

# ELEMENTOS PARA UN CURSO BÁSICO SOBRE RAZONAMIENTO JURÍDICO

## ELEMENTS FOR A BASIC COURSE ON JURIDICAL REASONING

*Iván Aróstica Maldonado\**

### SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Actualmente, cualquiera puede acceder en forma casi instantánea a esa ingente cantidad de datos que se produce y almacena hora tras hora, gracias a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC); lo que ha dado en llamarse “era del conocimiento” o “sociedad de la información”. El año 2010, el mundo había generado algo así como 988 exabytes (un billón de billones de bytes) o dieciocho millones y medio de veces la información contenida en todos los libros escritos hasta ese momento<sup>1</sup>. Y hasta no hace mucho, se decía que un ejemplar del *New York Times* contiene tantos datos como los que una persona normal del siglo XVII reunía en toda su vida<sup>2</sup>.

Erick Schmidt, presidente de Google, se suma a la vorágine, revelándonos que, desde los comienzos de la civilización hasta 2003, la humanidad produjo información equivalente a la almacenada en mil doscientos cincuenta millones de DVD, en tanto hoy generamos esa misma cantidad de datos en dos días<sup>3</sup>. Todo un meandro de bancos rebosantes de datos, con otros tantos sofisticados motores de búsqueda a disposición, y que a menudo nos recuerda esa vertiginosa Biblioteca de Babel que –en una época preinternet– imaginara Jorge Luis Borges, donde se acumulaban todos los libros existentes, en un laberinto interminable de galerías hexagonales.

Pero, más datos no significa que la gente esté mejor informada o que sepa más que antes, pues cantidad no siempre viene acompañada de calidad. Además que ya no es como antes, cuando conocer era sinónimo de orden y claridad, al disipar dudas, turbaciones e incertidumbres: hoy solemos colapsar y quedar perplejos, sin saber qué hacer ante esta avalancha de infor-

---

\* Profesor de Derecho Administrativo. Universidad del Desarrollo.

<sup>1</sup> Reportajes, en *La Tercera* Santiago, 1 de marzo de 2009, p. 23.

<sup>2</sup> ADAIR (2008), p. 35

<sup>3</sup> Ricardo Acevedo Zalaquet, “La obsesión por los datos”, en *La Tercera*, Tendencias, Santiago, 21 de junio de 2014, pp. 4-5.

mación, debido a nuestra incapacidad para digerirla, analizarla y cotejarla; incluso, para empezar a discernir si es genuina o espuria.

Es más, desde que en 1948 Claude Shannon –de Laboratorios Bell– publicara su trascendental ensayo de ochenta páginas *A Mathematical Theory of Communication*, instaurando la “teoría de la información”, estamos notificados de que tal palabra ‘información’ ya no denota un mensaje que contenga alguna afirmación lógica o un significado reconocible, lo que generalmente se denomina un hecho, sino que representa una medida tan solo cuantitativa de intercambio tecnológico. O sea, cualquier cosa susceptible de codificarse para su transmisión, por medio de un cauce conectado a cierto receptor, independiente de que se trate de una realidad, una sarta de galimatías o una simple banalidad<sup>4</sup>.

La tecnología actual –se dice– no ha hecho necesariamente a la gente más lista. Lo que ha hecho es, por ejemplo, posibilitar que muchos trabajos sean más fáciles de realizar por personas con habilidades menores o inundarnos de datos, cuya posibilidad de comprensión se hace cada vez más escasa. Mientras, las escuelas y universidades producen graduados capaces de manejar un computador y navegar por internet, pero insuficientemente calificados para desarrollar un pensamiento crítico y una comunicación eficaz<sup>5</sup>.

## COMPLEJIDADES JURÍDICAS

Pasa, además, que vivimos en un *mundo de leyes desbocadas*, como dio en llamar García de Enterría:

“la vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético”<sup>6</sup>.

“La cuestión fáctica o empírica que las normas describen, el supuesto de hecho –se ha dicho también– es mucho más complejo que en las sociedades antiguas y, consecuentemente, la argumentación jurídica, en lo que corresponde a la determinación de los elementos fácticos del caso, es también muy diferente. El mismo lenguaje de las normas se ha vuelto

---

<sup>4</sup> ROSZAK (2005), pp. 51-53.

<sup>5</sup> ALBRECHT (2008), pp. 27-28.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), pp. 47-48.

farragoso y ambiguo, fruto de que las normas son cada vez en mayor medida producto de una negociación consensuada o pactada entre grupos con distintos intereses, de tal modo que la redacción final de las normas debe dejar satisfechas a las partes intervinientes y, en muchas ocasiones, sólo una redacción ambigua permite que la negociación siga adelante”<sup>7</sup>.

“También lo apresurado de las continuas reformas legales –añade este diagnóstico– explica que el lenguaje de esas normas no sólo sea ambiguo, sino incoherente, y podríamos citar otros ejemplos que explican que el texto de las normas jurídicas fomente el incremento de debates fácticos en las controversias jurídicas actuales. Asimismo, la evolución de la sociedad del conocimiento y la evolución de las modernas tecnologías tiene su reflejo en un incremento de los debates interpretativos de los supuestos fácticos de las normas. Esta ambigüedad normativa determina que aumenten los conflictos interpretativos y que, consecuentemente, se incremente el número de litigios”<sup>8</sup>.

