea construida por su contraparte.

Por su parte, el proceso comunicativo dialéctico establece una sola línea argumentativa, alimentada por las diferencias de cada una de las partes y en la que el raciocinio del juez entra a esclarecer y definir quién tiene la razón. Es decir, la línea argumentativa se forma a través del conflicto, de la disidencia de opinión sobre un mismo punto, propuesta por dos sujetos que reflejan una forma de solución diferente para un mismo asunto. En términos dialecticos, la solución al problema jurídico que se plantea, no depende de la aceptación total de la idea de una de las partes, sino de la solución que se adopte, como adecuada, para remediar cada problema propuesto por los disidentes, de manera que, la valoración conjunta de las posturas adoptadas en cada uno de los problemas engendrados, determinan la favorabilidad del resultado con relación a la pretensión de una de las partes, sin que ello signifique que, necesariamente, le asiste razón a la parte vencedora, en todos y cada uno de los argumentos propuestos.

Se está ante un proceso comunicativo retórico cuando solo hay una parte denominada proponente, solo hay necesidad de argumentar sobre mi pretensión. Y se está frente un proceso comunicativo dialéctico cuando existen dos partes proponente y oponente cuando hay necesidad de argumentar y contra argumentar sobre mi pretensión y la de la contraparte.

Consideramos como problema de la argumentación como acción relativa al lenguaje el hecho de no poder expresar adecuadamente el argumento, bien sea por factores como el miedo a hablar en público (glosofobia), o la falta de precisión en el lenguaje.

Para muchos, dichos problemas son externos a la argumentación, sin embargo, consideramos que están estrechamente ligados a la concepción pragmática de la argumentación.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

4.2 Presuposición de un problema

Todas las audiencias del sistema penal oral acusatorio están definidas por un marco de argumentación, donde se busca resolver un determinado problema; pero en muchas ocasiones las partes olvidan lo que debe argumentarse o añaden argumentos que no son propios del momento procesal. Como cuando el defensor alega la inocencia de su cliente en una legalización de captura, y que por tal razón no podían privarlo de la libertad, o alegan legítima defensa, en una audiencia de formulación de imputación, y que por eso la pena no es la señalada por el fiscal.

Mi argumentación debe estar en concordancia con el momento procesal y el problema que allí se discute. Como en todo proceso judicial en el proceso penal se discuten o se plantean problemas jurídicos de diferente índole: normativos, factuales, regulativos, valorativos etc. Es por ello que el sistema procesal penal, establece a través de la ley procesal de forma previa al debate surtido ante el funcionario judicial, el tipo de problema que se discute en cada etapa procesal, permitiendo un mayor orden y comprensión de los problemas jurídicos. En términos simples, el marco de argumentación de los operadores jurídicos se encuentra previa y plenamente determinado, dependiente de la etapa procesal o el tipo de audiencia en que se desarrolle.

El principal problema que en la práctica se vislumbra es precisamente la audiencia de formulación de imputación, la cual se entiende es una audiencia de comunicación, en donde no se admite recurso alguno y en donde al parecer el defensor debe guardar silencio, muchos señalan que no se argumenta pues no hay problema, solo un mero acto de comunicación. Sin embargo, al analizar lo anterior, nos damos cuenta que si debe existir argumentación, ya que existen problemas: Se debe argumentar sobre el esclarecimiento de los verbos rectores, no basta señalar el artículo cuando en ocasiones hay muchos verbos rectores. El lenguaje no puede ser jurídico, pues está dirigido a la defensa material. La pena debe estar debidamente definida, de no estarlo deberá señalarse; es decir, no es una audiencia donde no se argumenta.

4.3 Actividad argumentativa

Retomamos lo dicho hasta el momento, la argumentación en materia jurídica no puede realizarse mediante el silogismo (premisa mayor, premisa menor y conclusión), el silogismo está bien para las ciencias exactas, mas no para las sociales.

