

# Consideraciones teórico-prácticas de la argumentación aplicada al derecho

*Theoretical-practical considerations of argumentation applied to law*

Eduardo de Jesús Menco González<sup>1</sup>   
Corporación Universitaria del Caribe, CECAR



**Para citaciones:** Menco González, E. (2024). Consideraciones teórico-prácticas de la argumentación aplicada al derecho. *Revista Jurídica*, 21 (2), 95-110.

**Editor:** Tatiana Díaz Ricardo. Universidad de Cartagena-Colombia.

**Copyright:** © 2024. Menco González, E. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivados 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



## RESUMEN

Considerar la argumentación aplicada al campo jurídico es indispensable no solo como un asunto teórico y de conocimiento en sí, sino porque es la manera de garantizar que el ejercicio jurídico se lleve a cabo con un nivel de rigurosidad acorde a los desafíos que la sociedad contemporánea le exige al derecho: un buen abogado necesariamente es un buen interprete. La argumentación jurídica no solamente ha tomado una enorme relevancia para quienes ejercen la función jurisdiccional, sino que está en el interés de todos los juristas, los abogados y los estudiantes de derecho incluso. La argumentación es lo que da soporte y fundamento a la tarea de los jueces en cuanto a su legitimidad. Este artículo de carácter reflexivo tiene como propósito fundamental promover un análisis sobre una serie de consideraciones teóricas y prácticas en torno de la argumentación jurídica y cómo, de algún modo, su reconocimiento, consideración y asimilación contribuyen a una praxis continua del derecho mucho más coherente a sus principios constitutivos. La génesis del ejercicio se circunscribe en el ámbito de enseñanza de la Hermenéutica y Argumentación Jurídicas a estudiantes del programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, por lo cual su naturaleza es propositiva.

**Palabras clave:** Argumentación jurídica; Derecho; Falacias; Interdisciplinariedad de Derecho; Interpretación; Principios jurídicos.

## ABSTRACT

Considering the argumentation applied to the legal field is essential not only as a theoretical and knowledge issue in itself, but because it is the way to guarantee that the legal practice is carried out with a level of rigor in accordance with the challenges that contemporary society faces. demands of the law: a good lawyer is necessarily a good interpreter. Legal argumentation has not only taken on enormous relevance for those who exercise the jurisdictional function, but it is in the interest of all jurists, all lawyers and even all law students. The argumentation is what gives support and foundation to the judges' task in terms of its legitimacy. Legal argumentation has become complex in the Constitutional State of Law model. This reflective article has as its fundamental purpose to promote an analysis of a series of theoretical considerations in the process of teaching legal argumentation and how, in some way, its recognition, consideration and assimilation contribute to a much more coherent practice of law. its constitutive principles. The genesis of the exercise is limited to the field of teaching Legal Hermeneutics and Argumentation to students of the Law

<sup>1</sup> Magíster en Educación, UPB de Medellín. Especialista en Literatura: creación de textos e hipertextos, UPB de Medellín. Teólogo, PUJ de Bogotá. Licenciado en Filosofía, UPB de Medellín. Docente catedrático del programa de derecho en las áreas de Filosofía del Derecho, Lógica Jurídica, Argumentación y Hermenéutica Jurídicas, Historia de las Ideas Políticas, e Investigación. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. [eduardo.mencog@cecar.edu.co](mailto:eduardo.mencog@cecar.edu.co)

program of the Caribbean University Corporation CECAR, which is why its nature is propositional.

**Keywords:** Legal argumentation; Right; Fallacies; Interdisciplinarity of Law; Interpretation; Legal principles.

---

## Introducción

La argumentación jurídica es considerado un tema muy importante; de hecho, algunos atribuyen el éxito del quehacer jurídico en calidad de profesionales del derecho a la capacidad argumentativa que un abogado o una abogada posee, como aquel elemento diferenciador en un mundo contemporáneo donde prolifera cualquier tipo de oferta y demanda de carácter jurídico (Moreno Cruz, 2012). Un ámbito que puede ser una clara señal de diferencia entre el éxito o el fracaso de quienes se dedican a las cuestiones jurídicas es, precisamente, la argumentación.

La primera parte de este texto considera algunos aspectos relevantes a la hora de reconocer el sentido y propósito de la argumentación en el campo jurídico. La pregunta sobre para qué sirve la argumentación en el derecho se puede enfocar en al menos 6 niveles de análisis: primero, lo referido a la determinación de las normas aplicables al caso concreto; segundo, el análisis sobre si esas normas son o no son válidas en términos de regularidad normativa; tercero, determinar el significado de esas normas a través de la interpretación; cuarto, lo relativo al razonamiento probatorio; quinto, lo que tiene que ver con la subsunción de los hechos concretos y relevantes del caso que se analice respecto a las normas jurídicas aplicables ya determinadas en cuanto a su aplicabilidad, validez y significado hermenéutico; y finalmente, las respectivas consecuencias que se pudieran derivar de los niveles antes mencionados.

Lo anterior adquiere mucha más relevancia cuando reconocemos una serie de elementos que constituyen la segunda parte del presente ejercicio y que se consideran clave a la hora de pensar el tema de la argumentación jurídica y su enseñanza:

- a. La existencia de algunos autores muy significativos en el campo de reflexión que acá nos convoca. Por ejemplo, Manuel Atienza quien ha señalado la necesidad de distinguir la variedad de casos en el campo del derecho a la luz de la argumentación jurídica, o Robert Alexys quien ha trabajado ampliamente las técnicas de la ponderación y la proporcionalidad, ambas acogidas con gran fortuna en los debates argumentativos contemporáneos.
- b. Argumentar supone siempre un proceso de toma de decisiones (Ferretti, 2009); por eso en la presente reflexión se reconocerá la importancia de decidir en tanto posibilidades a la luz de una sana argumentación jurídica, pues partir de predeterminaciones no es sano

para el campo del derecho no obstante el carácter vinculante que posee la jurisprudencia en general.