## EL ARTE-FACTO JURÍDICO

Y todo esto repercute y se manifiesta también en nuestro trabajo profesional.

¿Cómo acotar los problemas? ¿De qué manera transformar los datos e informaciones –sean antecedentes fácticos o normativos– en descripciones, explicaciones y conclusiones destinadas a engendrar conocimiento jurídico? Son preguntas claves, cuyas respuestas no se revelan por aplicación mecánica de recetas rígidas e infalibles. Aunque, si nos armamos con el sentido común o la racionalidad general, más la ayuda de una mixtura de métodos provenientes de otros campos del saber e investigaciones fronterizas, y contando siempre con algunas disciplinas tradicionales como la dogmática y la retórica, sin olvidar la epistemología (sobre el pensamiento verdadero material) y la lógica (sobre el pensamiento correcto formal), será el planteamiento ordenado de esas mismas interrogantes y la utilización adecuada de estos medios de apoyo, lo que nos facilitará extraer algunas pautas y hacernos con un cajón de herramientas cognitivas..., al menos, para salir del paso.

A cuyo propósito, baste por ahora trazar una ruta general de orientación, sin pretender ser exhaustivos. No sea cosa de que nos pase lo que escribió Borges, sobre

“...aquel Imperio [donde], el Arte de la Cartografía logró tal perfección que el Mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el Mapa

---

<sup>7</sup> BUENAGA CEBALLOS (2016a), p. 23.

<sup>8</sup> *Ibid.*

del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el Tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al estudio de la Cartografía, las Generaciones Si-guientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del Sol y los Inviernos”<sup>9</sup>.

Ni se trata tampoco de ahondar en las diferentes escuelas o enfoques teóricos del razonamiento jurídico, que se han venido afianzando en los últimos tiempos, especialmente en el campo de la Filosofía del Derecho<sup>10</sup>, sino de ubicar los estadios o momentos donde podríamos encontrar mayor dificultad. En una secuencia, en que se sucedan nuestras operaciones e ideas de un modo más o menos racional –como al llenar la tina– si abrimos primero el grifo de agua caliente y luego el de agua fría, el cuarto de baño se llenará de vapor y no veremos nada; en cambio, si abrimos primero el grifo de agua fría y añadimos luego el agua caliente, no tendremos vapor, las paredes permanecerán secas y veremos con toda claridad. El orden del llenado determina que tengamos lucidez o no, aun cuando se use la misma proporción de elementos (de agua caliente y de agua fría)<sup>11</sup>.

Así que, para encuadrar algunas sugerencias regulativas sobre dónde y cómo enfrentaremos determinadas dificultades en el proceso de razonamiento jurídico, tomemos la parábola del escultor y la estatua (Aristóteles), a fin de distinguir los elementos constituyentes o “causas” en la labor del jurista:

- La causa “eficiente” (el autor y las herramientas empleadas para moldear) en este caso sería la intuición y la razón.
- La causa “material” (la sustancia física con que trabaja) se corresponde con los hechos y las normas jurídicas.
- La causa “formal” (la figura que adquiere la sustancia) representada por el informe, la demanda o la sentencia a redactar.
- La causa “final” (el propósito de la actividad o creación de un objeto destinado a cumplir ciertas funciones) corresponde a un nuevo conocimiento y comprensión en el campo jurídico.

---

<sup>9</sup> En SUÁREZ MIRANDA (1658).

<sup>10</sup> La teoría de la práctica: sobre las concepciones formal (centrada en la corrección de las deducciones lógicas), material (que acentúa la fundamentación de las premisas) y pragmática (ocupada de persuadir al auditorio): VEGA y OLMOS (2013), pp. 333-337. Más ampliamente en ATIENZA (2013), pp. 171-422.

<sup>11</sup> DE BONO (2008), p. 193.

## CAUSA EFICIENTE

Debemos al filósofo alemán Hans Reichenbach (1891-1953), la distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”, la que se hizo célebre después de que los pensadores positivistas y empiristas se percataron de que, en realidad, muchos descubrimientos e invenciones no se deben a observaciones y experimentos apegados al estricto proceso metodológico científico, sino que son el resultado de la intuición o un buen chispazo de imaginación.

Todos nos acordamos de Arquímedes corriendo por Siracusa y gritando “*Eureka, eureka*” (¡lo encontré, lo encontré!) al descubrir, en la bañera, el principio de flotabilidad. O de la fábula sobre Newton, de que al ver caer una manzana habría concebido su Teoría de la Gravitación Universal. Dicen que August Kekulé, tras soñar con la serpiente que se muerde su propia cola (símbolo ancestral de muchas culturas, conocido como ouroboros), vislumbró la estructura hexagonal del benceno.

Es que, convenido de que el conocimiento no se desenvuelve exclusivamente por los cauces de la lógica<sup>12</sup>, respecto al papel que le corresponde a la intuición, es válido acotar que su presencia creadora se aprecia en aquel primer momento llamado “contexto de descubrimiento”. Como dice Agustín Gordillo:

“la intuición juega un rol determinante en la formulación de la hipótesis principal, y el razonamiento lógico formal aparece más bien al momento de dar la fundamentación final apropiada (a juicio de sus autores) según el ordenamiento jurídico del cual se trate y hasta de las épocas”<sup>13</sup>.

