Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 46, 2023, pp. 259-272
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.15

# Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica

# A Reflection on Legal Problems. Ideas from Legal Argumentation

Henrik López Sterup

**Autor:**
Henrik López Sterup
Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia
hlopez@uniandes.edu.co / profe.henriklopez@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-3947-0363

**Recibido:** 10/06/2022
**Aceptado:** 10/06/2022

**Citar como:**
López Sterup, Henrik (2023). Una reflexión sobre los problemas jurídicos. Ideas desde la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 259-272. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.15

**Licencia:**
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Henrik López Sterup

**Resumen**

La manera en que se entiende qué es un problema jurídico está relacionado con la concepción de derecho que se acoja y cómo enseña el derecho. Esta enseñanza, si parte de metodologías que privilegian el estudio de la normatividad o las decisiones judiciales (que enseñan qué es el derecho) promoverá como prototipo de problemas jurídicos aquellos que el juez decide resolver; aquél del contexto de justificación. Si se reconoce un espacio para la racionalidad crítica dentro de la argumentación estratégica, es posible construir un distinto prototipo de problemas jurídicos, ligado al contexto de descubrimiento. Esto permite identificar nuevas falacias pragmáticas. Esta aproximación demanda metodologías que enseñen a pensar como abogados.

**Palabras Clave:** Manuel Atienza, Problema jurídico; metodología de la enseñanza; racionalidad crítica; racionalidad estratégica; concepciones de derecho

**Abstract**

The way in which a legal problem is understood is related to the conception of law that is accepted and how the law is taught. This teaching, if part of methodologies that privilege the study of regulations or judicial decisions (which teach what the law is), will promote as a prototype of legal problems those that the judge decides to solve; that of the context of justification. If a space for critical rationality is recognized within strategic argumentation, it is possible to build a different prototype of legal problems, linked to the context of discovery. This allows identifying new pragmatic fallacies. This approach demands methodologies that teach how to think like lawyers.

**Keywords:** Manuel Atienza, Legal problem; teaching methodology; critical rationality; strategic rationality; conceptions of law

## UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS. IDEAS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Hacer un homenaje a Manuel Atienza no es fácil. Sus méritos intelectuales son ampliamente reconocidos y cualquier cosa que se diga será inferior a lo justo. También, en cuanto a su persona. Así, solo resta intentar, humildemente, reconocerlo como maestro. Este texto busca partir de esas enseñanzas y avanzar apoyado en sus pilares. Siempre agradeceré el haber tenido la fortuna de aprender y reflexionar a su lado. Este texto es un intento de responder a una pregunta que Manuel Atienza nos lanzó en el curso de Argumentación Jurídica, en Alicante.

La obra de Manuel Atienza es extensa y profunda. También, consistente. Uno de los ámbitos en que su postura y sus reflexiones merecen una dedicación particular es relativa a la enseñanza. Bien conocido es que Atienza defiende que la enseñanza del derecho debería superar (no necesariamente abandonar) la cátedra magistral y apoyarse en otras metodologías. Él ha señalado que considera apropiado el método se sigue en la escuela de derecho de Harvard (Atienza, 2022).

Este método, en adelante el método de Harvard, consiste en la integración de dos estrategias que se traducen en la aplicación del método socrático al análisis de decisiones judiciales. Según muchos, el método Harvard permite lograr un desarrollo profundo de ciertas habilidades en los estudiantes de derecho, en particular el análisis y la argumentación crítica (Hawkins-Leon, 1998; Kerr, 1999; Moskovitz, 1992). Los críticos del método cuestionan su aptitud para fomentar un pensamiento dirigido a la solución de problemas (Hawkins-Leon, 1998; Kerr, 1999).

Esta observación resulta sorpresiva pues, tanto los estudiantes que se forman bajo la cátedra magistral como quienes lo hacen bajo el método de Harvard realizan su actividad profesional, precisamente, planteando y solucionando problemas. Y, si ello es así, la respuesta podría ser que estos métodos promueven el análisis de problemas jurídicos dependientes de la estructura del razonamiento justificatorio judicial.

En relación a la respuesta, aquí se planteará que existe un vínculo entre concepciones del derecho, determinadas metodologías de enseñanza, que enseñan qué es derecho, y la forma de los problemas jurídicos que se promueven entre estudiantes de derecho. Se propone que la concepción del derecho de Atienza permite avanzar hacia otras metodologías, que conduce a otra forma de construir los problemas jurídicos y que, con ello, es posible introducir la racionalidad crítica al enseñar a pensar como abogados.

