

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS
Elementos para un análisis argumentativo de las sentencias de fondo de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Danilo Rojas Betancourth
Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado
Profesor de la Universidad Nacional de Colombia

Introducción

El estudio de la jurisprudencia es posible abordarse al menos desde tres aproximaciones: una primera, pone de presente la descripción de los aspectos más relevantes de la misma a partir de la formulación del problema jurídico que de manera explícita o implícita aparece en la providencia objeto de análisis; su énfasis radica en describir, de modo individual, la respuesta al problema jurídico existente –de hecho o de derecho- y si en el mismo se discuten asuntos relativos a las fuentes formales del derecho, su interpretación, o alguno de los variados aspectos que tienen que ver con los hechos, tales como su calificación jurídica, su prueba, o la oportunidad probatoria (Giraldo 1985).

Una segunda aproximación se preocupa del estudio de las llamadas sub-reglas, la cual puede hacerse a partir de metodologías apuntaladas en modelos de análisis jurisprudencial de tradición anglosajona (López 2004) o en modelos que intentan rescatar lo bueno de dicha tradición, sin restarle importancia al análisis propio de la tradición romano germánica continental (Uprimny 2006A). Aquí sobresale la idea de reconstruir en términos críticos, líneas jurisprudenciales a partir del análisis de un número de providencias que muestran el comportamiento de una autoridad judicial –en especial las altas cortes de justicia- en un período determinado.

Un tercer abordaje enfatiza su estructura formal y sustancial, con apoyo en métodos proporcionados por las teorías de la argumentación jurídica existentes. Aspectos lógicos, normativos, fácticos y pragmáticos hacen parte del instrumental argumentativo que integran o deben integrar las decisiones judiciales (Atienza 1997, 2005, 2008 y 2009) y su constatación o no forma parte importante del juicio crítico que en general puede hacerse a una sentencia judicial.

El aspecto argumentativo está estrechamente relacionado con el de líneas jurisprudenciales en la medida en que la solidez y estabilidad de éstas depende en buena medida de la fortaleza argumentativa que las soporte. De modo que el estudio argumentativo de una sentencia no puede prescindir de la referencia a la línea jurisprudencial, pero pone más el énfasis en la estructura y corrección de la sentencia y menos en la cuestión de la existencia de fuentes jurisprudenciales del derecho, propio del estudio de la línea jurisprudencial.

Este escrito se inscribe en ésta última forma de aproximación a la jurisprudencia. Por cierto que el análisis de providencias judiciales puede servir como herramienta inductiva para convalidar el estado actual de la teoría de la argumentación jurídica. Si se admite que ésta teoría puede proporcionar un *test de análisis jurisprudencial* –que comprenda aspectos lógicos, normativos, fácticos y pragmáticos–, entonces es posible establecer o al menos imaginar una guía mínima que debe orientar el actuar judicial cuando de motivar sentencias se trata.

En un esfuerzo de más largo aliento, bajo el enfoque argumentativo se intentará un análisis completo de algunos aspectos de todas las sentencias de fondo proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–. Por ahora se hará un esbozo para mostrar las bondades de dicho análisis, tomando solo unos pocos apartados de tales sentencias. Esta escogencia sugiere de inmediato un particular interés por articular dos asuntos: la teoría de la argumentación jurídica y la teoría (aplicada judicialmente) de los derechos humanos.

Desde ya es pertinente advertir que criticar la jurisprudencia en general es un ejercicio necesario que no tiene otra pretensión diferente que la de hacer notar las fortalezas y posibles debilidades que la misma tenga. Esta especie de ‘vigilancia’ que se ejerce sobre el producido jurídico de una cierta corporación judicial debería redundar en el mejoramiento de su trabajo, a partir de la hipótesis de que todo es perfectible.

Realizar este ejercicio crítico a órganos probadamente garantistas de los derechos humanos como la CIDH exige un mayor cuidado, pues el analista suele encontrarse en dos extremos peligrosos: el primero señala que, considerando precisamente ese carácter garantista, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos más que criticarse lo que debe es difundirse y resaltar su potencial emancipador y fortalecedor de valores importantes como la dignidad humana y los derechos de las personas en general (García-Uprimny 2004); y el segundo indica que la crítica lo que hace es proporcionar herramientas analíticas que pueden (y de hecho van a) ser utilizadas por los sectores más reaccionarios y menos adeptos a la jurisprudencia garantista proveniente del sistema interamericano de derechos humanos. El peligro aquí sería mayor si se tiene en cuenta que de manera sistemática estos sectores atacan políticamente el sistema interamericano; y si a ello se suma ahora un argumento jurídico que lo deje mal parado, el daño puede ser mayor, con un gran costo no solo para el propio sistema interamericano sino, especialmente, para quienes se han visto y/o pueden verse beneficiados con sus decisiones garantistas, al igual que para el futuro mismo de los derechos humanos, máxime si se tiene en cuenta que la expectativa ciudadana respecto de los sistemas internacionales de protección de los mismos es cada vez mayor y cada vez más legítima, a juzgar por lo que ocurre en los sistemas internos de justicia. Colombia sería el más claro ejemplo de ello, ahora que se viene aplicando un esquema de justicia benévolo con los victimarios, propio de los procesos de transición, solo que sin transición (Uprimny 2006).

En favor de la pertinencia del análisis crítico que se abordará sobre la jurisprudencia de la CIDH, se resalta la pretensión de hacer cada vez mejor el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y ello es realmente lo que motiva este ensayo. Parece de Perogrullo decirlo, pero ningún sistema político, ni judicial, ni de ninguna otra índole que se resista a la crítica, puede tener un futuro promisorio. Por el contrario, la asimilación de la

misma puede redundar en un importante beneficio si es consistente, seria y responsable, y si se percibe menos como un ataque individual o institucional y más como una posibilidad propositiva de revisar dogmáticas y formas de razonamiento que sirven de base a decisiones judiciales en materia de derechos humanos.

En síntesis: De las distintas formas existentes para analizar la jurisprudencia, aquella que pone el énfasis en la estructura de los argumentos parece presentar ventajas sobre las demás, en la medida en que las comprende y, particularmente, porque está interesada en la noción de corrección formal y material.

Esto es particularmente visible en el caso del análisis de la jurisprudencia producida por la CIDH, pues el énfasis ha sido puesto en la descripción y estudio dogmático de su producido doctrinario en materia de DDHH. No se conocen –o no están suficientemente difundidos– estudios sistemáticos que tengan como base la forma, estructura y corrección de los argumentos que allí se exponen¹.

1. Algo de historia

El interés de analizar la jurisprudencia corre paralelo con la evolución de las fuentes del derecho. En la medida en que se reconoce el carácter de fuente formal de derecho a la jurisprudencia², crece el interés por su análisis y con ello la necesidad de construir herramientas metodológicas que faciliten su estudio.

Esta situación permite ver la evolución que en Colombia ha tenido el estudio de la jurisprudencia, el cual no siempre mantiene una línea cronológica, pues aún recientemente se observa el registro de análisis insulares e intuitivos. En lo que sigue se intentará realizar un bosquejo de lo que ha sido dicha evolución.

Un análisis jurisprudencial adecuado depende de un factor institucional ajeno al analista, consistente en que el producido de los órganos judiciales sea público. Ello explica la existencia inicial de medios de difusión de las sentencias tales como las gacetas judiciales de las cortes o los anales o extractos del Consejo de Estado. En estas primeras publicaciones el interés básico era el de su publicidad³ y el uso analítico de las mismas se agota o en la incorporación de parte de su contenido en una sentencia posterior, o como parte del enriquecimiento doctrinario propio de los libros de texto⁴ o de ensayos jurídicos⁵.

¹ Con todo, ver el ensayo de Oswaldo Ruiz Chiriboga (2010), en el que se hace el análisis del caso Apitz Barbera contra Venezuela. Allí se utiliza la metodología propuesta por Toulmin (1958) –que se recoge en González Lagier (2006)– para el análisis de los aspectos probatorios del caso.

² Sobre el debate en el caso colombiano, ver López (2004). Para el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente en el derecho internacional ver O'Donnell (2004A).

³ Ver p.e. los Anales del Consejo de Estado, la Gaceta de la Corte Suprema de Justicia y la Gaceta de la Corte Constitucional.

⁴ Por todos ver el clásico libro de Tascón (1954).

⁵ A manera de ejemplo reciente, ver los ensayos sobre temas contractuales recogidos en Atehortúa y otros (2010). Este uso puede adquirir formas sofisticadas del tratamiento temático de la jurisprudencia como puede verse en los ensayos realizados por Parra (2003), O'Donnell (2004) o Linares (2008).

A pesar de que el interés por la mera publicidad de la jurisprudencia se mantiene en muchas revistas jurídicas especializadas, en otras se empieza a ver la preocupación por avanzar en comentarios y análisis sobre los temas puntuales tratados en las sentencias⁶.

Un paso en esa evolución se muestra en aquellos casos en donde alguna temática concita el interés del analista, lo cual le permite dar cuenta del avance o retroceso jurisprudencial de un organismo judicial⁷, lo que eventualmente sirve para realizar construcciones doctrinarias⁸.

Esta evolución ha estado acompañada de avances metodológicos para el estudio jurisprudencial. Un trabajo pionero en Colombia fue el de Giraldo (1985), en el que el énfasis es puesto en la identificación de las tesis defendidas en las sentencias, lo cual supone la inducción del problema jurídico que se pretende resolver, si es que no está planteado explícitamente en la sentencia. Identificar el problema jurídico y la tesis supone conocer con detalle la estructura del discurso jurídico. Para Giraldo, los problemas jurídicos llamados a ser resueltos por el juez son de dos tipos: los de derecho y los de hecho. A los primeros corresponde, esencialmente, la discusión sobre problemas de fuente formal aplicable al caso y de interpretación de normas y a los segundos, todos los relacionados con asuntos probatorios.