- c. La relación entre argumentación jurídica y falacias ocupará el cuarto puesto de nuestro ejercicio reflexivo toda vez que ha sido un tema de gran preocupación en los diferentes estados del pensamiento científico occidental jurídico. Se reconocerá la necesidad de identificar falacias en un proceso argumentativo y de alguna forma evitar su uso sabiendo cuáles son, su significado y su alcance.
- d. La complejidad de los procesos interpretativos en virtud de los mismos ordenamientos jurídicos (complejos en sí) y de una serie de retos que tienden a poner en evidencia los desafíos que tiene la argumentación en el mundo contemporáneo.
- e. Por último, en este planteamiento general sobre la argumentación jurídica, mencionar brevemente lo relacionado con el razonamiento probatorio, es decir la acreditación fáctica, junto con la oralidad procesal.

### 1. El sentido de la argumentación

La argumentación es aplicable en distintos ámbitos y puede ser enfocada en diferentes horizontes de reflexión, permitiendo así hacer una tipología de prácticas argumentativas en relación a los siguientes asuntos:

- a. Un aspecto importante de la argumentación tiene que ver con ***dilucidar y determinar cuáles son las normas aplicables a un caso concreto***. Esto no es algo nuevo; de hecho, se escucha desde el inicio del proceso de formación de quienes se dedicarán al campo del derecho. Un abogado desde el principio de sus estudios escucha por parte de sus docentes que para resolver un caso concreto se debe saber cuál es la norma aplicable. Aunque esto parece algo muy sencillo y hasta simple (lo que hay que hacer es revisar los ordenamientos jurídicos, revisar las distintas fuentes del derecho y ver en función de las circunstancias específicas del caso concreto cuál es el régimen jurídico aplicable), la realidad es que aquello se constituye en un verdadero desafío: un reto de grandes proporciones si se quiere para quienes ejercen la carrera del derecho por la multiplicidad de las fuentes del derecho y por lo prolijo de nuestros ordenamientos jurídicos. Haciendo un ejercicio de sinceridad nadie puede decir que tiene conocimiento de todas normas que están vigentes en un determinado país o en una determinada comunidad (Rodríguez, 2018); de modo que en este primer aspecto de la determinación de las normas aplicables existe un reto mayúsculo en términos argumentativos. Evidentemente si no sabemos cuáles son las normas aplicables, desde luego no se podrá confeccionar o enderezar una argumentación efectiva.
- b. Un segundo escenario de análisis de las cuestiones tiene que ver también con que una vez se haya determinado cuáles son las normas a aplicar a un caso concreto, se podrá cuestionar sobre si éstas normas

son o no válidas. Sobre la validez de las normas evidentemente habría mucho qué decir en el paradigma que se ha venido a denominar el estado constitucional de derecho de acuerdo a las visiones más modernas (Bechara, 2011), pero también con la típica reflexión kelseniana del positivismo de la primera mitad del siglo XX donde se puso de manifiesto cómo los ordenamientos jurídicos, organizados a través del principio de jerarquía, es decir ordenamientos jurídicos cuyas normas integrantes se van desplegando en una serie de ámbitos jerárquicos y van construyendo precisamente el concepto de ordenamiento jurídico (Carrillo y Caballero, 2021). Por un lado, tenemos entonces una Constitución y luego, a partir de ahí, cadenas de validez normativa, donde hay que, en términos argumentativos, saber si esas cadenas se han respetado o no; y si las normas que se identificaron en el primer punto, como las aplicables al caso concreto son normas también válidas. Recientemente, por lo menos en el contexto de América Latina, a la tradicional visión de la jerarquía normativa (planteada ya desde la Escuela de Viena<sup>2</sup> encabezada por Kelsen desde las tres primeras décadas del siglo pasado y que se ha mantenido como una explicación tradicional de los ordenamientos jurídicos hasta nuestros días) se ha sumado otro canon de validez, otra forma de entender la validez normativa a partir de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamada Control de Convencionalidad<sup>3</sup>. Entonces, por un lado, para hacer frente a este segundo reto argumentativo se tiene el esquema tradicional, el típico, el esquema que la gran mayoría de los juristas maneja: el Control de Constitucionalidad; pero adicionalmente a ello se agrega el Control de Convencionalidad, por otro lado: Constitucionalidad y Convencionalidad. Incluso hay quienes han sostenido, como es el caso de algunos autores contemporáneos, como Hitters (2009) por ejemplo, que estos dos conceptos se pueden unir para saber si una norma jurídica infraconstitucional es válida o no en términos de la norma suprema, y el otro Control que pone al ordenamiento jurídico de nuestros países frente al orden jurídico convencional (p. 111), es decir, frente a la Convención Interamericana de Derechos humanos y todo el resto del corpus iuris interamericano. ¿Cuál es ese nuevo concepto, cómo se denomina ese intento de amalgama? Esta nueva denominación recibe

<sup>2</sup> Importante remitirse a modo de sugerencia al texto "Hans Kelsen y su Escuela Vienesa de Teoría Jurídica". Se trata de un texto de Rudolf A. Metall pronunciado en Viena el 11 de octubre de 1973 en el Instituto Hans Kelsen.