¿El fantasma que reveló a Hamlet que su padre no murió por una causa natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre?: pues sí, este sería el “contexto de descubrimiento”. Pero es obvio que una decisión jurídica tiene que basarse en pruebas y evidencias empíricas, contrastadas en el marco de un proceso racional, que acrediten la comisión de un homicidio: y este sería entonces el “contexto de justificación”<sup>14</sup>.

“Contexto de justificación”, donde tiene lugar el “razonamiento jurídico” como tal, y que conceptualmente se compone de las fases de deli-

---

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ GIL (1975), p. 104.

<sup>13</sup> NIETO-AGUSTÍN (2003), p. 79. En HERNÁNDEZ FRANCO (2014), pp. 33-50, dice que en el contexto de justificación tiene lugar un primer momento consciente, de comprensión del problema; un segundo momento también consciente, en que la mente analiza los elementos o materiales a ocupar para fundar y justificar nuestras respuestas, y un tercer momento en que aparece el inconsciente adaptativo, donde tras una especie de trance que no por eso deja de ser racional, obtenemos la respuesta final.

<sup>14</sup> GASCÓN y GARCÍA (2016), pp. 397-398.

beración y de argumentación. La *deliberación* es una etapa previa, de formación del pensamiento, en que se trata de alcanzar aquel conocimiento que permita superar la ignorancia (la falta de aprehensión completa de la realidad) y lograr un entendimiento para vencer el error (la falsa percepción de la realidad)<sup>15</sup>. Mientras que la *argumentación* es una etapa posterior, de expresión del pensamiento, en que se busca convencer o persuadir acerca de la congruencia de una reflexión elegida, a fin de derrotar el escepticismo y ganar adhesión<sup>16</sup>.

## CAUSA MATERIAL

Lo primero, impajaritable, es tratar de delimitar del modo más preciso el problema entre manos, para cuyo efecto siguen siendo útiles las cuatro reglas del método cartesiano<sup>17</sup>: evitar el apuro o la precipitación, admitiendo como verdad solo aquello que se nos presenta de manera clara y distinta en nuestra mente (regla de la evidencia); analizar la situación o acontecimiento de que se trata, descomponiéndola en sus elementos constitutivos esenciales (regla del análisis); ordenar los objetos conocidos desde los más simples a los más complejos, colocándolos incluso en orden de precedencia (regla de la síntesis), y, por último, enumerar completamente los datos del problema y pasar revista general a cada uno de los elementos de su solución, asegurándose de que se ha resuelto todo de manera correcta (regla de la comprobación).

Como un problema bien entendido y acotado ya es, en buena parte, un problema solucionado, para descubrir el meollo del asunto o el quid de la cuestión, las reglas del Método Analítico y del Pensamiento Lateral son, asimismo, aliadas valiosas. Ellas abarcan tres ejercicios complementarios entre sí:

- *Fractionar* el problema en sus diversos componentes, para enseguida someterlos al interrogatorio de algunas pertinentes preguntas clave<sup>18</sup>.
- *Comparar* el problema con otras situaciones o temas en apariencia análogos, donde ya se ha encontrado una solución (con apoyo en una matriz de semejanzas y diferencias esenciales).
- *Invertir* los términos del problema con miras a reestructurarlo y encontrar nuevos puntos de referencia (equivalente a la vieja técnica de mirar las cosas por el derecho y el revés).

Vale decir, procederemos igual a como se observa una pintura anteponiendo una retícula, de suerte que cada una de sus casillas o celdillas nos

<sup>15</sup> VALLET DE GOYTISOLO (2009), pp. 15-28; HEINECKE (2009), pp. 11-47.

<sup>16</sup> Entre muchos, VALENZUELA CORI (2009), p. 178. También MAJONE (2000), p. 240.

<sup>17</sup> DESCARTES (2012), pp. 51-52.

<sup>18</sup> Como es la guía QQPPCCD (Qué-Quién-Porqué-Paraqué-Cuándo-Cuánto-Cómo-Dónde) dada por GALLEGO (2001), pp. 76-77.

facilite auscultarla detenidamente, parte por parte. O, como quien escucha una canción, distinguiendo la melodía que entona el cantante, la música que toca la orquesta y el coro que acompaña de atrás (pasando luego a profundizar en la ejecución de cada instrumento, el tipo de voces, etc.). Por algo decía Séneca que es más fácil entender las partes que entenderlo todo (*Facilius per partes in cognitionem totius adducimur*).

Luego, si vamos a razonar de forma deductiva, esto es, sobre la base de un silogismo, tendremos que despejar las cuestiones que puede acarrear al establecimiento de nuestras premisas fácticas (la *quaestio facti*) y de nuestras premisas normativas (la *quaestio iuris*). El enunciado fáctico puede suponer problemas de prueba y de calificación, al tratar de determinar si un hecho existe y si es relevante o no; en tanto que el enunciado normativo puede implicar dificultades referentes a la selección, vigencia, interpretación y aplicación de la ley o principio general referente al caso: *da mihi factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos, que yo te daré el derecho”).