## DOS DECISIONES EMBLEMÁTICAS Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS

El desarrollo de o el debate en la filosofía del derecho ocurre, en algunas ocasiones, a partir del análisis de decisiones judiciales. En esto podríamos decir que «siguen» el método Harvard para el desarrollo de sus investigaciones. Tal es el caso de Ronald Dworkin, quien se apoyan en jurisprudencia para su análisis. Aquí se tomarán los casos Riggs vs. Palmer y Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., que este autor utiliza. El objetivo de exponerlos es entender cómo el juez presentó los problemas jurídicos que debían resolverse. Este ejercicio permitirá abordar la estructura de los problemas jurídicos.

En la sentencia que resuelve Riggs vs. Palmer se analiza el caso de un nieto que asesinó a su abuelo, quien le había dejado, mediante testamento, parte de su herencia. En la sentencia se plantea el problema en los siguientes términos:

> Elmer, para obtener el disfrute rápido y la posesión inmediata de su propiedad, le asesinó intencionadamente mediante envenenamiento. Ahora reclama la propiedad, y la única pregunta que debemos determinar es: ¿puede tenerla? (Jimenez Cano *et al.*, 2007)

Esta presentación del problema puede replantearse de la siguiente manera: ¿tiene el heredero asesino del testador derecho a la herencia establecida a su favor? Si o no. A partir de ese planteamiento la sentencia se desarrolla para mostrar cómo, a pesar de que el testamento era válido y «ley para las partes», debía aplicarse un principio que, en últimas, condujo a que se respondiera negativamente.

El caso Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., trata de la esposa de un comprador de un vehículo que sufrió una lesión debido a una falla mecánica, que ocurrió mientras conducía. En la sentencia se analiza el contrato de compraventa suscrito entre Henningsen y Bloomfiel Motors, en particular las cláusulas que excluían la responsabilidad del fabricante por daños distintos a los materiales (es decir, fijaba un exclusivo deber de reparar el bien vendido). En la sentencia se puede identificar, en el siguiente pasaje, el problema jurídico:

> Dejando de lado por el momento el problema de la eficacia de las disposiciones de exención de responsabilidad contenidas en la garantía expresa, una cuestión de primera importancia que debe decidirse es si una garantía implícita de comerciabilidad por parte de Chrysler Corporation acompañó la venta del automóvil a Claus Henningsen.(*Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 1960)

La cuestión tiene que ver con el hecho de que no existe una relación contractual entre el productor del bien y el consumidor final. La compra la realiza el consumidor a un distribuidor. Este, a su vez, no tiene un contrato de compra con el productor, sino uno de otra naturaleza. Con ello, el problema base puede expresarse de la siguiente manera: ¿es el productor de un bien, que es tercero en el contrato entre vendedor y comprador,

responsable ante el comprador (consumidor) por los daños generados[1] por el bien vendido? Si o no. La respuesta a esta pregunta fue afirmativa.

Los problemas jurídicos de estas sentencias pueden entenderse de manera similar: dada la situación X, debe ser Y ¿sí o no? Con esto en mente, pasaremos al problema teórico del problema jurídico.

## EL PROBLEMA DE LOS PROBLEMAS PROPUESTOS

La estructura de los problemas jurídicos que se han propuesto responde a lo que se suele presentar en la academia como tal. Diego López indica, refiriéndose a los problemas jurídicos, que «mejor resulta tratar de identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o norma constitucional controlante»(López Medina, 2006, p. 151). Manuel Atienza, por otro lado, señala que «una argumentación (justificación) judicial es un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (casi siempre bivalente) y termina con una solución al mismo que se resuelve también con un 'si' o un 'no?» (Atienza, 2017a, p. 22). En otro momento, señala que los problemas jurídicos (que interesan) son bivalentes y bien estructurados (Atienza, 2013, p. 708).

Esta aproximación también se encuentra en otras disciplinas. Por ejemplo, Luhmann considera que el sistema del derecho opera de manera binaria. En últimas interesa determinar si una conducta es o no conforme a derecho: es culpable/no es culpable, es lícito/no es lícito, es constitucional/no es constitucional (Luhmann, 2002).

La coincidencia entre el sociólogo y los juristas mencionados se explica por el hecho de que todos fijan su atención en las «operaciones» finales, por utilizar las palabras de Luhmann, del sistema del derecho. En uno y otro caso existe un interés en analizar la decisión judicial, sea para considerar la «operación» del sistema del derecho, la argumentación (crítica) expuesta por el juez o para identificar líneas jurisprudenciales. En todos los casos se desconoce la complejidad del conflicto que antecede la decisión del juez o la operación dentro del sistema del derecho. Ante este fenómeno ¿cómo es posible que sea así?