Desde una perspectiva no formalista la argumentación es una actividad. No se trata del simple paso de las premisas a la conclusión a través de una regla de inferencia, sino que es un problema de establecimiento de premisas. Al contrario de la perspectiva formal o silogística, la perspectiva informal, ampliamente desarrollada por Toulmin, centra problema de la argumentación en el establecimiento de las premisas adecuadas para cada caso concreto, no se argumenta, jurídicamente, a partir de un banco agotado de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

premisas de las cuales se extraen conclusiones independientes del contexto social o cultural en que se desenvuelven.

Las premisas que permiten construir una argumentación jurídica, son dependientes del contexto social y cultural en que se desarrollan, están permeadas por la escala de valores propia de cada sociedad. En el derecho la argumentación no depende de reglas formales de inferencias, es principalmente un problema de establecimiento de premisas, de determinar cuáles son los enunciados facticos y jurídicos que permiten la solución justa de un problema, lo cual implica una condición adicional, la conclusión depende no solo de los enunciados elegidos como adecuados para la solución de un problema concreto sino de la interpretación que se realice de los mismos.

Todos los que nos hemos puesto en la tarea de argumentar en un proceso penal, por medio de silogismos, llegamos a los obstáculos ya referenciados, no hay premisa mayor, o no hay premisa menor o la conclusión no se extrae, en fin. Es por eso que llegamos al entimema y donde presuponemos el componente faltante. Vale la pena preguntar quién está en una construcción concomitante de la argumentación, como ocurre en las audiencias preliminares, o en una previa construcción para alegaciones de apertura o finales, ¿lo hace mediante silogismos?

No es tan simple, como muchos piensan, que basta utilizar el método deductivo partiendo de la consecuencia jurídica, como lo hace la fiscalía, para crear la premisa mayor y deducir la premisa menor y la conclusión. O el método inductivo partiendo del supuesto de hecho, como hace la defensa, y desde la conclusión extraer las premisas. En la práctica es necesario argumentar sin tiempo de elaboración, acudir a la lógica y las reglas de la experiencia no solo las propias, sino presuponer las de los demás y nutriéndome de la dialéctica.

4.4 Actividad racional

La actividad racional está ligada a discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso. Es por ello que todos, pero en especial el juez, debe saber diferenciar un argumento pasional, por credibilidad de quien lo dice o por la razón del mismo. (pathos, ethos y logos); los dos primeros presentes en falacias de misericordia y autoridad, respectivamente. La actividad racional es donde podemos ubicar los problemas más comunes, presentes en los sofismas y los paralogismos. Lo anterior encierra dos aspectos importantes de la argumentación a quién y cómo se argumenta.

La argumentación es una actividad teleológica que persigue la adhesión de uno o varios terceros a una tesis, no es una simple narración: el relato de un suceso sobre el cual no se existe discusión, como ocurre en la literatura. La



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

argumentación es una exposición de razones para sustentar una idea creada con el fin de lograr adhesión a la misma. Ello significa que la argumentación es sujeta a valoración por lo menos en dos sentidos, y ello la hace un proceso racional. En primer lugar, una argumentación es buena o mala según pueda o no conseguir el objetivo propuesto. En segundo lugar, es mejor o peor que otra, según la fuerza interna de los argumentos (razones) que utiliza. “O sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena o aparentemente mala etc” (Atienza, 2013, p. 110).

Consideramos que el problema fundamental en el estudio de la argumentación y su aplicación en el sistema penal oral acusatorio, radica en dejar de lado la concepción pragmática de la misma. Pareciese que persuadir no interesa, siendo el objetivo que se busca siempre con un argumento. Por qué si decimos que sí importa persuadir pero no nos interesa si el proponente sufre de glosofobia, si el argumento esta en modo de ethos, pathos o logos, no nos interesa el oponente o pero aun no importa quién decide si el argumento es bueno o malo. Nunca vamos a poder persuadir.

Nos atrevemos a señalar que los problemas pueden solucionarse si tenemos claro cómo construir y qué debe contener un argumento, qué y cómo se debe argumentar, quiénes hacer parte del proceso argumentativo, qué proceso comunicativo utilizar y cuáles son los factores que inciden directa o indirectamente en el fin propuesto cuando argumentamos, en cada una de las audiencias del sistema penal oral acusatorio..



