

Curso de argumentación jurídica

Autor: Manuel Atienza

Editorial Trotta /2013

www.librotecnia.cl

ÍNDICE GENERAL

www.librotecnia.cl

Contenido	7
Presentación: La mirada de Peitho	11

I. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

1. El Derecho como argumentación	19
2. La argumentación jurídica y su auge actual	20
3. Concepciones del Derecho: de los teóricos y de los prácticos	21
3.1. El formalismo jurídico	22
3.2. El positivismo normativista	24
3.3. El realismo jurídico	25
3.4. El iusnaturalismo	26
3.5. El escepticismo jurídico	27
4. El constitucionalismo o post-positivismo	28
5. Las teorías de la argumentación jurídica	30

MATERIALES

1,A) Una crítica «realista» a las teorías de la argumentación jurídica...	32
2,A) Lógica y Derecho	33
2,B) Cómo funciona el método socrático	35
2,C) Razón pública y democracia deliberativa	38
2,D) La república deliberativa	40
3,A) El Derecho y el revés	43
3.1,A) Las razones del legalismo	47
3.1,B) ¿Cómo desenmascarar a un formalista?	49
3.1,C) Los valores fríos del derecho	51
3.1,D) ¿Es siempre condenable el activismo judicial? El caso Garzón	51
3.1,E) Dureza judicial	60
3.2,A) Positivismo jurídico no significa formalismo	64
3.2,B) Positivismo jurídico y razonamiento judicial	67
3.2,C) El positivismo jurídico: una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación	69

3.3,A) La crítica de Frank al silogismo judicial	74
3.4,A) La fórmula de Radbruch	76
3.4,B) El Derecho natural y los casos trágicos	79
3.5,A) Tres modelos de juez	84
4,A) Dos versiones del constitucionalismo	86
4,B) La interpretación del derecho judicial	89
4,C) ¿Fue Aristóteles el primer autor post-positivista?	96
4,D) Toulmin: el pragmatismo es una actitud mental	99
4,E) Un debate sobre «pragmatismo»	100
5,A) Justificación interna y justificación externa	103

II. ¿QUÉ ES ARGUMENTAR?

1. Argumentar y decidir	107
2. El concepto de argumentación	109
3. Concepciones de la argumentación	110
4. Concepciones de la argumentación y argumentación jurídica	113
5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación de las decisiones	114
6. Argumentación y falacias	116

MATERIALES

1,A) John Dewey: método lógico y Derecho	118
2,A) Una definición pragma-dialéctica de argumentación	120
2,B) Un enfoque pragma-dialéctico de la argumentación jurídica	122
3,A) Lógica y argumentación según Bulygin	126
3,B) Razones para la acción, razón justificativa y argumento	128
3,C) Teorías de la justificación de la interpretación jurídica	130
4,A) ¿Es posible una teoría general y sistemática de la argumentación? ...	134
4,B) Motivación suficiente	136
4,C) ¿Existió motivación en el caso Wanninkhof?	139
5,A) Motivar por escrito para decidir mejor	145
5,B) Motivaciones hipócritas	146
5,C) Una teoría del error judicial. Errores por ausencia de motivación	148
5,D) El ideal de un juez independiente e imparcial	151
5,E) Decálogo sobre la motivación	152
5,F) Una teoría descriptiva de la decisión judicial	154
6,A) Un catálogo de falacias... y de problemas	157
6,B) La «lógica viva» de Vaz Ferreira	162
6,C) Decálogo del combatiente	169

III. LA CONCEPCIÓN FORMAL: LAS INFERENCIAS Y SUS CLASES

1. La forma de los argumentos	171
2. Inferencia e inferencia deductiva	173
3. Lógica y lógicas	175
4. Deducción, inducción y abducción	177

5. Clases de argumentos jurídicos	179
6. Subsunción, adecuación —argumentación finalista— y ponderación ..	183
7. Los límites de la lógica	185