## LA CÁTEDRA MAGISTRAL Y EL MÉTODO DE HARVARD.

Como se ha mencionado, Atienza considera que en la enseñanza del derecho debería superarse el método de la cátedra, para avanzar hacia otros modelos, en particular el método de Harvard. Quizás una indagación sobre estos métodos ofrezca luces sobre las razones que llevan a centrarse en problemas derivados de la decisión judicial.

1. La discusión es más amplia, por referirse a la «comerciabilidad», pero el debate se concreta en el punto de la responsabilidad por daños, en un aspecto más allá de las partes defectuosas.

La cátedra, clase magistral o *lecture* es la forma más común de formación de abogados y de otros profesionales (quizás, al margen de la medicina). Consiste en que el experto presenta la información de manera ordenada y sistemática para que el estudiante conozca qué es el derecho. Se reconoce como una excelente aproximación a un saber bien organizado y sistemático, apropiado para ciertos campos del derecho reglado, como el derecho privado, el penal o el derecho de los procedimientos (del Valle & Valdivia, 2017).

En cuanto al método socrático ligado al *case method*, debe recordarse que su adopción más conocida es aquella por la escuela de derecho de Harvard, gracias al profesor Langdell (Hawkins-Leon, 1998; Langdell, 1879). El consideraba que los futuros abogados debían ser expertos en los principios y doctrinas que definen al derecho como ciencia (Langdell, 1879, p. Viii), por lo que debería estudiarse la doctrina (las sentencias, *cases*) en que ella aparece o se desarrolla. Así, se buscó aplicar el método científico al derecho, donde las sentencias serían el material observable. El método llevaría a «diseccionar la decisión (*case*) para encontrar cómo el derecho funciona» (Moskovitz, 1992, p. 243). Esto a partir de un debate en torno a los argumentos que los estudiantes preparan sobre las decisiones estudiadas. Así, desarrolla habilidades analíticas (Hawkins-Leon, 1998), de manera que se fomenta la capacidad de establecer la fuerza de los argumentos, criticar sus prejuicios, ampliar sus perspectivas y lograr un entendimiento profundo del derecho y la construcción social de éste (Kerr, 1999).

Esta corta caracterización de ambas metodologías permite avanzar ciertas ideas. El método de la clase magistral tiene por objetivo la formación en qué es el derecho. Así, la idea de que debe entregarse una visión sistemática y organizada del material jurídico demanda que, en caso de considerar la jurisprudencia, se identifiquen las posturas de las cortes que alteran o precisan ese material jurídico. Así, interesa la doctrina probable, la «jurisprudencia» o la *ratio decidendi*, en tanto que se relacionen con el sistema jurídico (derecho formal).

En el caso del método de Harvard, el interés en las decisiones judiciales radica, además de la comprensión del sistema jurídico (saber qué es el derecho), en identificar argumentos correctos. Así, la decisión judicial es eje para indagar sobre argumentos que satisfacen, por ejemplo, los estándares de argumentación, pretensiones de justicia material o atienden debidamente los problemas morales involucrados en la decisión. Como se mostró antes, este tipo de análisis es una de las vías que utilizó Dworkin proponer su tesis sobre los principios en el derecho.

## ENSEÑAR QUÉ ES EL DERECHO

Hablar de enseñanza del derecho es algo bastante impreciso. Seguramente se relacione con la actividad en las escuelas de derecho y se culmine diciendo que se trata de la formación de abogados, de «lo que se hace y ocurre en las escuelas de derecho». Pues

si ello es así ¿qué se hace o qué ocurre en las escuelas de derecho? Para precisar más la interrogante ¿qué es formar abogados? Una respuesta altamente probable es que formar abogados es enseñar a personas legas qué es el derecho.

Naturalmente, ante esa respuesta habría que preguntar ¿qué es el derecho? La respuesta a esa pregunta estará ligada al método que se utilice para enseñar qué es el derecho. Como se mostró, el método de la cátedra magistral centra su enseñanza en el sistema, en el sistema jurídico. Son innumerables los filósofos del derecho que acogerían esta visión[2]. Tomemos uno al azar.

Eugenio Navarro escribe en un artículo que «[N]ormalmente, las normas jurídicas son creadas con el objeto de motivar el comportamiento de los sujetos» (Navarro, 1993) y, añade, para ello las se formulan prescripciones. Así las cosas, siguiendo con estas premisas, el fenómeno de lo jurídico se podría reducir a la verificación de que el mundo se oriente a las palabras. Alrededor de ello habría que estudiar si la producción legislativa (mundo) se orientó a las palabras (reglas de producción normativa), es decir, el problema de validez; y si el juez, al decidir (mundo), se orientó a las palabras (aplicó la norma pertinente). Como es de esperarse, bajo esta óptica el razonamiento jurídico es, por definición, subsuntivo.