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Conclusiones

- 1) El concepto de argumentación del maestro Atienza no comprende sólo estructura y contenido, sino que también hace parte el fin propuesto (concepción pragmática), abarcando aspectos de cómo y ante quién se argumenta, para alcanzar la persuasión.
- 2) Los conceptos (silogismo, entimema, tópica, respaldo, garantía) que se desprenden del estudio realizado a cada uno de los autores presentes en esta investigación, tienen que contextualizarse, bajo la luz del Sistema Penal Oral Acusatorio para lograr una correcta aplicación en la argumentación jurídica.
- 3) La argumentación jurídica no puede basarse en el esquema silogístico, debido a que no hay universalidad en las premisas mayores, no se argumenta sobre la norma, sino sobre los hechos, las premisas deben justificarse y la ambigüedad del silogismo dificulta el razonamiento concreto.
- 4) La argumentación jurídica es netamente entimemática, no requiere para su construcción de enunciados tautológicos sin que ello represente un error estructural o formal, implica que la verdad de la conclusión no depende de la verdad contenida en las premisas.
- 5) Consideramos que existen más estructuras entimemáticas; pues desde una conclusión puede extraerse tanto la premisa mayor como la menor. De igual forma consideramos que puede existir una secuencia de premisas menores que llevan a una conclusión y donde se pueda suponer la premisa mayor.
- 6) La teoría estándar de la argumentación no opera en el Sistema Penal Oral Acusatorio, debido a que, no se puede argumentar sobre la norma sino sobre los hechos, la argumentación de las partes no se encamina a la consecución de la verdad, toda vez que la pretensión es bivalente.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- 7) Nos atrevemos a señalar que los problemas pueden solucionarse si tenemos claro cómo construir y qué debe contener un argumento, qué y cómo se debe argumentar, quiénes hacer parte del proceso argumentativo, qué proceso comunicativo utilizar y cuáles son los factores que inciden directa o indirectamente en el fin propuesto cuando argumentamos, en cada una de las audiencias del sistema penal oral acusatorio.
- 8) No puede continuarse con el mismo problema al emplear un proceso comunicativo basado en la retórica, ya que esto origina dos argumentaciones paralelas, donde los problemas permanecen, pues en muchos casos no logran identificarse. Todo lo contrario sucede al emplear un proceso comunicativo dialectico, donde solo existe una línea argumentativa, en donde salen a flote y se atacan los problemas de la argumentación inicial.
- 9) Se debe dejar en claro que si bien las partes tiene como objetivo el persuadir, no le corresponde al juez partir de convencimiento sino de un conocimiento, aclarando que nuestro código procesal presenta esta errónea categorización como sinónimos en sus artículos 7 y 381 C.P.P. Debe plasmar en su decisión la justificación interna y externa.
- 10) Jamás podemos olvidar que tanto el proponente, como el oponente en la argumentación jurídica y quién aplica la norma, posee una característica fundamental, establecida en su condición humana, lo cual se predetermina no por la razón sino por sus pasiones o emociones. He aquí la importancia de los conceptos de Aristóteles: ethos, pathos y logos.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Referencias