MATERIALES

1,A) Lógica formal y lógica informal	187
2,A) ¿Qué significa «deducir»?	188
2,B) Teoría del delito y carácter no monótono del razonamiento jurídico ...	192
3,A) Kelsen: Derecho y lógica	193
3,B) La lógica transitiva	197
3,C) La utilidad de la lógica deóntica para la argumentación jurídica .	201
3,D) Las insuficiencias de la lógica deóntica	205
4,A) Qué es el razonamiento abductivo.....	206
5,A) Los argumentos interpretativos según Tarello.....	214
5,B) Técnicas interpretativas, argumento de la disociación e interpre- tación conforme	217
5,C) Una clasificación general de los argumentos	221
5,D) Los requisitos para la analogía según el Tribunal Constitucional español.....	226
5,E) Sobre la analogía en el Derecho	230
5,F) Sobre el argumento <i>a contrario</i>	234
5,G) Sobre el argumento por reducción al absurdo.....	239
5,H) Investigación de la paternidad y contradicción pragmática	245
6,A) Subsunción frente a interpretación.....	248
6,B) Alexy y la fórmula del peso.....	249
6,C) Racionalidad y esquemas argumentativos	258
7,A) El «logos de lo razonable» de Recaséns Siches	263
7,B) El voto disidente de Holmes en el caso Lochner.....	267
7,C) El ideal deductivo en el Derecho.....	270

IV. LA CONCEPCIÓN MATERIAL: PREMISAS Y RAZONES

1. El enfoque material de la argumentación	275
2. Razonamiento teórico y práctico	276
3. Razones y tipos de razones	279
4. Razones jurídicas: sistemáticas y extrasistemáticas.....	280
5. Relevancia y peso de las razones	282
6. Razones jurídicas y razones morales. La unidad del razonamiento práctico	285

MATERIALES

1,A) Lógica material.....	288
1,B) Inferencia material.....	288
1,C) El argumento paternalista	289
1,D) Una caracterización de los tópicos.....	291
2,A) Todo el razonamiento es práctico.....	291
2,B) Un ejemplo de razonamiento teórico: la transmisión del cólera ...	293

3,A) ¿Qué son las razones para la acción?.....	294
4,A) El carácter subincluyente y sobreincluyente de las reglas	297
4,B) Principios y reglas.....	301
4,C) Reglas constitutivas.....	305
4,D) Las presunciones en el razonamiento teórico y en el práctico.....	306
5,A) Razones judiciales.....	315
5,B) Excepciones a las reglas y casos fuera del alcance de las reglas....	318
5,C) Tres tipos de derrotabilidad de las reglas.....	320
5,D) La fuerza de los indicios.....	322
5,E) Indeterminación genuina, positivismo jurídico y razones morales ...	326
5,F) El peso de las razones institucionales.....	330
5,G) Las fuentes del derecho y las normas de origen judicial	332
5,H) Autoridad y autoridades.....	335
5,I) Dos sentencias sobre esterilización de incapaces	337
6,A) Conceptos valorativos y positivismo jurídico inclusivo.....	348
6,B) La relevancia de la religión en la deliberación pública.....	352
6,C) Los católicos y el divorcio.....	356
6,D) El papel de la moral en el razonamiento jurídico justificativo.....	357

V. LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA:

LOS ELEMENTOS DIALÉCTICOS Y RETÓRICOS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. El giro pragmático.....	363
2. Retórica y dialéctica	365
3. La dialéctica como procedimiento.....	367
4. La actividad retórica.....	368
5. De nuevo sobre las falacias	370
6. El papel de la retórica y de la dialéctica en la argumentación jurídica ...	372

MATERIALES

1,A) El «giro pragmático» y la argumentación jurídica.....	374
2,A) La dialéctica en el contexto de la retórica.....	376
2,B) El arte de disputar y la retórica	378
3,A) Necesidad de la dialéctica	378
3,B) El <i>ars obligatoria</i> y la <i>disputatio</i>	379
3,C) Las reglas del discurso práctico racional según Alexy.....	383
3,D) Fases del diálogo crítico y código de conducta para discutidores razonables.....	385
3,E) Tres tipos de polémicas: discusiones, disputas y controversias.....	387
3,F) La polémica de la conquista de América.....	392
3,G) Argumentación y negociación.....	396
3,H) El interrogatorio de Sócrates.....	398
4,A) La retórica es una técnica.....	399
4,B) La doctrina de los estados de causa y los tipos de casos difíciles..	401
4,C) Ventajas e inconvenientes de la retórica.....	403
5,A) Falacias y cambios dialécticos.....	404
5,B) Falacias inductivas.....	406

5,C) Falacias bioéticas.....	409
5,D) ¿Falacias pragmáticas?.....	410
A) Cuba y el genocidio.....	410
B) Aznar y Anson: la irrelevancia y la confesión.....	412
C) Falacias políticas y errores dialécticos.....	413
5,E) Argumentos <i>ad hominem</i> y argumentos de autoridad.....	415
5,F) ¿Una petición de principio?.....	418
6,A) Refutación, reducción al absurdo y fuerza vinculante de la jurisprudencia.....	418
6,B) Los argumentos de autoridad en el Derecho.....	420