En esta imagen de lo que es el fenómeno jurídico, el grueso de los problemas jurídicos es de carácter fáctico, es decir, un problema de calificación (Ferrajoli, 2011). Es el tipo de problemas que se desprendería de textos clásicos, como las Institutas de Gayo.

Si se toman las partes de las fórmulas que presenta Gayo y las integramos, nos encontramos con el patrón propio de un silogismo. En las Institutas, Gayo ofrece un ejemplo que se integra así (Comentario IV, Num. 41)

> Por cuanto Aulo Agerio vendió un esclavo a Numerio Negidio. Si aparece probado que Numerio Negidio tiene obligación de dar diez mil sestercios a Aulo Agerio. Juez, condena a Numerio Negidio en diez mil sestercios a favor de Aulo Agerio: si no aparece probado, absuélvalo. (Gayo, 1845, p. 275)

En este caso el debate es de naturaleza probatoria, lo que indica que la norma que regula la situación se admite como existente[3]. Así, la estructura silogística permite construir un problema jurídico en que se discute la consecuencia en caso de darse probado lo alegado. Es decir, Si llega a darse X, está obligado Y ¿sí o no? Bien sabemos que el silogismo, en este nivel, determina la corrección de la decisión.

Además, esta imagen se corresponde a un ideal del comportamiento. En ese ideal todos conocen la ley y se adecúan a sus mandatos. También, en caso de duda, las personas acuden al *couselor* o *legal adviser,* para que le advierta sobre el comportamiento debido. ¡El *bonus pater familias* es precavido!

2. Esto, claro está, obviando la influencia de las «formas» de los sistemas del derecho civil y del *common law* sobre la manera de enseñar qué es el derecho.
3. Se ruega admitir el término, pues su existencia, pertenencia, validez o vigencia no es cuestión de debate acá.

Dicho esto, es fácil advertir que la comprensión del abogado que estaría ligado a esta concepción de derecho es la del que conoce el derecho. Poco o nada importa si sabe aplicarlo. Lo central es el conocimiento científico (como diría Langell) del derecho. El objeto del análisis jurídico sería, en este escenario, conocer el sistema jurídico o el de precedentes. En últimas, saber si una norma pertenece o no al sistema y, con base en ello, aconsejar. Esto, claro está, es lo que debe aprender el estudiante de derecho.

¿Cómo se conecta esta visión del derecho con la construcción de problemas jurídicos? Una opción es analizar el conflicto en función del concepto de sistema jurídico. Un caso, según Navarro, en sentido estricto sería las «circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la clasificación deóntica de una determinada acción» (Navarro, 1993, p. 250) Pues bien, ¿de qué manera concibe este autor un problema?

Navarro sostiene que «el conocimiento de las normas jurídicas, o de las soluciones correspondientes a los casos genéricos de un universo de casos UC, determina normalmente la selección de propiedades que conforman los casos genéricos» (Navarro, 1993, pp. 255-256) Siguiendo esta línea, la estructuración de un problema consiste en la reducción del llamado caso en sentido amplio a un problema en sentido estricto. Esto se logra con el conocimiento de las normas jurídicas. En otras palabras, un problema se entiende a partir de la posibilidad de ajuste de la situación fáctica en una norma (grosso modo). Esto, porque, como precisa Navarro «[E]n otras palabras, ni los casos difíciles (fáciles) ni sus soluciones son identificados fuera del contexto determinado por un sistema jurídico específico» (Navarro, 1993, p. 260)

Dicho esto, un problema jurídico tendría la siguiente estructura (o, debería estructurarse así): Dado el sistema jurídico X y dada la situación S es obligatorio (debido) C ¿sí o no? De esta manera se cumple con lo que señala Navarro: Opera una selección de propiedades, que son dependientes de un sistema jurídico y se indaga por la consecuencia jurídica que dicho sistema impone a las propiedades (supuesto fáctico). Así, el ajuste analítico parte, necesariamente, del sistema y sus soluciones normativas.

Frente a esta aproximación, centrada en la pertenencia de la norma al sistema, se han presentado objeciones, por olvidar qué interesa al jurista. Como bien lo ha mostrado Aguiló, este lejos es el problema que incumbe al abogado. Por el contrario, el jurista se «ha preocupado determinar el conjunto de normas aplicables a un caso y sobre ellas resolver los conflictos y las lagunas. Lo relevante para él es (y ha sido siempre) la aplicabilidad, no la «pertenencia»».(Aguiló Regla, 1992, p. 278). Si la cuestión práctica del derecho es la correcta la aplicación de soluciones generales dirigido a producir soluciones particulares, ¿cómo estructurar debidamente los problemas jurídicos? ¿Cómo identificarlos?