<sup>3</sup> En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto "control de convencionalidad" para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. La figura es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos humanos y su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la CADH a los Estados para cumplir con las obligaciones que surgen a su respecto en materia de derechos humanos. La Corte Interamericana ha logrado percibir claramente que muchos de los casos que se someten a su conocimiento, llegan a la sede internacional, precisamente, porque ha fallado la justicia interna. Por tanto, estamos ante un concepto que es la concreción de la garantía hermenéutica de los derechos humanos consagrados internacionalmente, en el ámbito normativo interno. El control de convencionalidad, tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte (Cuadernillo N°7 de la CIDH, Chile 2019).

el nombre de Control de Regularidad Normativa. A esta altura viene bien precisar que el Control de Convencionalidad surge en el año 2003. Surge con algunos votos particulares del juez Sergio García Ramírez, integrante por ese tiempo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CI). En el 2006, en un famoso caso llamado *Almonacid Arellano contra Chile*, la CI adopta ya en criterio de la mayoría de sus integrantes, es decir como una doctrina del Tribunal Interamericano el Control de Convencionalidad; y desde ese momento (2006) se han dictado más de 30 sentencias que recogen, profundizan y matizan el Control de Convencionalidad, el cual no es algo optativo cuando de construir argumentación argumentativa se trata: no es que se quiera aplicar Control de Convencionalidad o no, el marco de la convencionalidad está vigente, es obligatorio y del todo vinculante para todos aquellos países que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconocido la jurisdicción de la CI. Se reconoce que hay muchos problemas y muchos obstáculos en la aplicación del Control de Convencionalidad, quizás ningún país de América Latina lo ha logrado a cabalidad, tal vez algunos países incorporan el asunto como tema de discusión sin que tenga la trascendencia esperada, como hay otros en los que hay desconocimiento significativo. Lo cierto, que es de total interés para este escenario, es que no podemos argumentar sin tomar en cuenta este Control de Convencionalidad, que junto al control de Constitucionalidad configuran el Control de Regularidad Normativa.

- c. Una tercera cuestión, con su respectivo desafío, tiene que ver con el significado de las normas aplicables, y aquí precisamente cabe lo que algunos autores contemporáneos<sup>4</sup> han denominado “las disputas interpretativas”. ¿Por qué? Porque en este tercer aspecto hemos de percibir, contrario a lo que otrora se enseñaba, que las normas jurídicas no tienen un significado autoevidente, un significado que ya esté puesto de manifiesto o de relieve, o que sea fácil de identificar a partir de la lectura del texto de la norma; por el contrario, se requiere un trabajo fino del interprete, ya sea porque se usen métodos tradicionales (gramatical, teleológico o histórico) o porque se aluda a principios de interpretación vinculados también con diversos aspectos argumentativos como “el principio pro-persona” en sus diversas modalidades, conceptos como “juzgar con perspectiva de género”, “juzgar con perspectiva de discapacidad”, tomar en cuenta parámetros argumentativos como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el principio pro-persona pero aplicado a una dimensión de litigio medioambiental a través del denominado “principio pro-natura” o también “el principio precautorio” de gran aplicación en términos de la argumentación medioambiental, etc. Acá se pretende darle fuerza a reconocer que es muy importante llevar a cabo una

---

<sup>4</sup> Como es el caso de, Carla Huerta Ochoa que en 2017 escribe un texto llamado “Interpretación y argumentación en el derecho”; en el cual plantea la necesidad de considerar el asunto de manera constante.

interpretación de aquellas normas que ya se han identificado como aplicables y válidas al caso concreto (aspecto 1 y 2). Como ya se ha mencionado, la tarea no es fácil especialmente si se tiene en cuenta el poco reconocimiento junto con la poca trascendencia que la argumentación y la interpretación poseen en algunas facultades de derecho, con el consecuente desinterés de docentes expresado en débiles apreciaciones en relación a estos temas de natural preponderancia. No obstante, se ha de reconocer que en algunos casos la interpretación puede parecer más sencilla que en otros, especialmente en aquellos donde la norma es muy clara y no requiere de grandes esfuerzos hermenéuticos; por ejemplo, cuando dice que el plazo para presentar la demanda es de X número de días hábiles o de X números de días calendario, pues no hay una gran complejidad interpretativa, pero en muchos otros casos (no pocos) desde luego que sí se requieren esfuerzos ingentes para hallar el sentido. En todo caso, es necesario tener presente lo que algunos autores, como el profesor Riccardo Guastini<sup>5</sup> (2007), sostienen al afirmar que la interpretación normativa sería una premisa lógica para poder argumentar; en otras palabras, no se puede argumentar bien si no se ha interpretado bien. La interpretación; así, sería incluso un requisito para la aplicación de la norma; de hecho, ninguna norma jurídica puede ser aplicada si no ha sido previamente interpretada.