A partir de este esquema simplificado, resulta posible un análisis descriptivo e individualizado de los contenidos de las providencias judiciales, lo cual constituye el insumo básico para posteriores estudios. Pero al no tener claro este mínimo, se corre el riesgo de tergiversar lo que de manera objetiva afirma la jurisprudencia⁹.

En línea con lo anterior, Giraldo (1990) desarrolló las bases de la informática jurídica documental en Colombia; esto es, la formación de bancos de datos jurídicos, incluida la elaboración de tesauros jurídicos, lo cual resultaba importante en un momento de crecimiento cuantitativo del producido jurisprudencial.

Estos textos constituyeron las fuentes de aprendizaje de los primeros analistas de jurisprudencia en las altas cortes de justicia: los relatores. Dicho aprendizaje se vio reflejado en la forma como de un tiempo acá las relatorías de las cortes empezaron a extraer y titular los materiales jurisprudenciales que fueron publicados.

Un salto cualitativo en materia de instrumentos de análisis jurisprudencial, se produjo con el libro de López (2004). La novedad principal del texto radica en una propuesta de abordaje

⁶ Ejemplo de lo primero son Saavedra (1999), Hernández (2008), Leal (2009), Cepeda (2009); y de lo segundo, Castro (1998), Sotomayor (1999), Abushihab (2010). Estos nombres corresponden a los directores de las respectivas revistas. Dos variantes de lo primero son: i) la relación de la jurisprudencia sobre un tema en un determinado período –ejemplo de lo cual es Cuello (2009)- y ii) la inclusión de la información jurisprudencial que se considera más relevante cuando se hacen comentarios a la legislación. Como ejemplo de ello, ver Torres (2010).

⁷ Ver p.e. Rojas (1992, 1995, 1995A, 1995B).

⁸ Ver p.e. Rojas (1992A, 1996, 1996A, 1997, 2000, 2002, 2003, 2007) Uprimny (2001 y 2002).

⁹ Unas aplicaciones básicas de lo afirmado, puede verse en Giraldo-Rojas (1994).

analítico con una técnica de “ingeniería de reversa” consistente en la identificación de los fallos más significativos en la materia de interés –“sentencias hito”- y la reconstrucción de la historia jurisprudencial del fenómeno jurídico a partir de la misma –“línea jurisprudencial”. Un diagrama puede mostrar la manera como se comportan las sentencias objeto de análisis, de modo de identificar la jurisprudencia más consistente y aquellas decisiones que se alejan de una u otra forma de esa línea central.

Es posible encontrar una práctica analítica jurisprudencial que combina las metodologías propuestas por Giraldo (1985) y López (2004), en trabajos como los de Uprimny (2006A) y Uprimny-Rojas-Otros (2002A). En tales casos, sin aplicar toda la ortodoxia de la “ingeniería de reversa”, se produce un resultado semejante, a partir de una observación y análisis caso a caso de la jurisprudencia concernida.

No es muy arriesgado afirmar que todos los trabajos de análisis jurisprudencial en Colombia han corrido por alguna de las vías antes descritas: la que enfatiza la identificación de problemas y tesis jurídicas en cada sentencia (Giraldo 1985), la que da preponderancia a la identificación y análisis de líneas jurisprudenciales (López 2004) y la que resulta –consciente o inconscientemente- de una combinación de las dos anteriores (Uprimny 2006A).

Esta afirmación puede también aplicarse a distintos trabajos que se han desarrollado sobre jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. No es que allí se adopte *ex profeso* alguno de los modelos expuestos, sino que su resultado es semejante, independientemente del tipo de metodología adoptada¹⁰.

Lo notorio hasta ahora es la ausencia de trabajos cuyo énfasis sea la estructura argumentativa de las sentencias y su correlato la discusión en torno a la corrección de las respectivas tesis. Ello no obsta para afirmar que muchos de los trabajos reseñados –en especial los de Uprimny- se caracterizan precisamente por señalar las razones por las cuales tal o cual tesis jurisprudencial es correcta o no. Pero lo que en ellos se observa de forma prevalectante es el debate sustantivo acerca de las tesis, confrontadas más con una mejor doctrina existente –o construida al efecto- y no tanto con la forma y estructura de los argumentos que posee la sentencia.

Quizá este es el espacio llenado por Atienza (1997) y (2009), quien ha propuesto un esquema de análisis jurisprudencial en el que se puede ver mejor el *iter* argumentativo incluido en una sentencia. La base de su propuesta de representación de argumentos consiste en afirmar que la dimensión argumentativa del derecho debería considerar al menos tres tipos de componentes: los formales, los materiales y los pragmáticos¹¹. Los primeros refieren lo que en jerga argumentativa se conoce como la justificación interna y los materiales como justificación externa. De su parte, los pragmáticos ponen el énfasis “en los aspectos dinámicos de la argumentación, en la argumentación vista como una actividad, como un proceso” (Atienza 2009, 30). En el esquema, Atienza diferencia los distintos tipos de actos de lenguaje incorporados en la argumentación: preguntas, respuestas, aserciones, negaciones, cuestiones, soportes argumentales, etc.

¹⁰ Ver p.e. los trabajos de Uprimny-Valencia (2003), Nash-Furse (2002) y Tello (2007).

¹¹ El desarrollo de esta tesis se encuentra ampliamente detallada en Atienza (2005) y (2008).

La teoría de Atienza del derecho como argumentación, que sirve de base a su propuesta sobre representación de argumentos, no ahonda demasiado en un aspecto crucial de la motivación propia de las decisiones judiciales: los hechos¹². Los desarrollos recientes de la teoría de la argumentación ponen el énfasis precisamente en los aspectos fácticos de la sentencia, para resaltar no solamente su importancia, sino también sus especificidades.

Los trabajos más representativos en este punto, son los de Taruffo (2002), (2006), (2006A) y (2008); Gascón (1999) y (2005); Ferrer (2002) y (2007); y Aguiló (2006). En ellos se pone de presente, principalmente, que los criterios utilizados por la teoría de la ciencia son aplicables en la teoría de la prueba judicial, en un ambiente de limitaciones mayor, esto es, propio de las regulaciones jurídicas.

Apoyado en la misma pretensión epistemológica, aunque bajo una fundamentación más cercana al cálculo de probabilidades de corte bayesiano¹³, Tillers (2007) considera que para que las representaciones gráficas de las inferencias en el ámbito jurídico sean de utilidad, además de una notación adecuada, deben estar estructuradas del mismo modo que el cerebro organiza los pensamientos, a fin de que la representación gráfica fomente el análisis heurístico del material disponible. A partir de allí, postula un particular esquema de análisis de las inferencias fácticas.

Es posible que estos esquemas de análisis de argumentos puedan obviarse y sin embargo se produzcan estudios argumentativos sofisticados, como lo muestran los trabajos realizados por Cruz (2007), Ferrer Mac-Gregor (2009) o el muy elaborado de Igartua (1999). Con todo, la utilidad de los esquemas de análisis argumentativo puede verse quizá con mayor propiedad en trabajos que abarquen un número importante de sentencias y no en estudios de caso como los señalados.

En síntesis: La forma como se ha desarrollado la práctica de análisis jurisprudencial corre pareja con la construcción y desarrollo de herramientas metodológicas que han permitido una aproximación analítica más sistemática. Sin embargo, los avances metodológicos realizados en torno a la estructura de los argumentos judiciales, no han sido todavía aplicados y menos en series largas de sentencias. Una aplicación conjunta pero simplificada de esquemas del tipo propuesto por Atienza y Tillers, pueden quizá afinar el abordaje analítico y crítico de jurisprudencia relevante como la producida en la CIDH.

2. El escenario del análisis argumentativo de la jurisprudencia

El análisis crítico de la jurisprudencia en general –y el de la CIDH no es la excepción–, supone un primer momento descriptivo de los contenidos básicos del universo que finalmente se escoja para ser observado. A su turno, esta descripción suele reflejar uno o más paradigmas

¹² Algo semejante ocurre en autores como Alexy (1989) y (1993A) o Toulmin (1958).

¹³ Una crítica a las aplicaciones judiciales del teorema de Bayes puede verse tanto en Taruffo (2002) como en Ferrer (2007).

del derecho¹⁴, los cuales subyacen de manera implícita o explícita en la red de argumentos que constituyen la justificación de la decisión. Incluso, más que reflejar algún(os) paradigma(s), estos se constituyen en el soporte teórico que da sentido a la argumentación.

No parece que un fallo refleje siempre un único paradigma jurídico; esto es, que su argumentación se sustente en uno solo de ellos. Mucho menos que un cierto tribunal se decante o caracterice por la aplicación consistente de un cierto paradigma. Lo usual al analizar jurisprudencia es que se encuentre una multiplicidad de soportes teóricos incluso en una sola decisión judicial, como cuando ante la existencia de distintos problemas jurídicos, el juez encuentre mejores elementos en el formalismo para resolver uno de ellos –p.e. un asunto previo en materia procesal-, pero a continuación el soporte teórico para la solución del problema sustantivo tenga otro enfoque, p.e. el consensual discursivo.

Esta constatación no deja de ser problemática pero también reveladora. De una parte, muestra que insularmente un paradigma no tiene la capacidad de explicar todo el contenido del razonamiento judicial y, de otra, exigiría un modelo teórico distinto a los vigentes que permita dar cuenta de ese contenido, de forma articulada y no como una mera suma superpuesta de distintos paradigmas.