Quizás el camino sea aquél que propone Atienza. Según expone, «el Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación», por lo que «el ideal regulativo del jurista… tendría que ser el de integrar en un todo coherente la

dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales» (Atienza, 2013, p. 29). Esta visión demanda una aproximación a la manera hacer realidad la pretensión de corrección, que se concreta en el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica (Atienza, 2013, p. 31). Esta debería conducir a «proporcionar una guía para llevar a cabo las tres grandes operaciones argumentativas que se le plantean a un jurista: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar; cómo evaluarla; cómo argumentar»(Atienza, 2020, p. 175).

Pues bien, bajo esta línea la importancia de lo sistémico no se disminuye, sino que se complementa con lo argumentativo (práctica social). El eje estructurador será el análisis de aquellos documentos que sinceramente pretenden la corrección. Es decir, las sentencias judiciales. En ellas se identifican problemas bien estructurados, de carácter bivalente y con respuesta sí o no, como se mencionó antes. Se convierte en natural que la justificación interna y externa de la decisión tenga como punto de partida el problema que analizó el juez, el cual, en la mayoría de los casos seguirá el modelo que se ha presentado.

En este camino, el método de Harvard permite ofrecer una visión más completa, señalaría Atienza (2013, p. 429), de qué es el derecho, en tanto que, sin negar el elemento del sistema, se logra aprender a argumentar y, de manera central, identificar argumentos correctos.

## DE VUELTA A AL CASO RIGGS

El caso Riggs es utilizado por Dworkin para mostrar la relevancia de los principios en la praxis jurídica y, a partir de ello, desarrollar su tesis en la materia. Dworkin, desmenuza el caso, lo que nos recuerda el tipo de análisis que se promueve bajo el método socrático. Con este análisis, Dworkin se centra en el problema que analizó el juez, pero oculta otras dimensiones que aparecen en el debate.

Ya se ha mencionado que la decisión se basó en establecer si el asesino del testador tenía o no derecho a la herencia que recibiría por el testamento. Pues bien ¿qué dijo la contra parte? El juez Gray salvó el voto (voto discrepante). En su escrito propone el siguiente problema:

> La pregunta con la que estamos tratando no es otra que la de si una disposición testamentaria puede ser alterada o un testamento ser revocado, después de la muerte del testador, a través de una apelación a los tribunales, cuando el legislador ha prescrito exactamente, por medio de sus promulgaciones, cuándo y cómo los testamentos serán preparados, alterados y revocados (Jimenez Cano *et al.*, 2007).

La presentación de este problema llama la atención a dos cuestiones. La primera, que, si bien los hechos objeto de juzgamiento son los mismos, cada juez hace énfasis en ciertos hechos. La mayoría se enfocó en el homicidio del testador por parte de un beneficiario y, Gray, en la existencia de un testamento válido y una regulación existente sobre la

modificación de los testamentos. La segunda, que ambos problemas son razonables. Es decir, cada problema presenta una situación que se podría resolver, de manera justificada, con base en el sistema jurídico.

La primera cuestión identificada nos lleva a que el caso no existe como un hecho autónomo, sino que es construido por el juez[4]. Esto contradice la idea dominante según la cual la selección de hechos relevantes es realizada por el derecho[5] y que el juez simplemente decide con base en ello (aplica el derecho).

La contradicción se resuelve al constatar que al proceso llegan hechos presentados de manera diversa por las partes y con pretensiones, igualmente distintas. Así, es el juez quien toma una decisión sobre qué hechos considera relevantes. Con ello, el juez decide qué problema resolverá (y, además, qué reglas aplicará). Se podría pensar que esto es expresión, en su genuino alcance, del principio *iura novit curia*.

Cuando los filósofos del derecho y los docentes hacen énfasis en el análisis de las decisiones judiciales, reducen los problemas jurídicos a aquél seleccionado (escogido) por el juez, que es, en definitiva, un lado de la tensión. El centro del análisis es la consistencia y la corrección de la solución a ese problema. Sin embargo, como se vio, la realidad es más compleja. Así es necesario enfrentar el hecho de que se está frente a propuestas de solución alternativas ante la situación conflictiva. Para reflexionar sobre este punto ha de abordarse, primero, el tema de la argumentación estratégica.