- d. Como cuarto aspecto se ha de mencionar que la argumentación ha de atender con aguda atención a la acreditación fáctica de los elementos relevantes y pertinentes en el caso concreto; en otras palabras, la argumentación jurídica tiene que ver mucho con las pruebas (Ibáñez y González, 2023), la acreditación de los hechos en función de los casos. En este asunto los problemas son plurales, los temas son diversos porque, como en el caso anterior, se tiende a formar a los abogados con una visión un poco simplista, si se quiere desproblematizada de tal forma que cuando se llega a la práctica se percibe que es enormemente difícil la construcción de procesos argumentativos y probatorios de calidad. Lo anterior se agrupa bajo una etiqueta contemporánea, o concepto si se quiere, muy afortunada que intenta ese conjunto de fenómenos alrededor de la prueba judicial que se llama Razonamiento Probatorio (Zabaleta, 2018). Habría que estar muy atentos entonces para ser capaces de desarrollar una buena argumentación precisamente todo lo relativo a dicho razonamiento.
- e. Otro elemento, siguiendo con nuestro análisis, de la argumentación jurídica es muy importante llevar a cabo lo que se denomina, incluso

---

<sup>5</sup> Profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova y director del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho en el Departamento de Jurisprudencia de la misma universidad. Así mismo ha sido profesor de Filosofía del derecho, Teoría del estado, Teoría general del derecho, y Derecho constitucional, en las universidades de Sassari y Trieste. En la actualidad enseña "Filosofía del derecho" y "Técnicas de la interpretación y de la argumentación" en la Facultad de Derecho del Ateneo genovés. Su ámbito de investigación se despliega, entre otros temas, en el análisis del lenguaje normativo, los conceptos jurídicos fundamentales, la estructura de los sistemas jurídicos y las técnicas de argumentación e interpretación jurídica.

desde un punto de vista de la lógica porque tiene que ver con la construcción silogística de visión aristotélica de corte deductivo, la Subsunción<sup>6</sup>. ¿En qué sentido? Tengamos presente que el concepto es una matriz de pensamiento aristotélico en cuanto al silogismo deductivo que está integrado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión lógico necesaria, precisamente la subsunción se refiere a dicha conclusión. Es decir, identificadas las normas jurídicas que son aplicables al caso concreto, reconociendo su validez, interpretación posible y significado de cada una de esas normas, y teniendo su acreditación fáctica donde quedan claros cuáles son los hechos y que puedan ser acreditados precisamente ante el órgano competente, la subsunción funciona subsumiendo precisamente (embonando si se quiere) los hechos que se pueden acreditar y dar por probados en el caso concreto respecto a las normas igualmente aplicables a ese caso.

Evidentemente aquí hay un reto para la argumentación jurídica porque, de nuevo, en una explicación sencilla que desconoce las complejidades de la práctica parecería que construir un silogismo deductivo es tarea muy simple, pues parece que cuando se tiene determinado el marco jurídico aplicable y se tienen acreditado el contexto fáctico no se tiene problema alguno en llegar a la conclusión. Lo cierto es que esto no funciona así. En la práctica es mucho más complicado, y el razonamiento subsuntivo tendría que ser objeto de un análisis muy detallado por parte de los abogados en el momento de la presentación argumentativa.

- f. Un último elemento a tener en cuenta en relación a la argumentación jurídica lo constituye precisamente las consecuencias que pudieran derivarse de los cinco aspectos anteriores, y en esto hay un conjunto de temas o problemas que incluyen desde las teorías jurídicas más importantes que surgieron a finales del siglo pasado como la teoría de la justicia de Rawls (1971) o la teoría de Ronald Dworkin (1988) hasta, por ejemplo, el análisis económico del derecho (Richard Posner, 1973), la psicología del comportamiento en el ámbito económico (Daniel Kahneman, 2011), como también algunos desarrollos novedosos como los debates de protección medioambiental, toda la teoría jurídica feminista de Carole Pateman (1995) y Andrea Dworkin (1976), quienes han permitido adquirir unas comprensiones novedosas acerca de las consecuencias de una determinada argumentación jurídica o un conjunto de planteamientos argumentativos desde el punto de vista jurídico; por ejemplo, en términos de género: en el acceso de las mujeres a la posibilidades laborales, la permanencia de ellas en los puestos de trabajo, temas de acoso laboral y/o sexual, discriminaciones por razón de género, hasta llegar a los temas clásicos del feminismo

---

<sup>6</sup> El diccionario panhispánico del español jurídico define el término como la operación lógica que consiste en determinar que un hecho jurídico reproduce la hipótesis contenida en una norma general.

como la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros. Entonces, cuando nosotros nos preguntamos por la argumentación jurídica y cuando se quiere ser unos buenos abogados desde el punto de vista argumentativo, hay que recurrir a este sexto planteamiento; es decir, qué sucedes con las consecuencias de una argumentación, con las consecuencias de usar una vía argumentativa determinada.

En resumen, para poder argumentar adecuadamente en el ámbito jurídico hay que seguir los siguientes ámbitos: en primer lugar, determinar las normas aplicables al caso concreto; en segundo lugar, hacer un análisis sobre si esas normas son o no son válidas en términos de regularidad normativa; en tercer lugar, determinar el significado de esas normas a través de la interpretación; en cuarto lugar, todo lo relacionado con el razonamiento probatorio; en quinto lugar, todo lo que tiene que ver con la subsunción; y por último, las consecuencias de todo este proceso en términos teóricos y prácticos.

## 2. Consideraciones relevantes sobre la argumentación jurídica

Cuando se aborda un tema como el de la argumentación jurídica, es menester mencionar algunos autores muy conocidos y de amplia trayectoria en el área como, por ejemplo, Manuel Atienza quien es considerado un gran promotor en América Latina de los temas de la argumentación jurídica (Chávez-Fernández, 2019). Él ha señalado, precisamente, que vale la pena distinguir desde el punto de vista argumentativo tres tipos de casos: los casos fáciles, los difíciles y aquellos denominados trágicos (Atienza, 1997). ¿Cómo es posible llevar a cabo esta distinción?