- Alfano, L. R. (2008). *La argumentación. Conceptos y fenómenos fundamentales de nuestro tiempo*. Mexico: UNAM.
- Universidad de la Salle . (Julio de 2005). *Ciencia y tecnología para la salud usual y ocular* . Medellín : La Salle .
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAL.
- Perelman, Ch; Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Taruffo, M. (2012). El juez imparcial es el que persigue la verdad. *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, (177), 8-11.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Península.
- Aristóteles (2014). *La Retórica*. Alianza editorial. Introducción, traducción y notas de Alberto Bernabé.
- Alexy, R. y otros (2009). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- Aristóteles (2001). *Tratados de Lógica Órganon*. Tópico, 10 Ed, México 2001
- ALEXY, Robert (2013). *Teoría del Discurso y derechos humanos*. Traducción e introducción Luis Villar Borda.
- Mauricio Beuchot, *Argumentaciones y falacias en Aristóteles*, instituto de investigaciones filosóficas, universidad autónoma, México.
- Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político] XXXII (Valparaíso, Chile, 2010) [pp. 161 - 195] *Dialéctica y Retórica en los "Tópica" de Cicerón*
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. Atienza, M. (2012).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Atienza, M. (2012). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- Badenes, A. (2002). La persuasión por el carácter como argumentum ad verecundiam en Aristóteles: Retórica II 23 1400^a 30-37. Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/17150/Documento_completo_.pdf?seguense=1
- Bonorino, P. (2015). Entimemas probatorios. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41-71.
- Falcón y Tella, M. J. (2009). Derechos humanos y desobediencia a la ley. Revista de la Inquisición, 13, (13), 291-319.
- Fann, K. (1970). Peirce's Theory of Abduction. La Haya: MartinusNijhoff.
- Gómez Betancur, W. (2009). El orador no nace, se hace. Medellín: Sánchez Jurídica.
- Martínez de Pisón Cavero, J. (2013). Curso de teoría del Derecho. 2 ed. Ed. Logroño: Universidad de la Rioja.
- Nussbaum, M. Lofragilidad del bien. For/UlfO y i tica en la tragedia y laftlofolia griega. Madrid, Visor, 1995.
- Aristóteles. Acerca del afma. Traducción de Tomás Calvo Martínez. MadrM:!. , Gredos, 1988.
- Aristoteles. EticaNicomaquea. ÉlicaEudemia. Traducciónde Julio PamBooet. Madrid, Gredos, 1998.
- Aristóteles. Actrca del afma. Traducción de Tomás Calvo Martínez. MadrM:!. , Gredos, 1988.
- Aristóteles. Retórica, Traducción de Quintín Racionero. Madrid, Gredos. 1994.
- Regís O.M., L.G L 'opinionlelonAriSlo/e. París, Ottawa, LibrairiePhilosophique 1. Vrin, Innstd'EtudesMédiévaes, 1935.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Cardenas. (2005). Apariencia, opinión y retórica en Aristóteles. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ramón, J. (2006). Lógica y premisas implícitas en las contradicciones de tesis. Doxa. Sin más datos.

Bahit. E (2016). Cátedra de Introducción a la Lógica y Métodos Científicos. Laboratorio de Altos Estudios en Ciencias Informáticas.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
Anexo 2.

Pautas para la presentación de la monografía como resultado del proyecto de investigación.

1. **Título:** Indique el título de la monografía. El título debe contener máximo 15 palabras. No necesariamente debe ser el mismo de la propuesta de investigación, pero si debe guardar coherencia con los objetivos y la pregunta planteada en la misma. En esta página se debe incluir el nombre de los investigadores y del tutor.
2. **Tabla de contenido:** Describa la lista de los temas y subtemas desarrollados en el cuerpo del trabajo. Debe ponerlos estrictamente en el orden en que aparecen e indicando las páginas correspondientes.
3. **Metodología:** Describa la metodología aplicada en la ejecución del proyecto de investigación, asimismo, los objetivos, la pregunta de investigación y los instrumentos empleados. Máximo 3 páginas.
4. **Marco teórico:** Desarrolle cada uno de los temas y subtemas propuestos. Mínimo 45 páginas, máximo 70. Recuerde que para el desarrollo del marco teórico usted deberá emplear un número mínimo de citas bibliográficas, que se incrementarán dependiendo del número de investigadores participantes en el proyecto, así:
 1. Un (1) investigador: Mínimo veinticinco (25) fuentes bibliográficas
 2. Dos (2) investigadores: Mínimo treinta (30) fuentes bibliográficas
 3. Tres (3) investigadores: Mínimo treinta y cinco (35) fuentes bibliográficas
 4. Cuatro (4) investigadores: Mínimo cuarenta y cinco (45) fuentes bibliográficas
5. **Conclusiones:** Desarrolle las conclusiones y resultados obtenidos. Mínimo 3 páginas.
6. **Bibliografía:** Indique las fuentes bibliográficas citadas en el trabajo. No se admite material bibliográfico que no se haya citado.

Nota: Las citas deben hacerse atendiendo la última versión de las normas APA o lcontec, según su preferencia y/o la de su tutor.