### La *Questio Facti*

Al buscar los antecedentes que se necesitan para elucidar un problema, hay que saber mirar y distinguir tres aspectos básicos:

- (1) cuáles son los hechos reales, descartando toda clase de mitos, cuentos y fraudes;
- (2) cuáles son los hechos relevantes, excluyendo aquellos triviales e intrascendentes, al modo como se separa el trigo de la paja o la música del ruido, y
- (3) cuáles son los hechos faltantes, es decir, aquellos elementos que deberían encontrarse presentes, pero que, reveladoramente, están ausentes. Del mismo modo, como sabemos que la música no solo se compone de sonidos, sino que también de silencios expresivos<sup>19</sup>.

Algunos ejemplos ilustrarán de qué se trata cada una de estas operaciones.

#### 1. Los hechos verdaderos

Se dice que los periodistas toman como un “hecho verdadero”, para comparar diversos riesgos, un estándar muy peculiar: el número de personas fallecidas

<sup>19</sup> La evidencia de ausencia no es lo mismo que ausencia de evidencia: mientras lo primero supone un cierto conocimiento, lo segundo es su opuesto, un mero desconocimiento. El analista Nassim Nicholas Taleb nos recuerda que en la Medicina se emplea el acrónimo NED o “No Evidence of Disease” (sin pruebas de enfermedad), pero que no existe nada al estilo de END o “Evidence of No Disease” (prueba de ausencia de enfermedad). O sea, que cuando nos dicen que nuestros exámenes no han arrojado señales de cáncer, cuidado con entender que está descartada la enfermedad: *EL CISNE NEGRO* (2013), pp. 103-106.

anualmente en todo el mundo, por la caída de cocos desde la copa de palmeras tropicales (la cifra sería de ciento cincuenta fallecidos al año).

¿Es que en realidad ocurre esto? ¿Alguien contabiliza estas muertes?

La respuesta es nadie: solo se trata de una mera aproximación estadística alguna vez difundida –con su qué– por una compañía inglesa de seguros de viaje. Mito urbano<sup>20</sup>.

## 2. Los hechos relevantes

Que la utilización de modelos generales facilita separar los hechos importantes de los superfluos o irrelevantes, da cuenta el siguiente relato:

Yendo de noche por un camino rural, Juan se encontró con un choque y vio que uno de los conductores yacía postrado sobre el volante. Corrió a socorrerlo a un tiempo que mandaba a su esposa en busca de ayuda. Como pudo, hizo tiras su camisa para vendarle la herida sangrante; después de cortar el cinturón de seguridad, exhausto, se dio maña y fuerzas para arrastrar el cuerpo un par de decenas de metros ante el peligro de incendio. Cuando llegó, el personal de la ambulancia comprobó el pulso y la circulación sin encontrar señal alguna. El conductor había muerto en el accidente.

Si Juan hubiera tenido en mente y ejecutado un modelo, podría haber controlado mejor la situación, sin poner en peligro su vida ni exponer a su mujer. Porque para eso la Cruz Roja enseña el modelo ABC –Airways, Breathing, Circulation (Vías aéreas libres, Respiración o ventilación, Circulación)– como primeras atenciones a prestar a un accidentado<sup>21</sup>.

## 3. Los hechos faltantes

De que en nuestros procesos de reflexión y pensamiento, no hay que pasar lagunas o vacíos por alto, ni caer en la desatención por omisión, nos lo recuerda el cuento policial *Silver Blaze*, el exitoso caballo de carreras desaparecido misteriosamente. Cuando el célebre Sherlock Holmes ha tenido la oportunidad de examinar el establo, el inspector Gregory le pregunta:

“¿Existe algún detalle acerca del cual desearía usted llamar mi atención?”

“Sí –dice Holmes–, el incidente curioso del perro aquella noche”. “Pero el perro no intervino para nada”, protesta el inspector. A lo que Holmes responde: “Ese es precisamente el incidente curioso”.

Para el famoso detective, maestro en deducciones, la ausencia de ladridos era la clave del caso: el perro debió conocer al intruso. De lo contrario, habría ladrado ¡Elemental!<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> BEST (2009), p. 21.

<sup>21</sup> COLLISON y PARCELL (2003), pp. 45-46.

<sup>22</sup> KONNIKOVA (2013), pp. 106-108.

Todo ello ha de servirnos para razonar lógicamente, componiendo un silogismo<sup>23</sup>. Que al asumir la forma *modus ponens* (“modo de poner”) requiere la existencia de unos hechos reales como premisa menor; los cuales adquirirán la calidad de hechos relevantes solo si pueden ser subsumidos dentro de un modelo o norma general, que obra como premisa mayor, para arribar así a una conclusión irrefutable:

Si p, entonces q.

p.

Por tanto, q.

En tanto los hechos faltantes o “pruebas invisibles” nos permitirán inferir y concluir conforme a la regla lógica del *modus tollens* (“modo de quitar”):

Si p, entonces q.

No q.

Por tanto, no B

Por eso, para no engañarnos con versiones falsas o hechos superfluos, u olvidar computar los antecedentes faltantes, el establecimiento de nuestros antecedentes de hecho (premisa menor) debería comprender las etapas de: “búsqueda” (definir las hipótesis de trabajo y de contraste); “colección” (emplear los medios de prueba correctos); “valoración” (apreciar la calidad del medio-calidad del contenido reportado por ese medio, uno a uno por separado); “integración” (cruzados los medios, para advertir si hay convergencia-divergencia-contradicción) e “interpretación” (si tenemos certeza-probabilidad)<sup>24</sup>.