La diferencia entre un caso fácil y un caso difícil fue establecida en diversos textos como el del Concepto de Derecho<sup>7</sup> de Herbert Hart de los años 60 o el de Ronald Dworkin llamado Los Derechos en Serio<sup>8</sup> publicado hacia los años 70. Ambos textos están relacionados con los seis aspectos que se mencionaron en la primera parte de nuestro ejercicio. Es decir, un caso será fácil cuando no se tenga ningún problema en identificar la norma jurídica aplicable, cuando esta norma sea válida y no se tenga ningún problema por falta de regularidad normativa, y cuando se le puede asignar, a partir de los usos lingüísticos del autor de la norma, un significado preciso y por tanto no existan disputas interpretativas.

Por el contrario, estaríamos frente a un caso difícil cuando cualquiera de estos elementos se va haciendo más complejo, como, por ejemplo, una falta de determinación de la norma aplicable o una concurrencia de algunas normas aplicables que no pasan un test de validez normativa en términos de constitucionalidad o en términos de control de convencionalidad, o cuando hay

<sup>7</sup> Nombre original del texto "The concept of Law"; la editorial Abeledo-Perrot de Argentina realiza una edición en el año 1961 con la traducción de Genaro Carrió.

<sup>8</sup> Su traducción en inglés es "Taking Rights Seriously"; texto de filosofía del derecho, aparece por primera vez en 1977. Expone sus tesis contra las filosofías dominantes del positivismo jurídico, como fue descrito por H. L. A. Hart, y el utilitarismo, al sostener que los derechos del individuo en contra el Estado existen fuera de la ley positiva y preceden al interés de la mayoría.

dudas sobre la acreditación fáctica porque las pruebas no son contundentes (cuestiones que no generan una convicción probatoria sólida).

Un caso trágico, por su parte, es aquel en el cual por cualquier vía argumentativa que se pueda explorar se tendrá que sacrificar un bien jurídico relevante. Esto lo explica muy bien Atienza en algunos textos sobre argumentación cuando dice que los casos trágicos son aquellos que presentan un grado de complejidad más alto que los casos difíciles, pero cuya particularidad es que en estos casos trágicos se tiene que sacrificar algo (1997), y ese algo es importante, es sustantivo, algo que incluso puede ser considerado como un derecho humano, pero en aras de proteger otro derecho humano; aquí es donde aparecen precisamente las técnicas de la ponderación y de la proporcionalidad como asuntos de mucha relevancia y fortuna en los debates argumentativos contemporáneos para el derecho a raíz sobre todo de los planteamientos teóricos de autores como Robert Alexy, quien a través de textos como *Teoría de la Argumentación Jurídica* de 1978 y *Teoría de los Derechos Fundamentales* de 1985 ha ido explicando qué es la ponderación, qué es la proporcionalidad, cuáles son sus técnicas, hasta llegar, hace unos años, a un texto doctrinal importante llamado *La Fórmula del Peso* donde intenta plasmar en una fórmula algebraica (matemática) la manera en la que se puede llevar a cabo la ponderación (Carbonell, 2011).

Los casos trágicos suponen un desafío argumentativo mayor, porque suelen involucrar choques de principios constitucionales, donde evidentemente hay que reconocer que se pueden presentar problemas graves que con frecuencia resuelven nuestras Cortes o Tribunales Constitucionales alrededor del mundo, de ahí que la argumentación trae consigo tomar decisiones (Figuroa, 2016).

Argumentar supone siempre un proceso de toma de decisiones. A veces son insuficientes las explicaciones de la argumentación jurídica que intentan representarla como una especie de carretera con un solo carril o una especie de calle que va en una sola dirección y por tanto lo que tiene que hacer quien quiere argumentar es seguir una serie de pasos (fórmulas si se quiere) que permiten llegar al destino buscado, que es, en el imaginario, una buena argumentación. El tema es más complicado y complejo que esto.

Ciertamente hay ámbitos en que los abogados tienen que decidir, y son ámbitos no necesariamente predeterminados por el ordenamiento, son más bien ámbitos que no son de una sola vía, sino que hay un panorama, un menú más o menos amplio de opciones que quedan libradas al carácter del propio abogado, a su capacidad – experiencia y a sus conocimientos. En este sentido, lo que se quiere destacar es que toda argumentación supone y requiere un proceso de toma de decisión. Si esto es así (como se sugiere) habría que preguntarse si los abogados están preparados o bien preparados para tomar esas decisiones, porque no se trata de decidir solo de forma intuitiva; es decir, no es suficiente con sentir en la necesidad que tiene el abogado de tomar un caso por cuestiones financieras, o por el nivel de complejidad del caso, o porque de momento no le resulta interesante.

Hay muchas formas de tomar decisiones donde la experiencia y la intuición no son suficientes. ¿Cómo tomar esas decisiones? Pues, hay técnicas y herramientas que permiten una toma de decisiones que impacta de manera directa los procesos argumentativos en el campo del derecho (Aguirre, García y Pabón, 2009). ¿Qué implica tomar esas decisiones?