Según Atienza (2008), ese modelo ya se está gestando “desde finales de los años setenta del siglo XX” a partir de los déficit que acusan los paradigmas jurídicos existentes¹⁵ y de los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional (Atienza 2008, 217). Esa novedad estaría en la línea del enfoque argumentativo del derecho cuyos rasgos¹⁶ serían compartidos por defensores de todas las concepciones del derecho si se adopta una filosofía de tipo pragmatista¹⁷ que permita “sacar provecho de muchas aportaciones pertenecientes a esas distintas tradiciones” (Atienza 2008, 224).

Este enfoque argumentativo del derecho puede ser útil para abordar parte del análisis jurisprudencial que se pretende adelantar, pues permitiría mostrar que la jurisprudencia de la CIDH está más interesada en el resultado práctico de promoción, protección y defensa de los DDHH que en construcciones teóricas específicas para el efecto. Por el contrario, este pragmatismo podría mostrar que el apoyo teórico de la jurisprudencia de la CIDH proviene de una multiplicidad de concepciones sobre el derecho cuyo valor es evaluado, por las consecuencias garantistas de los fallos.

¹⁴ Utilizo la noción de paradigma jurídico en el sentido indicado por Mejía (1998) quien distingue, entre otros, los siguientes: el tradicional, el neotradicional, el moderno-temprano, el kelseniano, el post kelseniano y el consensual-discursivo.

¹⁵ Que Atienza prefiere llamar concepciones del derecho.

¹⁶ Los 14 rasgos que propone Atienza, constituyen el listado de lo que serían las propiedades más salientes de las concepciones del derecho existentes (ver p. 18-20 del texto citado).

¹⁷ Atienza enfatiza en que el pragmatismo es la filosofía que está detrás de su enfoque argumentativo del derecho. Tres de las características que sobresalen del pragmatismo son las siguientes: (i) “que las teorías, o las doctrinas se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio”; (ii) “la vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres”, y (iii) “el énfasis que se pone en las consecuencias” (Atienza 2008, 221). El enfoque argumentativo del derecho y su apoyo en el pragmatismo, llevan a Atienza a concluir que el papel de la teoría del derecho es el de “contribuir a elaborar una concepción articulada del Derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas y, con ello, las instituciones sociales” (Atienza 2008, 223).

Pero dicho enfoque argumentativo parece también incompleto. Buena parte de la teoría de la argumentación tiene como objeto de estudio el uso y límites de la lógica en el derecho y las normas jurídicas. El análisis de los hechos que configuran el caso ha tenido una atención mucho menor, aunque creciente. Pero aún sin salir del ámbito del análisis normativo, Twining (2003, 148) cuestiona su cortedad en los siguientes términos: “Una pregunta en gran parte inexplorada es precisamente hasta dónde pueden ser generalizadas a través de culturas y tradiciones jurídicas teorías del razonamiento jurídico como las de Aarnio, Alexy, MacCormick o Dworkin. La mayoría de tales teorías afirman o asumen principios universales de lógica y/o principios generales de manera típica en contextos institucionales más o menos locales, tales como el tribunal superior de un país, el proceso de adjudicación del derecho norteamericano o el del Derecho Común”.

De otro lado, cuando Twining describe los componentes del razonamiento jurídico, además del normativo –que, como se vio, cuestiona por su localismo–, señala en tono de denuncia el de los hechos: “Un viaje rápido a través del legado de la literatura occidental sobre ‘razonamiento jurídico’ incluiría lo siguiente: (...) b) una literatura en gran parte separada, menos desarrollada, y algo más diversa acerca del razonamiento sobre problemas fácticos en el juicio (...) e) incluso menos trabajo ha sido realizado acerca de la relación entre razonar sobre cuestiones de derecho, cuestiones de hecho y otras cuestiones relacionadas con lo jurídico, salvo indicaciones ocasionales de acuerdo con las cuales todas las clases de argumentación racional en contextos jurídicos se podrían incluir posiblemente bajo un solo modelo de razonamiento práctico o de solución de problemas”.

Con lo anterior se quiere indicar que un análisis argumentativo de la jurisprudencia de la CIDH –en el universo que finalmente se delimite– debería comprender entonces no solo los aspectos normativos, sino también los fácticos. Incluso debería referir esas “otras cuestiones relacionadas con lo jurídico”, pero en todo caso en el marco del razonamiento judicial¹⁸.

Dentro de estas “otras cuestiones” quizá deban incluirse las que trata Duncan Kennedy (1997) y (1999) bajo el nombre de ideología. Y es posible que en el faltante sobre análisis de los hechos de la causa, puedan ser útiles los trabajos de Taruffo (2002), (2005), (2006), (2006A) y (2008), Ferrer (2002) y (2007), Gascón (1999) y (2005), Ferrajoli (1995), González (2005) y (2006), Ibáñez (1998) y (2005), Laudan (2005), Peña (2008), Rojas (2006) y (2008), y Stein (1999).

A partir de esta comprensión general, como marco teórico se intentará mostrar sucintamente parte del funcionamiento típico de un tribunal de DDHH como lo es la CIDH. Paralelamente, con ello se muestran las bases para la construcción de lo que se ha denominado *test de análisis jurisprudencial*, instrumento con el que se podría abordar el estudio jurisprudencial de las sentencias de fondo de la CIDH.

¹⁸ El proyecto de Twining es mucho más ambicioso y complejo, lo que no es aquí el caso: “Si la teoría jurídica ha de ser en verdad transnacional y transcultural debe tratar la cuestión de la generalización no solamente respecto del razonamiento jurídico en el sentido estrecho, sino también respecto de otros razonamientos en contextos jurídicos acerca de hechos, políticas, creación de la ley, negociación, condena, etc.” (Ibidem, p. 149).

3. El abecé de la teoría de la argumentación jurídica y ejemplos de la jurisprudencia de la CIDH

Si de lo que se trata es de reconstruir adecuadamente el razonamiento judicial, entonces un buen instrumento de arranque es la teoría de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica comprende fundamentalmente tres áreas de estudio: la que pone el énfasis en los problemas lógicos, la que refiere los problemas de argumentación normativa y, finalmente, la relacionada con los problemas de argumentación fáctica; esto es, sobre los hechos¹⁹.

3.1. La discusión lógico-formal

Para los efectos de lo que aquí se expondrá, de los aspectos lógicos se destacará solo el de coherencia formal. Una decisión judicial es coherente formalmente si existe solidaridad sintáctica y semántica entre las premisas, la conclusión y la decisión. Sin ahondar en las definiciones, es pertinente poner de presente que habría diferencias entre el silogismo práctico²⁰, el jurídico y el silogismo judicial. Este último involucra proposiciones normativas que imponen una conclusión de deber ser y no de ser, como ocurre en el primer caso.

Un silogismo práctico típico y clásico es el siguiente:

- (I) Todos los hombres son mortales
Sócrates es hombre
Sócrates es mortal

Y un silogismo jurídico el siguiente:

- (II) El que matare a otro incurrirá en sanción
A mató a B (otro)
A incurrirá en sanción

Esquemático tendríamos:



En donde (I) P es la premisa mayor, Pm la premisa menor y C la conclusión; (II) N el enunciado normativo, H el enunciado fáctico y Cd la conclusión orientada a una decisión de carácter judicial.

¹⁹ Por razones de espacio, no se ahonda aquí en el aspecto pragmático de la argumentación señalado por Atienza.

²⁰ Un silogismo es un “argumento deductivo en el que se infiere una conclusión a partir de dos premisas”. Irving M. Copi y Carl Cohen (2007, 245).

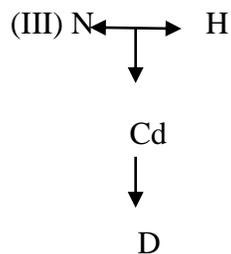
La conclusión de estos silogismos se evidencia por lo que hemos llamado la solidaridad sintáctica y semántica existente entre las premisas y la conclusión²¹. O como dicen Copi y Cohen: “La conclusión de un silogismo de forma estándar es una proposición de forma estándar que contiene dos de los tres términos del silogismo (...) El tercer término del silogismo, que no aparece en la conclusión, y que aparece en cambio en ambas premisas se llama el término medio”²².

Para hacer evidente la falta de solidaridad semántica entre las premisas y la conclusión, o lo que sería lo mismo, para detectar la incorrección formal del silogismo, bastaría p.e. con reemplazar la conclusión por otra del tipo: “Sócrates es inteligente”.

Pero como lo que hace un juez es decidir (teóricamente) a partir de un resultado propio del esquema (II), el silogismo judicial sería:

(III) El que matare a otro incurrirá en sanción
 A mató a B (otro)
A incurrirá en sanción
 Sanciónese a A

Y el esquema sería:



Nótese entonces, que el paso del silogismo jurídico al silogismo judicial lo determina la decisión que toma el juez, siendo ésta de carácter normativo. Aquí, D estaría justificada por (II) y muy especialmente por Cd. Podría decirse así, que D no es un producto cualquiera, sino dependiente de Cd y, si se quiere, de todo el esquema (II).

Ni la estructura de una sentencia judicial, ni mucho menos su decisión, corresponden a un silogismo. Sin embargo, el esquema silogístico es de gran ayuda para hacer notar al menos dos cosas: (i) la corrección formal de una decisión judicial tipo sentencia²³ y (ii) la recurrencia de este tipo de esquema en la argumentación judicial. Para lo que aquí se quiere mostrar, se asumirá que las decisiones judiciales –o partes de ella- tienen una estructura formal que se asemeja a un silogismo: de un lado están las normas –lo que equivaldría a la premisa mayor-, de otra los hechos del caso –premis menor- y una decisión -conclusión-. No sobra recordar que concluir no es decidir, de modo que puede afirmarse que las premisas

²¹ Una afirmación tan escueta puede ser objeto de debates que no se abordarán aquí, como el que podría plantear la tesis de Hernández Marín (2005), acerca de que allí no existe ni una relación de deducibilidad y ni siquiera de referencia.