### *La Questio Iuris*

Así como muchas veces, no sabemos –o al menos no sabemos suficientemente bien– adentrarnos en la búsqueda, colección y tratamiento de los datos e información, cristalizables en evidencias empíricas; tampoco solemos considerar que ya dejaron de existir aquellas leyes concebidas como una manifestación de voluntad premeditada y racional, perfectamente expresada, con una rigurosa lógica interna y haciendo parte de un sistema jurídico coherente y solidario, predestinada a regir –por todo eso– con permanencia o perdurabilidad. Olvidamos que estas pocas reglas codificadas conviven con un caudal de leyes nacidas en la improvisación o fruto de la inmediatez que, si no son objeto de continua mutación, apenas logran sobrevivir en condiciones de alta inestabilidad<sup>25</sup>.

Incluso, algunas leyes preparadas por comisiones de expertos no son fruto de diagnósticos acabados, en que se estimen costos y beneficios de diseños alternativos, dado que la inexistencia de estudios completos y definitivos

<sup>23</sup> WESTON (2012), pp. 68-70.

<sup>24</sup> ARÓSTICA (2012), pp. 233-249.

<sup>25</sup> ARÓSTICA (2010), pp. 317-323; ENTEICHE ROSALES (2012), pp. 217-235.

vos lleva a decidir con información muy limitada, a prueba y error, de suerte que la sucesiva aparición de nuevos antecedentes va gatillando constantes ajustes a la legislación<sup>26</sup>.

Y, aunque dicha proliferación de leyes confusas y precarias viene de años, dando lugar a la sempiterna discusión acerca de la “crisis del sistema legal”, todavía no contamos con criterios de orientación prácticos y fácilmente asequibles para manejarse en aquellos momentos de crisis, cuando las sociedades e instituciones suelen comportarse como máquinas no triviales, o sea, de una manera que no se puede predecir y susceptible de desembocar en una juridicidad inesperada<sup>27</sup>.

Por eso, al tener que trabajar con una norma (regla), que a una hipótesis o supuesto de hecho general (antecedente) establece un determinado efecto jurídico (consecuente)<sup>28</sup>, será necesario que estructuremos la premisa normativa de nuestros razonamientos, en una operación comprensiva de los siguientes pasos:

- (1) seleccionar cuál es esa norma o principio general aplicable al caso;
- (2) examinar la vigencia temporal de la misma;
- (3) interpretar el sentido y alcance de dicha norma; además de,
- (4) anticipar los efectos jurídicos y consecuencias prácticas que conlleva su aplicación.

## 1. Selección

A falta de una regla única, evidente y conocida, en esta etapa pueden encontrarse dos realidades: ausencia o pluralidad de normas. En caso de ausencia, la pregunta será si cabe llenar la laguna normativa, con algún principio general de derecho o con otra norma por analogía. Si, por el contrario, concurre una pluralidad de normas, cuidaremos de examinar si se hallan en situación de redundancia o dispersión, lo que probablemente implicará preferir una norma y descartar las otras (como ocurre cuando existe una ley general y al mismo tiempo convergen leyes especiales o de excepción, que suelen desplazar la aplicación de aquella; a menos que se trate de una ley universal)<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Andrea Repetto, “Datos, estudios y políticas”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de junio de 2014, B 6.

<sup>27</sup> MORIN (2011), pp. 116-118.

<sup>28</sup> No todas las normas expresan una correspondencia entre supuesto de hecho y efecto jurídico (en un mismo precepto o en preceptos separados que concurren por remisión). También las hay cuyo objeto es meramente declarativo o explicativo, que definen o acotan conceptos, instituciones o situaciones varias, entre otras.

<sup>29</sup> Un tema aparte es la teoría de la “ponderación” entre “principios” constitucionales (para dar preeminencia a uno y excluir al otro en un caso concreto *ad hoc*); que para ilustrarlo con mayor rigor se necesita obviamente otro ensayo. Para una primera aproximación sobre esta polémica: HABA y ATIENZA (2014). Otro: ATIENZA y GARCÍA AMADO (2016), p. 138. Una crítica radical: SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2003), pp. 351-382.

Las normas preexistentes (derogadas por la norma seleccionada) y paralelas (en otros ordenamientos locales y comparados), deberían también acopiarse en esta etapa.

## 2. Vigencia

Desde cuándo y hasta cuándo rige la ley seleccionada, son dos aspectos relativos a la vigencia de la ley en el tiempo, que no se pueden descuidar. Respecto al momento a partir del cual comienza a producir efectos, habrá que aclarar si la ley tiene vigencia normal, retroactiva o diferida. Respecto a su extinción, debe examinarse si ha sido objeto de alguna derogación expresa o tácita, no olvidando revisar una posible ultractividad de la ley (cuando una ley derogada sigue produciendo efectos y sobrevive en algunos supuestos concretos).

Infaltable será, también, comprobar si la norma no ha sido objeto de una sentencia de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, que a futuro pueda desembocar en una declaración de inconstitucionalidad con efectos anulatorios *erga omnes*.