1. Se podrá tomar una buena decisión siempre y cuando se defina correctamente el problema sobre el cual se tiene que argumentar. Esto garantizará el destino de las formas y maneras desde las cuales se asumen los casos. Por citar un ejemplo, no será lo mismo abordar un caso desde la perspectiva pública que desde la privada.
2. Es importante la determinación de los objetivos que se pretenden; esto es necesario mencionarlo porque pareciera que muchas veces a los abogados y a los clientes se les olvida que si lo que se quiere es, por poner un caso, obtener una reparación económica, obtener una indemnización, que simplemente se pague un dinero olvidándose que se pueden emprender una serie de acciones que no necesariamente se limitan a una vertiente litigiosa; es decir, no siempre, en aras de conseguir los objetivos, se debe plantear una judicialización de los asuntos. Aquí es donde aparecen otras alternativas como la negociación, la mediación, el arbitraje, la conciliación, los arreglos directos, etc. Es necesario preguntarse por lo que se quiere lograr y trabajar en función de ese objetivo.
3. Un tercer paso es imaginar todas las alternativas posibles, muy de la mano con lo anterior. Los abogados a veces dan un único tipo de respuesta a los clientes: judicializar cualquier problema jurídicamente relevante; van hasta un tribunal y solicitan que sea una autoridad imparcial la que decida si les asiste o no el derecho. Sin embargo, se ha de reconocer que las posibilidades que ofrecen los ordenamientos jurídicos son más amplias, es decir hay que revisar el menú, incluso ponerlo a consideración del cliente para que con el acompañamiento idóneo éste pueda considerar la mejor alternativa para su caso. Que la decisión no sea solo del abogado, sino que el cliente haga parte de la misma destacando ventajas y desventajas. El deber del abogado es pensar en las alternativas, plantearlas al cliente dando un espacio para que él tome la decisión.
4. Un cuarto elemento a considerar para una buena toma de decisiones, tiene que ver con la consideración del costo. Analizar si los costos que representa la argumentación jurídica y el planteamiento desde el punto de vista argumentativo de temas jurídicos son asumibles por las partes. Importante tener presente que no son solo costos económicos, también los de tiempo, psicológicos, logísticos, emocionales, etc.
5. Finalmente, un quinto y último aspecto es la consideración de las decisiones relacionadas. ¿Qué quiere decir esto? Que cualquier

decisión tomada tendrá repercusión sobre los aspectos constitutivos del caso que se pretende asumir. Al mejor estilo de un efecto dominó se evidencia que la puesta en marcha de los procesos argumentativos aplicados al derecho, se han de asumir como un sistema. Una decisión que se tomó desde el punto de vista argumentativo, va tener impacto en un conjunto de decisiones posteriores.

En este tema de la argumentación jurídica, también se ha de considerar que existe todo un campo de reflexión muy amplio con antecedentes del pensamiento griego, de matriz también aristotélica, con aportaciones en la edad media y luego en el pensamiento ilustrado en autores como Bentham<sup>9</sup> y Stuart Mille<sup>10</sup>, el cual está referido al tema de las falacias argumentativas. Una falacia argumentativa es un pretendido argumento o un pseudo-argumento, es decir es una presentación argumentativa que se pretende válida pero que no lo es (Hamblin, 2016); tiene un defecto en su construcción, en sus premisas, en su conclusión o en el método que sigue el sujeto que argumenta que hace que no sea un buen argumento. Algunos autores, como Atienza, hablan de los ilícitos argumentativos; es decir, las falacias serían una mala argumentación, una argumentación ilícita por no respetar las reglas de la lógica, por no respetar las reglas aplicables a una determinada área, a un determinado tema.

Se habla de tipologías de falacia o diferentes tipos de falacia. Las más conocidas son:

- La falacia ad personam, llamada también ad hominem en donde se refuta una presentación argumentativa aludiendo al sujeto que presentó la argumentación y no al argumento presentado; es decir, se pretende descalificar un argumento haciendo referencia a las calidades del sujeto y no al argumento en sí.
- Apelación a la lastima, que es cuando se quiere refutar o concluir un argumento con base a la apelación a la emoción o a cuestiones sentimentales invocando la capacidad de las personas de sentir lastima por situaciones adversas por las que están pasando algunos seres humanos, o por nuestra capacidad de apiadarnos de los demás.
- La falacia ad populum muy usada en nuestra América Latina por políticos que dicen representar al pueblo. Ellos se convierten en especie de representantes de un conjunto uniforme llamado “el pueblo”, como si en nuestros países todos pensáramos lo mismo y como si ese político hubiera sido nombrado para representar y hablar en nombre del pueblo a partir de la interpretación que hacen de lo que el pueblo quiere, desea o espera.

---

<sup>9</sup> Prudente y necesario acercarse a Bentham, quien realizó una serie de aportes al derecho entre los que se destacan, por ejemplo: su teoría del derecho como mandato, su crítica a los derechos naturales, y su pensamiento sobre el positivismo jurídico.

<sup>10</sup> Discípulo de Bentham, desarrolló como filósofo, historiador y economista una serie de aportes a la ciencia moderna con gran influencia en el derecho. Su teoría sobre la libertad valdría la pena ser leída de forma considerable, así como su pensamiento acerca de la falacia naturalista.

El listado es largo, pero acá lo importante es identificar cuándo un argumento es falaz, cuándo se está frente a un pseudo-argumento con el fin de lograr, al menos, dos finalidades: en primer lugar, para identificar cuándo la contraparte, ya sea en un litigio o cualquier otro proceso, está utilizando falacias para imponerse y derrotar argumentativamente. Esto exige una atención y conocimiento necesario para no caer en este tipo de estrategias. En segundo lugar, el análisis y estudio de las falacias es importante para que no se usen, para no caer en su uso sabiendo cuáles son y qué significado y alcance tienen (Peñalva, 2020).