²² Ib., p. 246.

²³ Lo que desde Jerzy Wróblewski se ha llamado justificación interna.

del silogismo jurídico inducen el arribo a una conclusión y a partir de ella el juez puede tomar una decisión lógicamente informada –silogismo judicial-.

Un par de ejemplos tomados de la jurisprudencia de la CIDH puede ilustrar lo anterior:

Ejemplo 1. En los párrafos 79 a 82 del caso Blake contra Guatemala se lee lo siguiente:

SOBRE EL ARTÍCULO 7

79. En su demanda la Comisión señaló que el señor Nicholas Blake fue secuestrado en forma arbitraria por la Patrulla Civil de El Llano. La detención se efectuó sin una orden judicial expedida por autoridad competente y sin cumplir con los procedimientos establecidos en el derecho interno. Tampoco se informó al señor Nicholas Blake sobre los motivos de la detención, ni fue llevado sin demora ante la autoridad competente para ser juzgado en un plazo razonable.

80. El Estado en la contestación de la demanda sostuvo que tanto el señor Nicholas Blake como el señor Griffith Davis, por su propia voluntad y libre albedrío, viajaron a áreas de conflicto, no obstante los riesgos a los que se exponían por la inseguridad que había en éstas. Afirmó que el señor Nicholas Blake no fue interceptado por ningún agente estatal, llevado a un lugar de detención, sometido a tratos crueles, infamantes o degradantes, torturas, interrogado por alguna autoridad, desaparecido forzada o involuntariamente, ni ejecutado por el Estado.

81. En su escrito de alegatos finales, la Comisión sostuvo que Guatemala violó el derecho a la libertad personal en perjuicio del señor Nicholas Blake, por lo cual dicha violación se extendió hasta 1992, cuando la desaparición cesó.

* * *

82. La Corte señala que la detención del señor Nicholas Blake, a partir de la cual se dio inicio a su desaparición forzada, fue un acto que se consumó el 28 ó 29 de marzo de 1985, es decir, antes de la fecha del reconocimiento por Guatemala de la competencia de la Corte. Como en su sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996 la Corte decidió que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a aquella fecha de reconocimiento de su competencia (9 de marzo de 1987), la Corte considera que no puede pronunciarse sobre la detención del señor Nicholas Blake de conformidad con el artículo 7 de la Convención Americana²⁴.

Si la conclusión es la falta de competencia, las premisas debían estar orientadas por dicha temática. Pero como bien se observa, las mismas refieren no la cuestión procedimental de la competencia, sino la de fondo, relacionada con la existencia o no de la responsabilidad

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo de enero 24 de 1998.

estatal por la detención arbitraria y posterior desaparición forzada del señor Nicolás Blake. En este caso es claro que o se cambian las premisas para hacerlas solidarias con la conclusión, o se cambia la conclusión para hacerlas compatibles con las premisas.

Esta observación tiene como supuesto que la conclusión establecida por la Corte –párr. 82- está en un contexto de análisis de la violación del artículo 7 en el que son expuestos los párrafos 79 a 81. Podría decirse que sí existe al menos una relación de referencia entre las premisas y la conclusión, teniendo en cuenta que en ésta se indica que “*La Corte señala que la detención del señor Nicholas Blake, a partir de la cual se dio inicio a su desaparición forzada*”, tema que es precisamente el referenciado en las premisas. Sin embargo, tal afirmación debe leerse en el contexto de lo decidido sobre la falta de competencia, de lo contrario habría que decir que se trata de un *obiter dictum*, como se constata con el hecho de que suprimir el texto citado en nada cambia lo que finalmente se concluye y decide.

En cambio el análisis insular del párrafo 82 puede llevar a concluir la existencia de un buen argumento formal, en donde la premisa normativa la constituye el contenido de la sentencia de excepciones preliminares, la fáctica la restante información que allí se indica sobre la fecha de los hechos y la del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, a partir de las cuales se concluye correctamente sobre la falta de competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado respecto del artículo 7 de la Convención.

Ejemplo 2. En el párrafo 36 del caso Tiu Tojín contra Guatemala se lee:

B) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

(...)

36. *En lo que se refiere a los documentos adicionales remitidos por los representantes junto con su escrito de alegatos finales (supra párr. 9), referentes a las costas y gastos procesales, la Corte reitera que, conforme al artículo 44.1 del Reglamento, “[l]as pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son ofrecidas en la demanda y en su contestación”. Además, este Tribunal ha señalado que “las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte”²⁵. En esta oportunidad la Corte estima que estos documentos son útiles para resolver la presente causa y los valorará en conjunto con el resto del acervo probatorio, tomando en cuenta las observaciones formuladas al respecto por el Estado (supra párr. 10)²⁶.*

[²⁵] Cfr. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 22; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 258; y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 75.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

Al igual que en el caso anterior, la conclusión a la que arriba la Corte no es consecuente con lo que se afirma en las premisas previamente fijadas. Como bien se observa, en las premisas la Corte refiere la existencia de una exigencia reglamentaria y jurisprudencial relacionada con el momento procesal para introducir en el proceso, pruebas referentes a las costas y gastos del proceso. Tal momento es o la demanda o la contestación o el escrito de solicitudes y argumentos. Sin embargo, la Corte resuelve admitir los documentos allegados en el escrito de alegatos finales –esto es en un momento procesal distinto a los previamente señalados-, aduciendo la utilidad de los mismos para resolver la causa, lo cual deja ver claramente una falta de solidaridad entre las premisas y la conclusión. De paso, se quedó sin justificación alguna el notorio cambio normativo y jurisprudencial introducido.

Tampoco señaló la Corte si el asunto estaba dentro de la previsión jurisprudencial según la cual, con posterioridad al escrito de solicitudes y argumentos, es posible actualizar las pretensiones de costas y gastos y sus respectivas pruebas si se ha incurrido en nuevas costas y gastos con ocasión del procedimiento ante la Corte.

En síntesis: o la conclusión debió ser la de rechazar las pruebas aducidas para hacerla así coherente formalmente con lo señalado en las premisas, o el cambio de éstas debió justificarse para poder llegar a la conclusión señalada.

Con todo, es posible entender que lo que la Corte relievra en su argumento para hacerlo coherente y aplicable al caso concreto, no es la regla sino la excepción, según la cual es posible que las pretensiones sobre costas y gastos “*se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte*”. Así entendida la esencia del argumento, habría que considerar que el problema del mismo radica en la premisa menor, esto es en entender que los “*documentos adicionales remitidos por los representantes junto con su escrito de alegatos finales (supra párr. 9), referentes a las costas y gastos procesales*” son documentos de actualización de costas y gastos. En tal caso, lo que haría falta, hasta ese momento, es una premisa –que podría considerarse implícita- que asegure que “documentos adicionales” es igual a “documentos de actualización”. Sin embargo, que la Corte concluya que los incorpora en su análisis por considerarlos “útiles”, sigue siendo problemático en términos de deducción, como se puede observar, pues una cosa es que los documentos de actualización de costas se deban analizar por la Corte porque pueden ser presentados con posterioridad a los estadios procesales para presentar los de costas y gastos –no los de su actualización- y otra es que los mismos deban ser analizados por ser útiles²⁷.

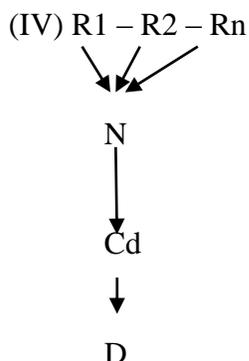
3.2. La discusión normativa

El aspecto lógico-formal de la argumentación es importante pero no el único, ni el más decisivo en un contexto judicial. Antes que nada, el operador judicial debe escoger la

²⁷ Quizá lo que quepa aquí es mirar el argumento no desde la concepción formal, sino de la pragmática que defiende Atienza.

norma que considera pertinente para el caso y fijar su sentido. En este proceso pueden producirse una serie de debates inducidos por las partes y por la necesidad del juez de saber cuál será el fundamento jurídico de su decisión.

Esquemáticamente:



En donde R_n constituye el conjunto de razones que fundamentan la premisa normativa.

De todos los debates que en tal escenario puedan surgir, es de particular interés para la argumentación jurídica el relacionado con la interpretación de la norma escogida. Los principales problemas de la interpretación de normas provienen de la ambigüedad característica de muchos textos normativos o de la existencia de una contra-regla que entra en disputa²⁸. Los métodos de interpretación agotan su función en el despliegue de las varias posibilidades hermenéuticas que un texto normativo pueda tener; pero no hay un método que señale cuál debe escogerse y por qué; no hay, pues, una jerarquía de métodos de interpretación. Sin embargo es necesario justificar la escogencia que a la postre se realice²⁹.

La única manera de salirle al paso a esa suerte de decisionismo judicial que a propósito puede configurarse, es exigiendo razones extra lógicas que hagan plausible –que no verdadera- la decisión. Esta exigencia tiene la virtud de la publicidad y con ello, como ya se indicó, el control del razonamiento proporcionado. Pero este control solo es posible hacerlo a partir de ciertos criterios cuyo objetivo es evitar una evaluación no sustancial o, incluso, sesgada del razonamiento. Para cumplir un cometido tal, esos criterios deberían tener algunas características que todos los involucrados compartan, de lo contrario se correría el riesgo de trivializar el control argumentativo en la medida en que quienes

²⁸ En el lenguaje de Duncan Kennedy (1997), esto equivaldría a la definición del campo jurídico, ampliándolo o restringiéndolo. Que este es particularmente un tema de interés de Kennedy, se demuestra en *Libertad y restricción judicial en la decisión judicial*, que puede leerse como un largo alegato en el que se pretende mostrar que la argumentación jurídica no es otra cosa que “la actividad de re-formular reglas generales y re-estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía ‘ser cubierto’ por la norma A ahora ‘resulte cubierto’ por la norma B” (p. 149-150).