## 3. Interpretación

A quiénes alcanza y qué es lo que manda, prohíbe o permite la ley, es básico. Luego, encontrar el sentido y alcance de la ley supone no pocos desafíos cuando esta usa el lenguaje común o natural (no formalizado): la ambigüedad de las palabras, los conceptos vagos y la textura abierta, son tres facetas de esta dificultad<sup>30</sup>. La ambigüedad de las palabras se presenta cuando un enunciado lingüístico es susceptible de expresar varios significados distintos e incompatibles entre sí. Los conceptos vagos aparecen cuando la ley no connota las características o propiedades de un concepto, lo que impide o dificulta precisar a quiénes alcanza o denota<sup>31</sup>. La textura abierta tiene relación con la definición de un objeto, en cuanto podría admitir una interpretación extensiva si se asume que el legislador no quiso agotar *a priori* la descripción con un conjunto cerrado de propiedades, al no excluir algún nuevo criterio de delimitación surgido *a posteriori*.

## 4. Aplicación

La puesta en práctica de la ley no tiene que ver con las premisas, sino con la conclusión. Más precisamente, con la decisión que sigue a la conclusión de un silogismo: en tanto la conclusión lógica se identifica con un enunciado normativo como “Juan debe ser condenado”, la sentencia decide que “se

<sup>30</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA (2010), pp. 57-61 y 205-206; CARRIÓ (1998), pp. 27-36.

<sup>31</sup> Hemos sostenido que los “conceptos indeterminados” suelen originar un problema de integración, más que de interpretación, en ARÓSTICA (2016), pp. 13-37.

condena a Juan”<sup>32</sup>. Este paso, del razonamiento a la acción, era el que se veía en las antiguas sentencias de nuestros tribunales, donde era de estilo decir, por ejemplo, que

“debemos condenar y condenamos a...”; “debemos absolver y absolvemos a...”; “debemos confirmar y confirmamos la sentencia...”; “debemos mandar y mandamos...”, etcétera<sup>33</sup>.

En esta etapa, cuando se trata de referir a un caso particular lo que se ha establecido en general, vamos a aquilatar los efectos jurídicos directos e inmediatos que produce o puede producir esa decisión (resultado), comprobando en primer lugar que sea conforme con la Constitución, a ver si se hace acreedora de un eventual requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Siendo los demás efectos jurídicos indirectos, así como otras consecuencias prácticas mediatas y remotas (*v.gr.* las conductas que inducirá o desanimará la decisión), implicaciones todas que no pueden escapar a nuestro estudio<sup>34</sup>.

## CAUSA FORMAL

Una vez concluida la etapa de formación del pensamiento (deliberación), comienza la fase de expresión del pensamiento (argumentación)<sup>35</sup>. O sea, ahora hemos de dar forma a nuestro informe o presentación, demanda o sentencia, donde se juegan la calidad interna del planteamiento y su eficacia retórica (suasoria o disuasoria).

A objeto de persuadir acerca de la congruencia de una versión, el conocimiento y comprensión adquiridos se deben comunicar en descripciones que tengan una forma correcta y posean un contenido claro, preciso y conciso.

La forma correcta tiene relación con la estructura conceptual del argumento, como sería, por ejemplo, dividirlo en estas tres partes<sup>36</sup>:

1. Presentación: donde se describe el problema y se anticipa la solución.
2. Nudo: se exhibe la evidencia (premisa menor), la justificación (premisa mayor) y las posibles reservas (“a menos que...”).
3. Desenlace: donde va la conclusión (y vuelta a la presentación).

<sup>32</sup> ATIENZA (2016), p. 57.

<sup>33</sup> RETAMAL ÁVILA (2016).

<sup>34</sup> ATIENZA (2016), pp. 193-195.

<sup>35</sup> Por medio de presentaciones personales o documentos escritos, que adquieren diferentes formatos (estudio en derecho, minuta breve o reporte de situación, proyecto de sentencia o decisión, etcétera).

<sup>36</sup> BOOTH, COLOMB y WILLIAMS (2004).

El contenido debe ser claro, preciso y conciso<sup>37</sup>. Claro: distinguiendo bien los conceptos e ideas implicadas (*v.gr.* las ideas contrarias, opuestas y distintas<sup>38</sup>). Preciso: con rigurosidad y certeza, afirmando o negando con seguridad racional las premisas y conclusiones del caso. Conciso: según el principio general de economía del pensamiento, no expliques por lo más lo que puedas explicar por lo menos. Como decía Baltazar Gracián en el *Oráculo manual y arte de prudencia* (1647), “lo bueno, si breve, dos veces bueno; lo malo, si breve, no tan malo”<sup>39</sup>.

A objeto de influir en lo que piensan y sienten los destinatarios, o –como se suele decir– de ganar sus mentes y corazones, viene en ayuda la retórica, en especial cuando enseña la siguiente disposición del discurso, oral o escrito<sup>40</sup>:

#### 1. Exordio (también denominado prooimion o proemio)

Es donde el autor demuestra su decisión. Establece su *bona fides* y atrae la atención a fin de conservarla. Aquí es donde apela de manera más fuerte y directa al *ethos* (sonar creíble).

#### 2. Narración (diégesis, prótesis o narratio)

Corresponde a la narración de Aristóteles. Se enmarcan los términos del debate, exponiendo de forma razonable y ecuánime los argumentos y los hechos del caso en términos generales.