Por otro lado, en lo que respecta a las dificultades interpretativas como uno de aquellos elementos de los cuales tiene que dar cuenta la argumentación jurídica, es inequívoco considerar esto de la interpretación como un asunto muy complicado; esto en virtud, al menos, de que los propios ordenamientos jurídicos se han vuelto más complejo. De hecho, algunos autores contemporáneos como Luigi Ferrajoli hablan de ordenamientos jurídicos que están sumamente impregnados de lagunas normativas; es decir:

- normas jurídicas que tendrían que existir, pero no existen, y por lo tanto se está frente a una laguna;
- pluralidad de antinomias, es decir, de contradicciones normativas sea como producto de una descuidada técnica legislativa o por la propia pluralidad de las fuentes del derecho que genera en esta estructura jerárquica (referida al inicio) una serie de falta de ensamblaje correcto entre las normas jurídicas;
- y un tercer problema que hoy se denomina la derrotabilidad normativa que consiste, para decirlo de manera resumida, en que hay normas que contienen excepciones implícitas, es decir, no expresadas o puestas por la propia norma. Existen normas derrotables en aras a la salvaguarda y garantía de un bien jurídico relevante como lo puede ser la salud o la vida. Desde el ámbito de la interpretación jurídica se debe considerar este nuevo concepto. Habría que ver cómo normas redactadas en forma de principios constitucionales o de principio de matriz convencional generan estas excepciones implícitas, y por tanto generan a la vez desde el punto de vista argumentativo lo que se llama la derrotabilidad de las normas; las normas son derrotables, es decir contienen excepciones en función de otras normas de principio que son aplicables a los casos concretos (Bulygin, 2008).

Para terminar esta parte, es menester realizar una mención breve alrededor del razonamiento probatorio (acreditación fáctica) en todo este planteamiento general que se ha hecho en torno a la argumentación jurídica. En este campo se presentan diversas áreas de oportunidad, por ejemplo, en la prueba testimonial. ¿Cómo trabajar los abogados con prueba testimonial? Lo que está aportando mucho en países de Europa y recientemente en algunos de América Latina es, precisamente la sicología del testimonio, la cual toma como punto de partida mucha evidencia científica o mucho de lo que se ha analizado en diversos campos del conocimiento humano sobre el funcionamiento de la

memoria, es decir cómo funciona la memoria humana (Deanesi, 2019). Esto es muy importante porque si se entiende esta parte de la psicología del testimonio, se podrá efectivamente desarrollar con mejor probabilidad de éxito el desahogo de una prueba testimonial, ya sea porque pueda el testigo referir detalles a un grado tal que hagan que el testimonio sea inverosímil o porque precisamente en razón, por ejemplo, de la edad del sujeto también tenga una forma peculiar de recordar.

En relación a la prueba pericial ha habido muchos avances a partir de un caso emblemático de 1993, año en el que aparece una sentencia que supuso un antes y un después para toda la discusión a nivel mundial de la prueba pericial: el caso Daubert. Se trata de una sentencia de la suprema corte de los Estados Unidos en donde analiza los requisitos para que el conocimiento científico pueda entrar en el proceso judicial (Nieva-Fenoll, 2018). En otras palabras ¿qué tipo de ciencia o conocimiento científico puede entrar en el procedimiento judicial y qué papel juegan los jueces en relación al conocimiento científico dentro del proceso? La Corte Suprema de Estados Unidos en esa ocasión lo que dijo es que los jueces en relación al conocimiento científico son una suerte de "gatekeepers", una especie de porteros o guardianes de la puerta del proceso; esto se hace concreto, por ejemplo, en supervisar por parte de la autoridad judicial el cumplimiento de requisitos de orden metodológico para introducir conocimiento científico en el proceso. Habría que ver si los peritajes o dictámenes periciales son realizados conforme a la metodología aplicable, o si son realizados con el conocimiento validado por la comunidad científica de que se trate, o si le dedicaron el suficiente tiempo para el desarrollo de análisis de datos o cualquier otro aspecto dentro del mismo proceso.

Evidentemente existe acá un ámbito de oportunidades bastante amplio y de aprendizaje para el derecho en general. De hecho, algo que falta mucho para mejorar la argumentación jurídica es que los abogados estén en la capacidad de argumentar frente a la ciencia, de aportar disputas argumentativas en relación a los expertos; es decir, el hecho de que llegue alguien que es experto en un tema determinado (ADN, grafoscopía, antropología o medicina), no quiere decir que los abogados no puedan o no deban tener conocimiento sobre estos asuntos y expresar sus opiniones al respecto, sobre todo porque aquellos expertos también son susceptibles de cometer errores en sus resultados investigativos o apreciaciones científicas. El dominio, al menos de forma básica, de algunos asuntos científicos se ha de considerar una necesidad para los abogados en su quehacer profesional, obviamente en relación al área de especialidad en el que cada uno se desempeña.

Tener presente que el hecho de usar ciencia o ser capaces de cuestionar la ciencia presentada en el proceso judicial, eleva mucho la calidad de los argumentos; es decir, imaginemos un respaldo argumentativo sostenido en una prueba de ADN, por ejemplo, es muy difícil de refutar; la veracidad de estas pruebas es del 99.99%, es decir las posibilidades de refutar esto argumentativamente son prácticamente nulas. Entonces, si se logra soportar

los ejercicios argumentativos con evidencias fuertes pues se tendrá, desde luego, mucha ventaja en el campo laboral.