VI. CÓMO ANALIZAR LAS ARGUMENTACIONES

1. Analizar, evaluar y argumentar.....	423
2. Un método para la representación de los argumentos.....	424
3. El método aplicado a un caso ficticio.....	427
4. Partes de la argumentación.....	429
5. Cuestiones controvertidas y casos difíciles.....	431
5.1. Cuestiones procesales.....	432
5.2. Cuestiones de prueba.....	433
5.3. Cuestiones de calificación.....	434
5.4. Cuestiones de aplicabilidad.....	435
5.5. Cuestiones de validez.....	436
5.6. Cuestiones de interpretación.....	436
5.7. Cuestiones de discrecionalidad.....	437
5.8. Cuestiones de ponderación.....	438
6. Punto que debatir.....	439

MATERIALES

1,A) Sobre las madres de alquiler.....	440
2,A) El <i>chart method</i> de John H. Wigmore.....	445
2,B) El <i>chart method</i> fuera del <i>common law</i>	449
2,C) Cómo representar inferencias fácticas.....	452
3,A) Algunos ejemplos de análisis de casos.....	455
4,A) El caso Kalanke y la determinación de la <i>ratio decidendi</i>	467
5.1,A) La recusación de un magistrado.....	471
5.2,A) Tarifio sobre la prueba.....	477
5.2,B) La prueba del <i>mobbing</i>	481
5.2,C) La prueba de la causalidad.....	483
5.2,D) Máximas de la experiencia.....	486
5.2,E) Criterios de validez de la inferencia probatoria.....	489
5.2,F) Motivación de los hechos y refutación de la hipótesis alternativa.....	492
5.2,G) Prueba judicial y diagnóstico clínico.....	494
5.3,A) Un problema de calificación: ¿hubo o no amenazas?, ¿de qué tipo?.....	495
5.3,B) Conceptos jurídicos y problemas de calificación.....	503

5.4,A) Aplicabilidad y conflictos de leyes.....	504
5.5,A) Vicios de validez.....	507
5.5,B) Un problema de validez: la elección presidencial mexicana de 2006.....	510
5.6,A) Teorías del Derecho y teorías de la interpretación jurídica...	513
5.6,B) Derrotabilidad de las normas jurídicas e interpretación...	526
5.6,C) Interpretación y constitucionalismo.....	529
5.7,A) Discrecionalidad y normas de fin.....	530
5.7,B) Discrecionalidad judicial y salario mínimo.....	532
5.7,C) Discrecionalidad y juicios comparativos.....	535
5.8,A) Habermas contra la ponderación.....	539
6,A) El punto que juzgar en la retórica judicial.....	545

VII. CÓMO EVALUAR LAS ARGUMENTACIONES

1. Evaluación y contextos argumentativos.....	547
2. La evaluación del razonamiento judicial.....	549
3. La tesis de la única respuesta correcta.....	551
4. Criterios de evaluación.....	553
4.1. Universalidad.....	554
4.2. Coherencia.....	555
4.3. Adecuación de las consecuencias.....	557
4.4. Moral social.....	559
4.5. Moral justificada.....	560
5. Lo razonable en el Derecho.....	562

MATERIALES

1,A) ¿Una buena decisión mal argumentada?.....	565
2,A) Las consecuencias del escepticismo.....	570
2,B) Incertidumbre e indeterminación.....	571
3,A) La tesis de Dworkin sobre la respuesta correcta: ¿algo más que sentido común?.....	573
3,B) Finnis sobre la respuesta correcta.....	578
3,C) El Derecho y el revés y la tesis de la única respuesta correcta.....	580
3,D) Argumentación jurídica y moral sustantiva.....	585
4,A) ¿Errores inferenciales de bulto?.....	586
4.1,A) Universalidad, equidad y derrotabilidad.....	588
4.1,B) El principio de universalidad y el caso <i>Bush vs. Gore</i>	590
4.2,A) La coherencia como racionalidad.....	593
4.2,B) Coherencia narrativa y violencia de género.....	599
4.3,A) Dos tipos de consecuencias.....	602
4.3,B) «Normas perversas» y argumentos consecuencialistas.....	606
4.4,A) Prejuicios y razones morales.....	610
4.4,B) Elección de sexo.....	612
4.4,C) ¿Por qué no es suficiente con apelar a la moralidad social?... de la moral.....	614
4.5,A) Una concepción objetivista y societarista —o discursiva— de la moral.....	617
4.5,B) Razón pública y razonamiento judicial.....	621