#### 3. División (divisio, propositio y partitio)

El autor aquí explica en qué coincide con sus oponentes y en qué no están de acuerdo.

#### 4. Prueba (pistis, confirmatio o probatio)

Ahora expone los argumentos que apoyan su tesis. Es el momento por excelencia del *logos* (sonar razonable).

<sup>37</sup> Y bien escrito: oído a un antiguo abogado de Contraloría General (después presidente de la Corte Suprema): por aquellos años, allí el “manual de estilo obligatorio” era el libro de Alone (DÍAZ ARRIETA (1975)).

<sup>38</sup> Juan Abelardo Hernández Franco: “lo contrario a algo, no es su opuesto. Lo contrario al valor P es –P (no P). Lo contrario a un cumpleaños– diría Lewis Carroll –no es un velatorio, sino un *no cumpleaños*–. Lo contrario al amor, no es el odio, sino el *desamor*. Siguiendo al filósofo García Bacca, lo contrario al *ente* es lo *aus-ente*, y no la nada”: en GARCÍA BACCA (2016). pp. 207-208.

<sup>39</sup> O Voltaire dirigiéndose al emperador de Prusia: “Perdone Su Majestad, lo extenso de esta carta, pero no tuve tiempo de hacerla más breve”.

<sup>40</sup> LEITH (2012), pp. 99-125.

### 5. Refutación (confutatio o reprehensio)

Más logos. Como el nombre sugiere, es la parte de un discurso en que el autor hace añicos los argumentos de sus oponentes.

### 6. Peroración (epílogos o conclusión)

Resume todo lo anterior y reitera los argumentos vertidos, apelando al *pathos* con mayor intensidad.

## CAUSA FINAL

Todo lo anterior confluye en un saber cualificado, de cuyo conocimiento y comprensión primarios, se sigue una voluntad derivada. Es decir, el razonamiento jurídico apunta a la consecución de un saber útil y oportuno para la toma de decisiones, discerniendo cuál o cuáles son las resoluciones apropiadas tendientes a hacer justicia en un concreto caso.

La noción formulada por el jurisconsulto Celso, *ius est ars boni et aequi*<sup>41</sup> se cita a menudo para contraponer el Derecho al conocimiento abstracto o científico del mismo (en la teoría), haciendo hincapié en que acá estamos frente a una especie de razonamiento práctico, donde se busca dar a cada uno lo suyo (en la praxis). Y, como esta decisión no puede ser arbitraria, es que debe tomarse con “pleno conocimiento de causa” (o al menos con la mejor ilustración disponible), asentado en un saber condensado y altamente estructurado. Álvaro D’Ors enseñaba que el Derecho es ciencia y arte de lo justo e injusto: la ciencia se refiere al qué y la técnica al cómo, es decir, al modo de aplicar y comunicar la ciencia, siendo en este *ars* (en griego *téchne*) donde nos encontramos ubicados ahora<sup>42</sup>.

Un arte que se ejercita realizando en concreto las siguientes funciones<sup>43</sup>: *legislare* (crear la norma), *ministrare* (administrar cumpliendo la norma), *iudicare* (dirimir conflictos en calidad de juez), *postulare* (defender a una parte como abogado), *respondere* (dictaminar o absolver consultas jurídicas) y *cavere* (prevenir conflictos como asesor jurídico). En tanto, otros distinguen tres campos de lo jurídico en los cuales se efectúan razonamientos y argumentaciones:

- 1) en la etapa prelegislativa o de producción de las normas jurídicas,
- 2) en la etapa de aplicación, por jueces, funcionarios o simples particulares (donde se centran especialmente las teorías sobre el razonamiento y argumentación jurídicos) y

---

<sup>41</sup> *Digesto*, libro I, título I, ley 1ª.

<sup>42</sup> D’ORS (1963), p. 20.

<sup>43</sup> BUENAGA CEBALLOS (2016b), pp. 63-64.

- 3) en el ámbito de la dogmática jurídica, destinada a suministrar criterios para la producción y aplicación del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

## LECTURAS SUGERIDAS

Dado que otros sistemas educativos han asumido que el aprender a pensar siguiendo patrones tipificados y de uso universal forma parte esencial de la formación universitaria, el lector encontrará que la gran mayoría de la bibliografía al respecto es anglosajona. Para una primera aproximación al tema, en nuestro medio se pueden sugerir las siguientes obras:

- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta Editorial).
- BUENAGA CEBALLOS, Oscar (2016a): *Introducción a la argumentación jurídica, Técnica de la Argumentación Jurídica* (Madrid, Editorial Tecnos) en especial pp. 53-66 (capítulo IV).
- HERRERO, Julio César (2016): *Elementos del pensamiento crítico* (Madrid, Marcial Pons).
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2016): *Filosofía: conceptos fundamentales* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), véanse pp. 67-77: “Amar la verdad: confiar en que es posible”.
- HEINECKE SCOTT, Luis (2009): *Método de Intelección Estratégica* (Santiago, Editorial Monasterio), confróntense las pp. 11-23: “Entendimiento Humano. Objeto del Proceso de Intelección”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO ZALAUQUET, Ricardo (2014): “La obsesión por los datos”, en *La Tercera*, Tendencias (Santiago, 21 de junio de 2014), pp. 4-5.
- ADAIR, John (2008): “Toma de decisiones y resolución de problemas”, en *Col. Nuevos Emprendedores de The Sunday Times* (Barcelona, Editorial Gedisa) N° 35.
- ALBRECHT, Karl (2008): *Inteligencia Práctica* (Barcelona, Javier Vergara Editorial).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2010): “El motivo de hecho de las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación”, en *Contraloría General de la República 85 años de Vida Institucional (1927-2012)*, CGR: pp. 233-249.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2010): “La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica”, en *Revista de Actualidad Jurídica*, N°21, Universidad del Desarrollo: pp. 317-323.