²⁹ Es prolífica la literatura en este punto. Al respecto ver, entre otras fuentes las siguientes: Alexy (1993), Atienza (1993), (1999), (2008), Aguiló (2000), Arango (2000), Bernal (2003) y (2005), Bonorino (2006) y (2006A), Calvo (1994) y (1995), Casanovas (1994), Comanducci (1999), Dworkin (1984), Frank (1993), García (s/f), Igartua (2003), Iturralde (1995), Larenz (1996), López (2008), MacCormick (1978), Nerhot (1990), Nieto (2000), Pérez (2000), Petev (1996), Recaséns (1986), Reichel (1921), Rojas (1996), Uprimny (2002), (2006B), Vásquez (1998), Viehweg (1969), Villamil (2000), Vigo y Zabala (2007).

proporcionan la argumentación tengan un cierto paradigma racional completamente distinto a quienes efectúan la crítica.

Tales características y objeto son las que se atribuyen a la racionalidad, en la medida en que es una práctica de la modernidad. Pero el concepto de racionalidad por sí mismo ya es complejo. Adicionalmente a la designación que con tal nombre suele hacerse al uso del conjunto de reglas y formas lógicas –racionalidad lógica-, la racionalidad igualmente designa el uso de reglas de razón práctica –racionalidad discursiva-. Para los efectos de análisis de la jurisprudencia escogida, aquí se utilizará la tesis que sobre discurso jurídico y razón práctica ha defendido Alexy (1989).

Esta decisión no es casual, ni desconoce las observaciones de que ha sido objeto su teoría, ni mucho menos el lugar teórico en el que se la ubica. En efecto, son variadas las observaciones que se hacen a la teoría de Alexy –como las de Manuel Atienza (1991), Giaformagio (1993) y Habermas (1998)- y su teoría es percibida como neotradicionalista pues su perspectiva kantiana “permite conferirle estatus de universalidad a la interpretación localista que se deriva de la visión tradicional” (Mejía 1998, 133). Pero se insiste en incorporar a Alexy en el análisis, ante el *factum* de que la argumentación judicial incorpora los elementos característicos de su teoría.

Siguiendo a Wroblewski, Alexy (1989) divide en dos las reglas del discurso jurídico: las de justificación interna y las de justificación externa. Esta ofrece, entre otras, reglas de interpretación, de la argumentación dogmática, las de uso de precedentes y la regla de argumentos especiales. En apoyo de estas reglas particulares del discurso jurídico acuden, las reglas de razón práctica. A partir de esto, la tesis central de Alexy puede enunciarse sintéticamente así: el discurso jurídico hace parte de un discurso más amplio que es el discurso práctico general –y comparte con él, entonces, su carácter racional-, de modo que las reglas de este discurso, *mutatis mutandis*, son aplicables al discurso jurídico. La pregunta que inmediatamente surge es: ¿cuáles son las reglas del discurso racional general que *mutatis mutandis* se aplican al discurso jurídico?

Ha sido mérito de Alexy condensar e incluso reformular este conjunto de reglas, que constituyen lo que el propio autor denomina el “código de la razón práctica”, cuya observación en ámbitos discursivos es imperativa, so pena de verse confinado a mundos posibles distintos a aquellos que tienen como práctica vital el uso de la razón. Y el uso jurídico –entonces judicial- de este conjunto de reglas viene justificado por la tesis de Alexy ya enunciada según la cual –valga la insistencia- el discurso jurídico es un caso especial del discurso general.

Alexy señala la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general. De modo que la explicación del uso de éstas reglas, contribuye a la explicación de su uso en el discurso jurídico.

La teoría de la argumentación judicial, en lo que a la premisa normativa se refiere, podría concebirse como la teoría del uso prescriptivo de las reglas específicas del discurso jurídico y algunas reglas del código de la razón práctica aplicables en ciertos casos. La debilidad como se formula esta tesis, pretende recoger dos de las principales críticas que

ha recibido la propuesta de Alexy en lo que al “código de la razón práctica” se refiere, a saber, (i) que algunas reglas no parecen regir en el discurso jurídico –como la de sinceridad- y (ii) que no corresponden a la exigencia de los casos trágicos, es decir aquellos “en los que no existe *ninguna* respuesta correcta, estos es, casos jurídicos que no pueden decidirse si no es vulnerado el ordenamiento jurídico” (Atienza 1991, 229).

A continuación se indican algunos ejemplos del conjunto de reglas específicas del discurso jurídico y de aquellas que constituyen el “código de la razón práctica” –reglas fundamentales, reglas de razón, reglas de carga de la argumentación reglas de fundamentación y reglas de transición-:

R1. *Regla de interpretación.* Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad de legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

R2. *Regla de la argumentación dogmática.* Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

R3. *Regla del uso de precedentes.* Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

R4. *Regla fundamental.* Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

Su forma de operar, en síntesis es la siguiente: cuando un juez debe tomar una decisión jurídica, tiene como presupuesto un marco jurídico dentro del cual actúa. Como no en todos los casos es posible dar una simple aplicación a dicho marco –y con ello justificar su decisión- tal como ocurriría en “casos fáciles”, el juez debe apoyarse en lo que dicen las reglas de interpretación, de la argumentación dogmática, del uso de precedentes y de los argumentos jurídicos especiales. Las reglas de razón práctica permean todas las demás y constituyen a su vez un grupo de reglas en las que puede adicionalmente apoyarse el juez. En palabras de Alexy: “La argumentación práctica general puede ser necesaria (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling* y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna” (Alexy 1989, 271).

Si bien las reglas de razón práctica cumplen una función irremplazable en el razonamiento judicial, habría que decir que la razón práctica exige al menos: (i) sujetos de razón y (ii) conocimiento básico de las reglas de razón. Los sujetos de razón son el supuesto epistemológico. Aquellos que por virtud de existencia en distintos mundos posibles no posean, o no usen, o no quieran usar la cualidad de razonar, no están habilitados para hacer parte constitutiva de esa suerte de juego de lenguaje –en sentido wittgensteniano-. Y todos

los sujetos de razón deben conocer las reglas del juego o por lo menos estar en capacidad de asimilarlas para luego usarlas. Conociendo todas las reglas será posible detectar quién falta a las mismas, con lo cual el concepto de regla sirve para identificar el de falta. De allí deviene la posibilidad de evaluar críticamente un cierto razonamiento judicial.

Con todo, aún sin contravenir las reglas, el resultado puede ser el hallazgo de dos proposiciones bien fundamentadas aunque incompatibles entre sí –a pesar de ser ambas discursivamente posibles-; en cuyo caso la decisión debe estar apoyada en dispositivos jurídicos que bien pueden denominarse “reglas de cierre”, tales como las presunciones, las ficciones o los principios garantistas del tipo “presunción de inocencia”. En todo caso, como dice Atienza, además de los “casos difíciles”, habrá que admitir la existencia de “casos trágicos en el derecho”, es decir aquellos en los que cualquiera sea la decisión que se tome, el sistema jurídico resulta vulnerado³⁰.

Apartes de una de las sentencias de la CIDH, puede servir de ilustración del uso de las reglas citadas anteriormente a manera de ejemplo. Se trata del caso Yatama contra Nicaragua (sentencia de 23 de junio de 2005, fondo), en donde uno de los debates importantes giró en torno al contenido del numeral 2 artículo 23 de la Convención, que dice:

1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
 - a) *de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
 - b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
 - c) *de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*
2. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

El caso concreto refiere que una ley nicaragüense dispuso que la participación de los indígenas en contiendas electorales debía hacerse por la vía de partidos políticos. La Corte consideró que dicha ley era violatoria del transcrito numeral 2, pues con la misma se restringía desproporcionadamente el derecho a la participación política. Su argumento fue el siguiente:

215. No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación

³⁰ Sobre este tema, ver Rojas (1996).

esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia³¹, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado. Incluso, la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario “[e]l fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas”³².

Hubo un voto disidente que argumentó lo siguiente:

4. Cabe observar que el artículo 23.2 concede a los Estados el derecho de reglamentar el ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por razones de edad y algunas más. Otras regulaciones por diferentes razones son contrarias a la Convención y constituirán violaciones de los derechos pero las reglamentaciones que son permitidas sólo con restricciones son las referentes a las personas pues esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que toda otra reglamentación aunque no sea referente a las personas sea violatoria de los derechos humanos ya que es indudable que la celebración de elecciones requiere una reglamentación sobre los partidos que puedan participar en ellas, sobre la nominación de los candidatos de esos partidos y muchos otros puntos más. Es mediante esas reglamentaciones que las elecciones pueden celebrarse en orden y ser representativas de la voluntad popular, y fue en aplicación de esas reglamentaciones permitidas que el Consejo Supremo Electoral denegó la inscripción de los candidatos de YATAMA.

Este podría ser un típico caso en donde la mayoría de la Corte enfrenta el literalismo privilegiado por el juez disidente y encuentra “motivos racionales que conceden prioridad a otros argumentos” (R1). La ruta para hacerlo arranca con la cita de precedentes para resaltar la importancia de los partidos políticos en el fortalecimiento democrático (R3), y ante la constatación de que en la Convención Americana no hay norma que autorice la participación política sin partidos políticos, la Corte esgrime un argumento razonable (práctico) según el cual “*hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado*”

[³¹] Cfr. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87, ECHR 2003-II; *Case of Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 32, ECHR 2002-II; y *Eur. Court H.R., Case of Socialist Party and Others v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, para. 29.

[³²] Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 5.

e integra a su argumento una norma de *soft law* contenida en la Carta Democrática que se encuentra en la misma línea³³.