4.5,C) Una defensa del objetivismo moral.....	625
4.5,D) Un caso de paternalismo moral.....	628
5,A) Acuerdos incompletamente teorizados.....	633
5,B) Lo racional como razonable y la tesis de la única respuesta correcta.....	637
5,C) Controversia, razonabilidad y ponderación.....	641

VIII. ¿CÓMO ARGUMENTAR?

1. Argumentación y resolución de problemas.....	643
2. Problemas jurídicos.....	644
3. Etapas argumentativas.....	646
3.1. Identificación y análisis del problema.....	647
3.2. Propuesta de una solución.....	648
3.3. Comprobación y revisión.....	648
3.4. Redacción de un texto.....	649
3.4.1. Partes del discurso.....	649
3.4.2. Expresión del discurso.....	650
4. Buena y mala argumentación.....	652
5. La argumentación en los órganos colegiados.....	653

MATERIALES

1,A) El ciclo de resolución de problemas.....	656
1,B) Estrategias generales de resolución de problemas.....	658
2,A) La naturaleza de los problemas jurídicos.....	660
2,B) Tópica y problema.....	662
2,C) Cómo razonan los juristas expertos.....	663
3,A) El valor de la imitación.....	666
3.1,A) Formular el problema con claridad.....	667
3.2,A) El papel de las intuiciones.....	668
3.3,A) El contexto de la decisión en la fase de enjuiciamiento.....	670
3.4,A) Sobre la estructura de las sentencias.....	672
3.4,B) Algunas pautas para la argumentación judicial.....	679
3.4,C) El mito de la oralidad.....	681
3.4.1,A) La retórica: ¿una herencia recuperada?.....	685
3.4.2,A) Algunos consejos para escribir bien.....	686
3.4.2,B) Cómo escribir textos jurídicos claros.....	688
3.4.2,C) Dos ejemplos de cómo no escribir.....	689
3.4.2,D) La sintaxis mejora la argumentación.....	690
3.4.2,E) ¿Quiénes son los destinatarios de las motivaciones de las sentencias?.....	692
3.4.2,F) ¿Cómo hacer para redactar sentencias breves?...	692
4,A) La «bondad» del argumentador según Quintiliano.....	693
4,B) Excesos verbales y falta de imparcialidad.....	694
4,C) Dos micro-relatos.....	695
5,A) ¿Deliberan los tribunales?.....	697
5,B) ¿Hasta qué punto se deben manifestar las discrepancias en el interior de un tribunal?.....	699

5,C) ¿Negociación en la deliberación?.....	700
5,D) Aversión al disenso.....	701
5,E) La motivación de los órganos colegiados y el secreto de las deliberaciones.....	701

IX. CONTEXTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Argumentación judicial y argumentación jurídica.....	703
2. La argumentación de los abogados.....	706
3. Argumentación y resolución alternativa de conflictos.....	709
4. Argumentación legislativa.....	712
5. Argumentación y dogmática jurídica.....	718

MATERIALES

1,A) Argumentación y bioética.....	723
1,B) Inteligencia artificial, argumentación y Derecho.....	725
1,C) Cómo hacer un dictamen.....	730
1,D) Una peculiaridad de la argumentación constitucional.....	736
2,A) Recursos y ardidés legítimos para abogados.....	740
2,B) La teoría del «ajajá».....	742
2,C) Consejos para abogados noveles.....	743
2,D) El interrogatorio como tipo de diálogo: el arte de la duda.....	745
2,E) Tres tipos de preguntas.....	749
2,F) Cómo atacar un argumento.....	750
3,A) Argumentos y amenazas.....	753
3,B) Fases de un proceso de negociación.....	755
3,C) Publicidad y argumentación.....	756
4,A) Argumentación legislativa y ley de extranjería.....	763
4,B) La deliberación legislativa en materia penal.....	766
4,C) Un debate sobre los efectos sociales de las normas. A propósito de la ley de «matrimonio homosexual».....	770
5,A) La argumentación dogmática como argumentación práctica de carácter técnico.....	774
5,B) Argumentación dogmática y obligación de restitución por el poseedor de mala fe.....	776
5,C) El delito de omisión impropia.....	781
5,D) Un caso jurídico difícil: la discriminación inversa.....	788
5,E) El razonamiento jurídico en la práctica judicial y en la dogmática jurídica.....	793
5,F) Laicismo y constitución.....	795

X. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN Y ALGO MÁS

<i>Bibliografía</i>	833
<i>Índice de nombres</i>	845
<i>Índice de materias</i>	851
<i>Índice general</i>	863