---

<sup>44</sup> ETALA (2016), p. 69.

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2016): " Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 9, Universidad del Desarrollo: pp. 13-37.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Editorial Trotta).
- ATIENZA, Manuel (2016): *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica* (Cuarta edición, Lima, Palestra Editores).
- ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): *Un debate sobre la ponderación* (Lima, Palestra Temis).
- BEST, Joel (2009): *Uso y abuso de las estadísticas. La distorsión en la percepción pública de los problemas sociales y políticos* (Santiago, Editorial Cuatro Vientos).
- BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G. y WILLIAMS, Joseph M. (2004): *Cómo convertirse en un hábil investigador* (Barcelona, Herramientas Universitarias Gedisa).
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar (2016a): *Introducción a la argumentación jurídica* (Madrid, Editorial Tecnos).
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar (2016b): *Metodología del razonamiento jurídico-práctico* (Madrid, Editorial Dykinson).
- CARRIÓ, Genaro R. (1999): *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- COLLISON, Chris y PARCELL, Geoff (2003): *La gestión del conocimiento* (Barcelona, Paidós).
- D'ORS, Álvaro (1963): *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid, Rialp).
- DE BONO, Edgard (2008): *El pensamiento lateral. Manual de creatividad* (Segunda edición, Buenos Aires, Paidós).
- DESCARTES, René (2012): *Discurso del método* (1637) Antonio Gual Mir (trad.) (Madrid, Editorial Edaf).
- DÍAZ ARRIETA, Hernán (1975): *Aprender a escribir* (Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral).
- EL CISNE NEGRO (2013): *El impacto de lo altamente improbable* (Buenos Aires, Paidós).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2012): "Normas "circunstanciales", en *Revista de Actualidad Jurídica*, N°25, Universidad del Desarrollo: pp. 217-235.
- ETALA, Carlos Alberto (2016): *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación* (Madrid, Marcial Pons).
- GALLEGO, Fabio (2001): "Como es la guía QQPPCCD (Qué-Quién-Qué-Paraqué-Cuándo-Cuánto-Cómo-Dónde)", en *Aprender a generar ideas. Innovar mediante la creatividad* (Barcelona, Paidós).
- GARCÍA BACCA (2016): "Lo contrario al ente es lo aus-ente, y no la nada", en *Lógica jurídica en la argumentación* (México, Oxford University Press), pp. 207-2108.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Madrid, Civitas).

- GASCÓN ABELLÁN, María y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2016): *La argumentación en el Derecho* (Tercera edición, Perú, Palestra Editores).
- HABA, Pedro y ATIENZA, Manuel (2014): *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* (Lima, Palestra Temis).
- HEINECKE SCOTT, Luís (2009): *Método de Intelección Estratégica* (segunda edición, Santiago, INIE Editores).
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo (2014): *La mente jurídica* (México, Editorial Liber Iuris Novum).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1975): *El abogado y el razonamiento jurídico* (Madrid, Ed. Autor)-
- KONNIKOVA, María (2013): *¿Cómo pensar como Sherlock Holmes?* (Barcelona, Paidós).
- LEITH, Sam (2012): *La Retórica de Aristóteles a Obama* (Madrid, Editorial Taurus).
- MAJONE, Giandomenico (2000): *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas públicas* (México, Fondo de Cultura Económica).
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación* (Madrid, Marcial Pons).
- MORIN, Edgar (2011): *Introducción al pensamiento complejo* (Barcelona, Gedisa).
- NIETO-AGUSTÍN GORDILLO, Alejandro (2003): *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid, Editorial Trotta).
- RETAMAL ÁVILA, Julio (2016): *Real Audiencia de Chile 1609-1613* (Santiago, CIP-Editorial Historia Chilena).
- ROSZAK, Theodore (2005): *El culto a la información. Tratado sobre alta tecnología, inteligencia artificial y el verdadero arte de pensar* (segunda edición, Barcelona, Editorial Gedisa).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (2003): "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 12/13: pp. 351-382.
- SUÁREZ MIRANDA (1658): *Viajes de varones prudentes* (Lérida), libro cuarto, cap. XLV.
- VALENZUELA CORI, Rodrigo (2009): *Retórica. Un ensayo sobre tres dimensiones de la argumentación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (2009): "El razonamiento judicial", en *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, año XV: pp. 15-28
- VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (2013): *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (segunda edición - reimpresión, Madrid, Editorial Trotta).
- WESTON, Anthony (2012): *Las claves de la argumentación* (segunda impresión, España, Editorial Ariel-Planeta).