Estos motivos racionales (R1) se ven complementados en los votos razonados y concurrentes de otros miembros de la Corte. Por ejemplo, el juez Sergio García Ramírez hace una cuidadosa relación de procesos en materia indígena y étnica de la Corte Interamericana, para mostrar cómo la protección a minorías ha venido asentándose como un criterio sólido para profundizar lo que él llama una democracia integral: *“los casos contenciosos que menciono en este Voto concurrente a las respectivas sentencias analizan cuestiones comunes a las comunidades indígenas y a los derechos de sus integrantes, aunque lo hagan frente a hechos diferentes y conforme a las circunstancias específicas de cada caso. Estas decisiones se instalan sobre una misma realidad histórica y pretenden resolver las manifestaciones particulares que aquélla ha traído hasta nuestro tiempo. De ahí que alienten la aplicación de soluciones guiadas por un mismo objetivo liberador e igualitario, que permitan el despliegue de los derechos individuales de quienes son miembros -y tienen pleno derecho a seguirlo siendo- de comunidades étnicas e indígenas que forman parte de las más amplias comunidades nacionales. Se trata, en fin de cuentas, de resolver en el siglo XXI los problemas heredados de siglos precedentes. A esto puede contribuir la jurisprudencia específica, cada vez más abundante y comprensiva, de la Corte Interamericana”*.

El juez García Sayán proporciona adicionalmente un argumento dogmático (R2) de apoyo a lo decidido: *“En cuanto a los partidos y organizaciones políticas, este es un asunto absolutamente medular que tiene directa repercusión en la afectación de los derechos de quienes pretendieron infructuosamente ser candidatos por YATAMA en la Costa Atlántica de Nicaragua. Este tema, curiosamente, no aparece mencionado explícitamente en la Carta de la OEA ni en la Convención Americana. Sin embargo, la propia esencia conceptual de la democracia representativa supone y exige vías de representación que, a la luz de lo estipulado en la Carta Democrática, serían los partidos y “otras organizaciones políticas” a los que se trata no sólo de proteger sino de fortalecer conforme se estipula en el artículo 5º”*.

Y por último, es posible hallar un ejemplo de regla fundamental de igualdad (R4) –también de argumento dogmático (R2)-, en el razonamiento hecho por el juez Cancado Trindade: *“Lo que me permito aquí agregar, en el presente Voto Razonado, es que el reconocimiento judicial del carácter de jus cogens del principio básico de la igualdad y no-discriminación se manifiesta hoy día en la jurisprudencia no sólo en materia consultiva, sino también - como lo atesta la presente Sentencia en el caso Yatama - en materia contenciosa, de esta Corte, rindiendo así un aporte positivo y de vanguardia al desarrollo de las bases del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.

3.3. La discusión fáctica

³³ Kennedy vería en este argumento una típica forma de definición del campo jurídico. También un esquema típico de la tensión entre lo que a primera vista dice una norma y las razones que se construirían para obtener “la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar”.

No es un buen instrumental analítico el enfoque argumentativo del derecho para efectos de estudiar los razonamientos judiciales relacionados con los hechos del caso. Como es sabido y se recordó antes, la teoría de la argumentación ha concentrado sus esfuerzos en el aspecto normativo del razonamiento y solo recientemente empiezan a mostrarse trabajos que enfatizan los argumentos sobre los hechos.

De los estudios existentes, quizá los más conocidos son los de Taruffo y Ferrer. El potencial analítico que proporcionan las reflexiones de estos autores permite caracterizar bastante bien ese extremo del razonamiento judicial relativo a los hechos del caso. En lo que sigue se hará la síntesis de aquella parte del trabajo de Taruffo y Ferrer pertinente a los efectos del análisis que se presenta en este apartado.

A partir de la consideración general según la cual “el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no solo resolver conflictos, o *-rectius-* está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad como una condición de justicia, en la decisión de los casos”, Taruffo (2008, 23) pone de presente la necesidad de someter al juicio racional la fijación del enunciado sobre los hechos del caso.

La cuestión decisiva es quizá el momento de la valoración de la prueba. Abolida la tarifa legal como criterio de análisis probatorio, el juzgador debe hacer valoraciones “conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto de litigio, sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles” (Taruffo 2002, 135).

Varios han sido los caminos propuestos para hacer de esta valoración algo propio no de la psicología judicial, sino de la racionalidad. De tales vías, sobresalen las aproximaciones hechas desde el análisis de probabilidad estadística y la combinación de ésta con las creencias iniciales que se tengan en las hipótesis sobre los hechos -análisis de probabilidad bayesiano-, los cuales han sido discutidos ampliamente por Taruffo, quien a su vez ha propuesto una metodología denominada probabilidad lógica prevaeciente: “...el único criterio racional de elección de la hipótesis que resulta *más aceptable* es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por *algunas* hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis. No obstante, se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas” (Taruffo 2002, 301).

Un importante desarrollo de esta probabilidad no sometida al cálculo matemático que exige la probabilidad bayesiana ha corrido por cuenta de Ferrer (2007, 113), quien sostiene lo siguiente: “la verdad de un enunciado probatorio del tipo ‘está probado que p ’ (sobre la base de un conjunto de elementos de juicio c) no depende de las creencias del juzgador sino de la

aceptabilidad de p como hipótesis, dados los elementos de juicio disponibles y un estándar de prueba determinados”.

La base de la propuesta de Ferrer (2007, 121) sobre lo que llama “probabilidad lógica o inductiva” y del “método de inducción eliminativo”, es el trabajo de L.J. Cohen, tal como él mismo lo reconoce. De lo que se trata es de medir “la fiabilidad de la inferencia que va de una proposición a otra en contextos donde no la puede garantizar la lógica deductiva” (Ferrer 2007, 123). Dicha fiabilidad “aumentará a medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsarla y la superación de cada uno de ellos aumentará su probabilidad. Siendo así, el punto de partida en el proceso de evaluación del soporte inductivo de una hipótesis antes de tomar en cuenta ningún elemento de juicio es necesariamente 0 y una hipótesis H y su negación ($-H$) pueden tener simultáneamente una probabilidad cero si no hay sobre ellas información relevante” (Ferrer 2007,123).

Luego es necesario corroborar o contrastar la hipótesis o falsarla. Según Ferrer, “la corroboración de una hipótesis supone “la posibilidad de predecir algún evento o estado de cosas empíricamente contrastable”, para lo cual “es necesario también suponer una serie de conocimientos previos del mundo que se denominan ‘supuestos auxiliares’ (SA)”³⁴, junto con las “‘condiciones iniciales’ (CI), que son los hechos-condicionantes particulares que deben darse para que ocurra lo predicho” (p. 131). Así, la estructura del razonamiento sería:

(1) H y SA y CI \rightarrow P

“en donde H es la hipótesis a corroborar, SA los supuestos auxiliares, CI las condiciones iniciales y P la predicción” (Ferrer 2007, 132). Según Ferrer, “la constatación del cumplimiento de la predicción aporta, en principio, apoyo inductivo a la hipótesis” (ib)³⁵.

³⁴ Que equivalen, como el mismo Ferrer señala, a las máximas de experiencia.

³⁵ Un par de ejemplos de los que trae Ferrer, ayudará a aclarar la forma como funciona la corroboración de la hipótesis a través de la predicción. Ejemplo 1: “Si la policía detiene a un hombre del que sospecha que es el autor de la muerte a tiros, pocos minutos antes, del dueño de una joyería en la que han entrado a robar, puede hacer (y suele hacer) la siguiente predicción: si el detenido es el autor del disparo (H) y dados los rastros que un disparo deja sobre las manos de quien dispara, que pueden comprobarse mediante el procedimiento técnico x (SA), y dado que el autor del disparo no portaba guantes en el momento de disparar (CI), entonces se encontrarán rastros de pólvora sobre las manos del detenido (P). Por supuesto esta es una predicción constatable, que la policía comprueba. Si la predicción no se cumple, puede ser falsa la hipótesis, o bien los supuestos adicionales (porque, por ejemplo, el tipo de arma usada no deje esos rastros al ser disparada) o las condiciones iniciales (porque, por ejemplo, el sujeto sí llevara guantes al momento de disparar). En la medida, en cambio, en que estemos seguros de la verdad de SA y CI, esto nos llevará a rechazar o revisar la hipótesis analizada. Si se cumple la predicción, en cambio, ésta constituye un elemento de juicio a favor de la hipótesis, con las precisiones que presentaré enseguida” (Ferrer 2007, 132). Ejemplo 2: “Supóngase que la policía se apersona en una casa alertada por la alarma antirrobo de la misma. En el jardín de la casa se encuentra a un sujeto y es detenido. Inspeccionada la casa se comprueba que han sido robadas unas valiosas joyas que estaban en un baúl en la habitación conyugal de los propietarios de la casa. Si la hipótesis de que el detenido es el ladrón es correcta, y ha sido detenido estando aún en el jardín de la casa, se puede predecir que las joyas estarán aún en su poder. Pues bien, se procede a registrar al sujeto y en sus bolsillos se encuentran, efectivamente, parte de las joyas. Parece ésta, claramente, una corroboración de la hipótesis. No obstante. El detenido sostiene una hipótesis alternativa: él es el jardinero de esa casa, ha oído la alarma y al acercarse a la entrada principal ha encontrado las joyas tiradas en el suelo en el jardín, por lo que ha procedido a recogerlas para entregarlas a su propietaria en cuanto la vea. Ahora está claro que la predicción de que las joyas se encontrarían en poder del detenido es compatible tanto con la hipótesis de la policía como con la hipótesis del detenido. Por eso, no

Concluye Ferrer afirmando que como las fórmulas son probabilísticas, no es posible hablar de certezas de la hipótesis, “porque siempre puede haber una hipótesis H’ que prediga lo mismo” (Ferrer 2007, 136). Adicionalmente “el grado de contrastación de H está en función de a) las predicciones que hayan resultado ser verdaderas que permite realizar a partir de los datos disponibles y b) las improbabilidades de que otra hipótesis H’ de cuenta de los mismos datos y permita formular las mismas predicciones verdaderas”.