## LA TEORÍA DEL CASO ESPECIAL Y ARGUMENTACIÓN ESTRATÉGICA

Manuel Atienza reconoce que una de las principales críticas que se ha hecho a la teoría de la argumentación jurídica es que se trata de una teoría centrada en el razonamiento judicial y que no recoge otras estructuras argumentativas, entre ellas la argumentación estratégica de los abogados. Esto se aprecia en la crítica a la tesis de Alexy de que la argumentación jurídica es una forma especial de la argumentación práctica, crítica que Atienza comparte. Con todo, según Atienza, «las formas estratégicas de argumentación no están a la par de la argumentación crítica racional» y que una teoría general de la argumentación debe darle «cierta prioridad al discurso práctico racional (al diálogo crítico)» (Atienza, 2010, p. 365).

En cuanto a la estructura de la argumentación estratégica, si bien Atienza considera que formalmente el discurso judicial y el de los abogados son similares, se distinguen por sus elementos retóricos (fuertes en la argumentación estratégica). Además, en la argumentación estratégica no rige (del todo) el principio de sinceridad, lo que implica negar la pretensión de corrección. Además, esta argumentación se orienta según una razón instrumental basada en normas de fin. En suma, la argumentación estratégica se

4. A partir de los hechos probados.
5. Que se expresa en la regulación sobre el objeto de la prueba.

orienta hacia el éxito y se caracteriza por que no se esperan condiciones de sinceridad (Atienza, 2013, p. 708)

Si bien es posible establecer este vínculo entre éxito y falta de sinceridad, ello no significa que la argumentación estratégica ocurra al margen de la argumentación crítica racional (Atienza sugiere que es un tema de énfasis). Antes bien, la argumentación estratégica requiere de considerar la argumentación crítica racional como condición de éxito. Sobre este punto, los estudios desde la pragma-dialéctica han ubicado esta tensión en las llamadas maniobras estratégicas. Estas «buscan disminuir la tensión potencial entre la búsqueda simultánea del objetivo "dialéctico" de lo razonable y del objetivo "retórico" de lo efectivo» (Eemeren, 2012, p. 38).

La incapacidad del argumentador de mantener el equilibrio entre la discusión crítica (dialéctica según Atienza) y lo retórico genera una falacia: «Vistas desde esta perspectiva, las falacias son descarrilamientos de las maniobras estratégicas que involucran violaciones de las reglas de la discusión crítica» (Eemeren, 2012, p. 40).

Si se acepta este análisis desde la pragma-dialéctica, puede sostenerse que la situación problemática surge de un debate entre dos propuestas, dirigidas a lograr éxito (como en el debate dialéctico aristotélico), pero sinceras en tanto que pretenden que se asuman como correctas. Como lo señala Van Eemeren «para poder alcanzar exitosamente a la audiencia, los movimientos argumentativos que se hacen deben ser ajustados a las actitudes y a los marcos de referencia de aquellos a los que se convencerá» (Eemeren *et al.*, 2019, p. 169). Así, la falta de sinceridad es limitada y se evidencia, más precisamente, en la selección de lo que Van Eemeren llama «potencial tópico»; esto es, «la elección de puntos de partida particulares como puntos de salida del proceso de resolución, en lugar de otros puntos de partida opcionales» (Eemeren *et al.*, 2019, p. 169).

En resumidas cuentas, el litigante, por ejemplo, al proponer una argumentación (estratégica) selecciona las «jugadas» –hechos– que considera relevantes para lograr que el juez se convenza de que la solución propuesta es la correcta. Esa corrección está marcada, tanto por la capacidad o aptitud de lograr que el juez se «fije» en esos y no en otros hechos, como por mostrar que la solución es compatible (justificable) dentro del sistema jurídico o la práctica jurídica.

## APRENDER A PENSAR COMO ABOGADO, PROBLEMA JURÍDICO Y CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO

Lo expuesto hasta este momento permite construir un cuadro bastante más complejo. Se tiene una situación determinada, frente al cual dos litigantes presentan argumentos (de carácter estratégico). Estos argumentos destacan ciertos elementos de esa situación (espacio en que, según Atienza, podría evidenciarse la falta de sinceridad) y proponen su acomodo (subsunción) a partir de ciertas normas que estiman aplicables al caso. Ante estas opciones el juez, bien puede seleccionar una de ellas o, también, puede resaltar

ciertos elementos no considerados por los litigantes y proponer una argumentación alternativa. En uno u otro caso, el juez propondrá una solución. Ante esto ¿cuál es el problema jurídico?