También en relación al razonamiento probatorio se ha tener en cuenta la existencia de un conjunto de temas bastante novedosos que son susceptibles de profundas discusiones; por ejemplo, el tema de la distribución de las cargas probatorias, las cuales son muy importantes y se aplican especialmente en áreas como derecho laboral, derecho antidiscriminatorio o derecho penal. Cómo se distribuyen las cargas probatorias a partir de principios como la presunción de inocencia, indubio pro reo, indubio pro laborator, etc. Otra discusión a considerar, que aún en América Latina aún tiene fuerza, es la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida; es decir, hay tanto abusos, hay tantas violaciones de derechos fundamentales por parte de las autoridades en Latinoamérica que sigue siendo indispensable tener mucha claridad sobre la exclusión de las pruebas obtenidas de manera ilícita, las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y derechos humanos, y desarrollar los razonamientos jurídicos pertinentes a efecto de excluir estas pruebas, de generar una exclusión probatoria y una nulidad completa de estos elementos de prueba, toda vez que fueron obtenidas a través de vías irregulares.

Finalmente, es menester mencionar que un reto argumentativo considerable del cual tienen que hacer frente los profesionales del derecho en muchos países de América Latina, es precisamente lo referido a la oralidad procesal; es decir, este cambio de paradigma en la estructura de los procesos judiciales para pasar de una estructuración fundamentalmente escrita a una fundamentación a través de las llamadas audiencias orales.

Argumentar en contextos de oralidad genera retos diferentes a la argumentación que tradicionalmente se ha hecho de manera escrita; desde la capacidad de oratoria y retórica (arte del convencimiento), hasta las técnicas para llevar a cabo un interrogatorio o contrainterrogatorio, para plantear un alegato de apertura, para construir argumentativamente una teoría del caso, etc. No hay duda entonces que acá, como en los otros casos mencionados durante el desarrollo de este ejercicio, se tiene una gran área de oportunidad y una gran responsabilidad de continuar aprendiendo y seguir pensando para hacer que la argumentación jurídica con todos los problemas referidos en el texto sea igualmente efectiva y útil, para que pueda plasmarse con éxito en el contexto de la oralidad procesal: contexto que llegó para quedarse.

### Referencias bibliográficas

- Aguirre, J., García, Pedro., y Pabón, A. (2009). ¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? una mirada en el estado constitucional. *Revista de Derecho*, (32), 1-29. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=en&tlng=es)
- Atienza, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, pp. 7-30.

Recuperado de <https://es.scribd.com/document/284183807/Los-limites-de-la-interpretacion-Constitucional-Manuel-Atienza>

Bechara, A. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia y Libertad*, 6(2), 63-76. Recuperado de <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1778>

Bulygin, E. (2008). Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en principia iuris. *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 227-232. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/algunas-reflexiones-sobre-lagunas-y-antinomias-en-principia-iuris/>

Carbonell, M. (2011). *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de la proporcionalidad*. Editorial Porrúa.

Carrillo, Y., y Caballero, J. (2021). Positivismo jurídico. *Prolegómenos*, 24(48), 13-22. Epub December 31, 2021. Recuperado de <https://doi.org/10.18359/prole.4168>

Chávez-Fernández, J. (2019). El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar: dos problemas y un ensayo de solución. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (13), 129-160. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2019.13.13718>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo N°7, Chile. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Deanesi, L. (2019). *La Psicología del Testimonio y sus aportes al Proceso Judicial*. *Revista Pensamiento Penal*, Tomo I, pp. 1-10. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/90784-psicologia-del-testimonio-y-sus-aportes-al-proceso-judicial>

Dworkin, A. (1976). *Our blood. Prophecies and discourses on sexual politics*. Harper & Row.

Dworkin, D. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.

Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Editorial Gedisa.

Ferretti, E. (2009). *Toma de decisiones usando argumentación rebatible*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional del Sur-Argentina]. <https://repositoriodigital.uns.edu.ar/handle/123456789/1996?show=full>

Figuroa, M. (2016). De la noción del caso trágico en la teoría de la argumentación jurídica estándar y su proyección para el desarrollo de una categoría de análisis en el ámbito de la aplicación de la norma. *Revista Temas Socio jurídicos*, vol. 35, pp. 133-150. Recuperado de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/download/2505/2141/7856>

Guastini, R. (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta.

- Hamblin, C. L. (2016). *Falacias*. Presentación de Luis Vega Reñón. Traducción de Hubert Marraud. Palestra editores.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, 7(2), 109-128. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>
- Huerta, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (11), 379-415. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-43872017000100379&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872017000100379&lng=es&tlng=es)
- Ibáñez, A. y González, D. (2023). *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*. Palestra.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Penguin UK.
- Moreno, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45(133), 165-192. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332012000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000100006&lng=es&tlng=es).
- Nieva-Fenoll, J. (2018). Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial. *Revista Civil Procedure Review*, v.9, n.1, pp. 11-26. Recuperado de <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/download/156/146>
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Antrhopos.
- Peñalva, G. (2020). El falaz problema de las falacias y el derecho. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 17/Nº 50, pp. 699-725. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/9747/10059/36216>
- Posner, R. (1973). *Economic Analysis of Law*. Little Brown.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española. (s.f.), Subsunción. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/subsunci%C3%B3n#:~:text=Gral.,contenida%20en%20una%20norma%20general>
- Rodríguez, M. (2018). La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. Una reflexión desde el caso español. *Dikaion*, 27(2), 175-204. Recuperado de <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>
- Zavaleta, R. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Revista Derecho y Sociedad*, (50), (197-219). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6754606>