A continuación se intentará revisar el razonamiento hecho por la CIDH, en relación con uno de los aspectos fácticos más decisivos del caso de la masacre de *19 Comerciantes contra Colombia* (sentencia de 5 de julio de 2004), a partir de la metodología expuesta por Taruffo. Aunque no se trata de comparar en este caso dos hipótesis y sus respectivos medios de prueba, el análisis mostrará la forma como podría diagramarse una de ellas para poner de presente sus ventajas pedagógicas.

La conclusión a la que llega la Corte en el punto que interesa es la siguiente: “Con base en los elementos probatorios aportados a este proceso, el Tribunal considera que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, el grupo “paramilitar” que desapareció a los 19 comerciantes tenía estrechos vínculos con altos mandos de la Fuerza Pública de la región del Magdalena Medio, así como también recibía apoyo y colaboración de éstos” (párr. 134).

Esta conclusión, que ayuda a sustanciar la tesis de la violación tanto del artículo 7 (derecho a la libertad) como del artículo 4 (derecho a la vida), se apoya a su turno en una serie de afirmaciones de la Corte que encuentran distintos sustentos probatorios y que podrían agruparse en generales y específicos.

Los primeros recogen reflexiones hechas por la Corte sobre distintos aspectos: (i) “la creación de grupos de ‘autodefensa’ que derivaron en grupos delincuenciales o ‘paramilitares’” –la más extensa de tales reflexiones-, (ii) “la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos “paramilitares”, (iii) “el uso desproporcionado dado al armamento” entregado a los ciudadanos que los requerían bajo amparo legal, y (iv) la omisión del Estado al “no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente” actividades delincuenciales como las que posteriormente serían conocidas como “paramilitarismo” (párr. 124).

Sobre la primera y más extensa reflexión general, esto es, la relacionada con (i) “la creación de grupos de ‘autodefensa’ que derivaron en grupos delincuenciales o ‘paramilitares’”, la

aporta confirmación a ninguna de ellas respecto de la otra que permita preferir racionalmente una de las hipótesis en conflicto. Ahora bien, si la hipótesis de que el detenido es el ladrón es correcta, y dado que cuando se toca un objeto con los dedos se dejan sobre él las huellas dactilares, y dado que no portaba guantes ni se han encontrado tirados en los alrededores, se puede predecir que se encontrarán sus huellas en el interior de la casa y, en particular, en el baúl en el que estaban las joyas originalmente. Ésta es una predicción que, de cumplirse, permite ya elegir una de las hipótesis en conflicto, puesto que resultaría incompatible con la hipótesis del detenido” (Ferrer 2007, 135). Este último ejemplo, por cierto, lleva a Ferrer a considerar una segunda fórmula que dice: “si no es el caso que (no son verdaderos) la hipótesis H y los supuestos adicionales SA y las condiciones iniciales CI, entonces muy probablemente no se dará P” y su notación sería: (2) $\neg(H \text{ y } SA \text{ y } CI)$ muy probablemente $\neg P$ ”.

Corte señaló básicamente tres cosas: 1) que al ser conformadas las autodefensas mediante norma jurídica (D.L. 3398/65), ello quiere decir que fueron apoyadas por el Estado; 2) que muchas de las autodefensas se convirtieron en grupos armados ilegales (tal como lo sostuvo el Estado en audiencia pública, párr. 119); y 3) que el Estado empezó a tomar medidas para contrarrestar tales grupos delincuenciales³⁶, con fecha posterior a la comisión de la masacre de los 19 comerciantes.

Sobre el tema (ii) de la interpretación, la Corte utilizó en contra del Estado la motivación expuesta en el decreto que desde 1965 autorizó el porte de armas de uso privativo de las FFAA. Como recuerda la Corte, la parte considerativa de dicho decreto indicaba que “la interpretación del Decreto legislativo 3398 de 1965 [adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968] por algunos sectores de la opinión pública *ha causado confusión sobre su alcance y finalidades en el sentido de que se puedan llegar a tomar como una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes*”.

Acerca del (iii) “uso desproporcionado dado al armamento”, lo único que parece sustentar dicha afirmación (al menos teniendo en cuenta el apartado que se analiza) es lo dicho por el Tribunal Superior Militar en una sentencia proferida sobre el caso en marzo 17/98. Allí se recuerda que en una reunión con campesinos, un alto oficial del Ejército “les autorizó la venta de armas amparadas con salvoconducto, inclusive de las armas obsoletas de uso oficial” (párr. 123).

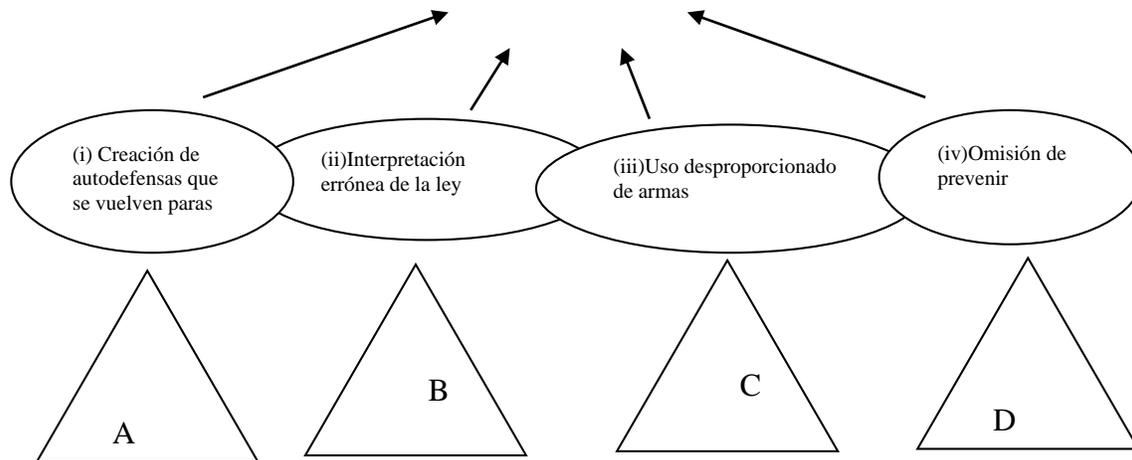
Y en relación con (iv) la omisión del Estado sobre sus deberes de protección y garantía, la Corte invocó –reiterando su jurisprudencia– algunos principios básicos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, tales como (a) la responsabilidad proveniente de hechos de particulares “por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (párr. 140); o (b) la sola demostración de “que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la convención”, sin atender ni la identificación del agente, ni mucho menos su culpabilidad conforme al derecho interno (párr. 141).

El diagrama 1 ayudará a visualizar mejor lo que hemos denominado sustentos probatorios generales de la conclusión señalada en el párrafo 134: que “el grupo “paramilitar” que desapareció a los 19 comerciantes tenía estrechos vínculos con altos mandos de la Fuerza Pública de la región del Magdalena Medio, así como también recibía apoyo y colaboración de éstos”. Para abreviar se dirá: “Con el apoyo de agentes estatales”.

Diagrama 1



³⁶ Como la suspensión del porte autorizado a través del Decreto 815/89, la declaratoria de inexistencia de la norma que autorizaba el porte y la tipificación de la conformación de grupos paramilitares (Decreto 1194/89).



A= - D.L. 3398/65
 - Según el Estado, las autodefensas se vuelven delincuentes
 - El Estado tomó medidas tardías

B= Consideraciones incluidas en el D.L. 3398/65

C= Venta legal de armas obsoletas de uso oficial

D= Principios del DIDH

A estos sustentos probatorios que llamamos generales, se suman los específicos siguientes:

(v). Lo dicho en varias sentencias proferidas por autoridades judiciales colombianas en distintos momentos y con ocasión de la averiguación interna de lo sucedido: la del juzgado regional de Cúcuta (sentencia S1), la del Tribunal Nacional que confirmó la anterior (sentencia S2), la del juzgado de San Gil (sentencia S3), la del Tribunal Superior de San Gil que confirmó la anterior (sentencia S4). Todas estas sentencias, a su turno, fundamentaron sus asertos en testimonios que señalaron la connivencia de los paramilitares con las fuerzas militares. Adicionalmente en S4, el Tribunal se apoyó en un informe del DAS que llegó a conclusiones semejantes.

(vi). El testimonio de un oficial, registrado en la sentencia del Tribunal Superior Militar, según el cual “El Batallón Bárbula apoyaba a los paramilitares”. T1.

(vii). El testimonio de familiares de las víctimas que refieren las relaciones de los paramilitares con las fuerzas militares. T2.

(viii). Tres informes del DAS, correspondientes a los años 1988, 1989 y 1990 que registran los “vínculos estrechos entre militares del Batallón Bárbula y el grupo ‘paramilitar’ de la zona” (párr. 133).

(ix). El informe del Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones sumarias acerca de la visita a Colombia realizada en 1989, en el que igualmente se indican los lazos entre militares y paramilitares.

(x). La constatación, en los procesos penales internos, de varios hechos relevantes:

-La existencia de una reunión en donde se decidió la muerte de los comerciantes, en la cual participaron militares.