Como vimos, la cátedra magistral y el método socrático tenderán a considerar como problema jurídico aquél que solucionó el juez. ¿Por qué? Pues resulta compatible con la concepción del derecho presentada que, operativamente, llamaremos estática. En tal caso ¿qué interés tienen los argumentos (estratégicos) presentados por los litigantes? ¿Cómo pasó el juez de esos argumentos al propio?

Manuel Atienza ha insistido en que para la teoría de la argumentación jurídica es importante la distinción entre contexto de descubrimiento y el contexto de la justificación (Atienza, 2013). También ha señalado que la distinción no es nítida. La importancia radica en que la distinción permite ubicar el campo en el cual es esperable una argumentación crítica, dónde es posible demandar una justificación correcta. Pero ha dejado en cierta oscuridad sobre qué ocurre en el contexto de descubrimiento.

Según se ha presentado, el juez selecciona o decide qué problema resolverá. Esta decisión no es arbitraria. Las decisiones del juez ocurren en el marco del proceso, guiado, entre otras, por principios como defensa y congruencia. Así, el juez está, por decirlo de alguna manera, atado a los hechos probados y al argumento (pretensión y sus soportes argumentativos). Esta actividad y condiciones integran, parcialmente, el contexto de descubrimiento.

Dicho esto, el real problema jurídico no es aquél que el juez selecciona, sino que «el problema jurídico es el conflicto que los litigantes someten al juez para su solución» (Alvarez-Correa Duperly, 1988, p. 17). Su estructura será bivalente, pero no atendiendo a respuestas sí o no frente a un supuesto fáctico estático, sino que debe revelar los énfasis que hacen los litigantes en cada elemento fáctico y las soluciones que derivan de ello. Como lo reconoce Atienza, «el abogado no se encuentra frente a lo que podríamos llamar un problema bien estructurado y de tipo binario»(Atienza, 2013, p. 708).

Con lo analizado, el (real) problema jurídico sería algo del siguiente estilo: dada la situación D, donde, por una parte, si son relevantes los hechos H1, H2 y H3 ¿debe decidirse C? o, si son relevantes los hechos H2, H3 y H4 ¿debe resolverse Z? También podría darse el caso de que exista acuerdo sobre los hechos, evento en el cual el problema tendría la siguiente formulación: Dado el (los) hecho H, ¿debe darse X o Z?, donde X y Z pueden ser soluciones alternativas, pero no necesariamente contradictorias.

Esta forma de entender un problema jurídico se apoya en la idea de que el derecho, además de un sistema de normas, es una práctica social (Atienza, 2017b). En tanto que práctica social, los argumentos tienen un espacio central, no sólo para justificar las decisiones, sino también, y de manera significativa, para configurar los conflictos y proponer soluciones; para transformar la realidad desde el derecho. Para la enseñanza, el entender el derecho de esta manera obliga a seleccionar metodologías centradas en el problema, pues permiten que se enseñe a pensar como abogado (por tomar las palabras

de Schauer). Esto, en la medida en que no solo interesa cómo los jueces han justificado, sino también cómo lo hacen los litigantes.

Falta una cuestión. ¿Cómo pasa el juez del problema jurídico presentado por las partes al seleccionado? Quizás la respuesta la encontremos en la dialéctica aristotélica. Según una lectura tradicional sobre Aristóteles, la dialéctica juega un papel reducido o nulo frente a la ciencia. Empero, algunos estudios señalan que la función de la dialéctica «sería colocar bajo examen crítico candidatos previamente postulados por otros conductos a la dignidad de primeros principios», de manera que «la dialéctica ciertamente tendría que ver con el descubrimiento de los primeros principios» (Meléndez, 1998, p. 103).

Si se admite esta posibilidad, el momento previo a la decisión judicial sería una suerte de debate dialéctico, que permite fundar o fijar los hechos relevantes y las razones plausibles para una decisión. Ocurre que hoy el juez no decide ateniéndose únicamente a lo expuesto, sino que le corresponde construir una decisión a partir del resultado del debate; a partir de lo que considera plausible. Así las cosas, este sería el espacio del contexto del descubrimiento y también sería un espacio de argumentación crítica. En suma, el proceso judicial sería la respuesta institucionalizada del debate dialéctico previo al ejercicio crítico judicial (motivar la decisión).

## REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto ¿se equivoca Atienza al proponer el método de Harvard? Como el mismo diría frente a otros debates, la solución es correcta, pero insuficiente. Es insuficiente porque esa metodología no traslada al análisis de la argumentación estratégica los requerimientos de la justificación crítica.

Al estudiante de derecho se le debería enseñar a justificar la selección de hechos que considera relevantes, igual que las normas aplicables y, en general, la motivación de la solución que propone al decisor. ¿Cómo lograr ese aprendizaje?

Por mucho que los filósofos, los teóricos y los docentes de derecho se esfuercen por enseñar qué es el derecho y a pensar como abogados, no pueden olvidarse que la praxis jurídica tiene un inicio claro: una situación conflictiva que ocurre y que debe traducirse a cánones jurídicos. Sea el interés o la consulta de un cliente, de un ciudadano, de una persona.

Así, junto al método Harvard, debería también acogerse prácticas de enseñanza centrados en los problemas –en lo experiencial, diría Dewey (1988, p. 133)–, como el método del caso (Nohria, 2021; Perafán *et al.*, 2017) o el aprendizaje basado en problemas (Hawkins-Leon, 1998; Moskovitz, 1992; Perafán, 2017).

Quizás así, respondiendo a una pregunta que Atienza lanzó alguna vez, podríamos encontrar un lugar más de las falacias pragmáticas en la argumentación jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J. (1992). Derogación, rechazo y sistema jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, *0*(11), 263-280. https://doi.org/10.14198/DOXA1992.11.11

Alvarez-Correa Duperly, E. (1988). *Curso de metodología jurídica I y metodología jurídica II / Eduardo Alvarez-Correa D.* Universidad de los Andes, facultad de derecho. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.715946&site=eds-live

Atienza, M. (2010). Crítica de la crítica crítica: contra Enrique Haba y consortes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, *33*, 361. https://doi.org/10.14198/doxa2010.33.18

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.

Atienza, M. (2017a). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Primera, pp. 43-58). Palestra Editores S.A.C.

Atienza, M. (2017b). *Filosofía del derecho y transformación social* (Primera). Editorial Trotta.

Atienza, M. (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos*. Trotta.

Atienza, M. (2022). Vista de Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo xxi. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, *22*, 365-378. https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6822

del Valle, J., & Valdivia, S. (2017). *Clase Magistral Activa. Colección Métodos de Formación Jurídica n.°7*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dewey, J. (1988). *Democracia y educación*. Ediciones Morata, S.L.

Eemeren, F. H. van. (2012). Maniobras estratégicas: combinando lo razonable y lo efectivo en el discurso argumentativo. *Acta Poética*, *33*(1), 19-47.

Eemeren, F. H. van, Wolf, K., & Santibáñez, C. (2019). *La teoría de la argumentación : una perspectiva pragmadialéctica.* (Primera ed). Palestra Editores. https://ezproxy.uniandes.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07441a&AN=cpu.825554&lang=es&site=eds-live&scope=site

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista *. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, *34*, 15-53.

Gayo. (1845). *La instituta*. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

Hawkins-Leon, C. G. (1998). The Socratic Method-Problem Method Dichotomy: The Debate Over Teaching Method Continues. *Brigham Young University Education and Law Journal*, *1998*(1), 1-1-18. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/byuelj1998&div=5

Jimenez Cano, R., Fabra Zamora, J. L., & Guzmán Buelvas, C. E. (Traductores). (2007). RIGGS CONTRA PALMER. *Revista Telemática de Filosofía Del Derecho*, *11*, 363-374. www.filosofiayderecho.com/rtfd | www.rtfd.es

Kerr, O. S. (1999). The Decline of the Socratic Method at Harvard. *Nebraska Law Review*, *78*(1), 113-113-134. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nebklr78&div=12

Langdell, C. C. (1879). *A selection of cases on the law of contracts*. Little, Brown and Company.

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (Segunda). Legis Editores S.A.

Luhmann, N. (2002). *El derecho de la sociedad* (Primera). Universidad Iberoamericana, ITESO, UNAM.

Meléndez, G. (1998). Dialéctica y ciencia en Aristóteles. Una revisión de la literatura en torno al problema. *Ideas y Valores*, *47*(108), 87-107. https://revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/21896

Moskovitz, M. (1992). Beyond the Case Method: It' s Time to Teach with Problems. *Journal of Legal Education*, *42*, 241-270. http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs

Navarro, P. E. (1993). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, *0*(14), 243-268. https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.13

Nohria, N. (2021). What the Case Study Method Really Teaches. *Harvard Business Review Digital Articles*, 1-7. https://ezproxy.uniandes.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=154330699&lang=es&site=eds-live&scope=site

Perafán, B. (2017). *Aprendizaje Basado en Problemas. Colección Métodos de Formación Jurídica n.°3*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Perafán, B., Carillo, G., & Gálvez, A. (2017). *Estudio de Casos. Colección Métodos de Formación Jurídica n.°2*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., (1960). https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1960/32-n-j-358-0.html