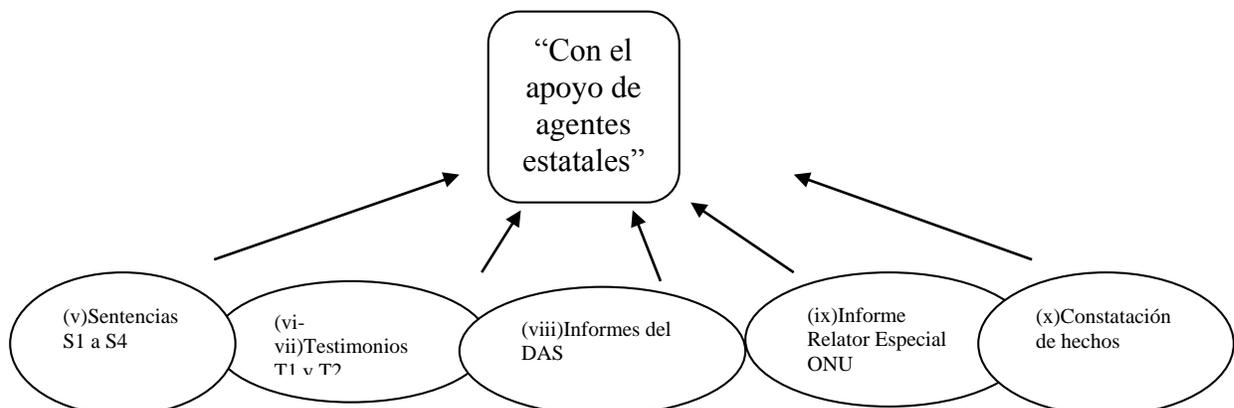
-La omisión de retener el contrabando en un control realizado por el Ejército, momentos antes de la retención y posterior masacre de los comerciantes.

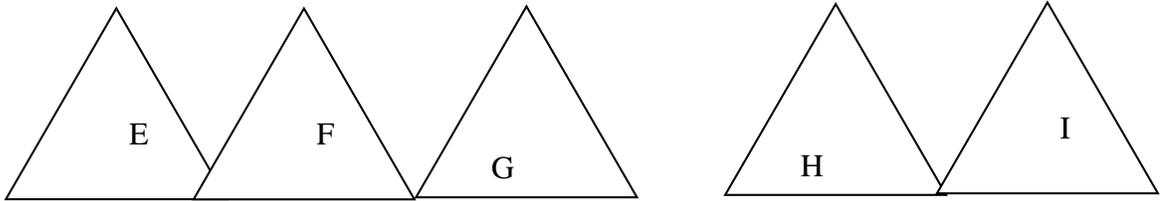
-La creencia de que las víctimas vendían armas y mercancías a los grupos guerrilleros.

-El no pago por las víctimas del “impuesto” que cobraban los paramilitares por el tránsito de mercancías en la región.

La diagramación de los mencionados sustentos probatorios específicos sería la siguiente:

Diagrama 2





E= Testimonios e informe del DAS no objetados

F= Pruebas no objetadas

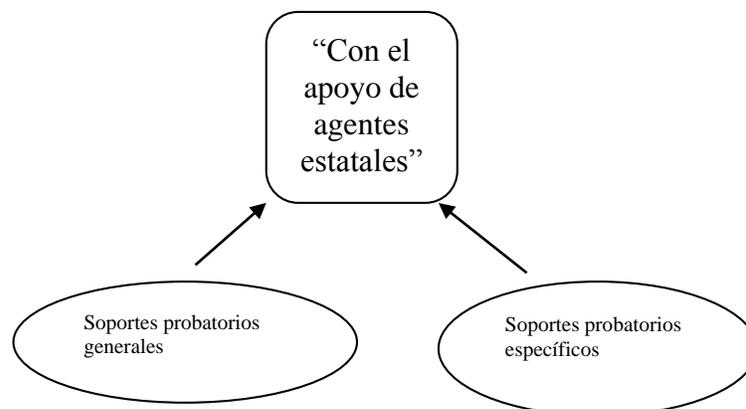
G= Pruebas no objetadas

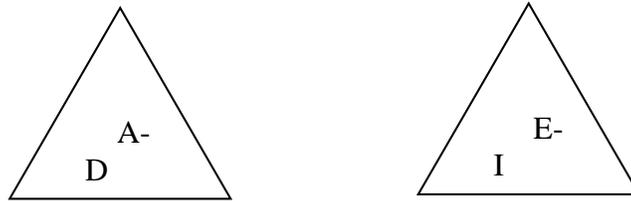
H= Prueba de autoridad

I= Cosa juzgada en procesos penales internos

De modo que el conjunto de soportes probatorios generales y específicos descritos, dan sustento a la afirmación “con el apoyo de agentes estatales”. El diagrama completo podría ser el siguiente:

Diagrama 3





Estas diagramaciones tienen la ventaja pedagógica de permitir observar en un solo golpe de vista, la forma como se estructura el argumento de la Corte. Adicionalmente, en un ejercicio más completo –como el que se piensa realizar a lo largo de la investigación-, facilitaría la comparación de los argumentos y pruebas que se esgrimen a favor de varias hipótesis sobre los hechos –p.e. las esgrimidas por el Estado en sus alegatos finales-, a fin de proceder a su escogencia por medio de la metodología propuesta por Taruffo sobre la probabilidad lógica prevaleciente.

Pero también la diagramación propuesta puede facilitar la explicación de la metodología de corroboración de hipótesis diseñada por Ferrer.

La metodología expuesta y aplicada en este breve ejercicio, parece apoyar analíticamente nuestras intuiciones acerca de la fuerza de los fundamentos proporcionados. Como se observa en el diagrama 1, los distintos argumentos que apuntan a darle fuerza a la hipótesis –“Con el apoyo de agentes estatales”-, tienen a su turno distintos soportes probatorios –A, B, C, D-. Pero de todos ellos el más frágil es el correspondiente al argumento “uso desproporcionado de armas” –esto es el que se apoya en la prueba descrita como C-, pues decir que el Ejército “les autorizó la venta de armas amparadas con salvoconducto, inclusive de las armas obsoletas de uso oficial” (párr. 123) no lleva lógica y directamente a sostener que hubo un “uso desproporcionado de armas”. Se necesitarían más premisas o más rodeos argumentales para hacerlo y, como dice Taruffo, “cuanto más larga sea la cadena, menor será el valor probatorio final”, a lo cual agrega que “la fuerza total de la cadena de inferencias no puede ser mayor que la fuerza del eslabón más débil” (Taruffo 2008, 141).

Es posible que esta falencia pueda verse intuitivamente con apoyo en el diagrama y en la descripción del mismo; pero también podría decirse que observando el mismo diagrama, todos los argumentos parecieran tener el mismo peso. La metodología de corroboración de hipótesis de Ferrer, en consecuencia, puede constituirse en una herramienta analítica importante para afinar nuestras intuiciones.

Conclusiones

- De las distintas formas como es posible abordar el análisis jurisprudencial, el enfoque argumentativo muestra algunas bondades que proporcionarían rendimientos a otro tipo de análisis, especialmente aquellos interesados en construcciones o avances dogmáticos.

- Una buena descripción y análisis de lo que hacen los jueces en materia de derechos humanos a través de sus sentencias –como ocurre con la CIDH-, puede verse facilitada por el uso de herramientas metodológicas como las que proporciona la teoría de la argumentación jurídica en su concepción amplia que incorpora el análisis lógico, el normativo, el fáctico y el pragmático.
- Aquella parte de la teoría de la argumentación centrada en los problemas normativos –el enfoque argumentativo de Atienza- pareciera facilitar explicaciones diferentes a algunos argumentos que desde escuelas específicas –como el formalismo o el positivismo- serían vistos críticamente, con desmedro de la legitimidad de la tarea práctica que desempeñan organismos garantes de los derechos humanos como la CIDH.
- Algunas metodologías como las propuestas por Taruffo y, más específicamente, Ferrer, pueden ser útiles para explicar de mejor forma las justificaciones que proporcionan los jueces –como la CIDH- cuando realizan análisis epistemológicos sobre los hechos de la causa.

BIBLIOGRAFÍA

Introducción y apartado 1

Abushihab C., Majer. 2010. *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional N° 31*. Abril-Junio. Bogotá: Legis.

Aguiló, Josep. 2006. “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Jueces para la Democracia N° 57*. Madrid.

Alexy, Robert. 1989. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción del alemán de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEC.

_____. 1993A. *Derecho y razón práctica*. México: Fontanamara.

Atehortúa Ríos, Carlos Alberto y/o. 2010. *Temas en contratos estatales*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Atienza, Manuel. 1997. *Derecho y Argumentación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. 2005. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

_____. 2008. “Derecho y argumentación”, en *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*. Arequipa: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

_____y Lozada Prado, Alí. 2009. *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito: Cevallos Librería Jurídica.

Castro de Cifuentes, Marcela. 1998. *Revista de derecho privado N° 21*. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Cepeda, Julio Roberto. 2009. *Jurisprudencia y doctrina. Revista mensual*. Bogotá: Legis.

Consejo de Estado. 1916. *Anales del Consejo de Estado – Primer Semestre 1916*. Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.

Corte Constitucional. 1992. *Gaceta Constitucional – Junio de 1992*. Tomo 2. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1998. *Repertorio de Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Centro de Derechos Humanos y Derechos Humanitarios.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias de fondo.

Corte Suprema de Justicia. 1887. *Gaceta Judicial*. Tomo 1. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Cruz Parceró, Juan Antonio. 2007. “*Los Errores y las Omisiones del Tribunal Electoral – Análisis Argumentativo del Dictamen de la Elección Presidencial*”, en *Isonomía No. 26*. Madrid.

Cuello Iriarte Gustavo y/o. 2009. *El daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado. Historia, legislación, jurisprudencia*. Bogotá: PGN-Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ferrer Beltrán, Jordi. 2002. *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons.

_____. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando. 2009. *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

García, Mauricio y Uprimny Rodrigo. 2004. “Corte Constitucional y emancipación social” en *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Gascón Abellán, Marina. 1999. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

_____. 2005. “Sobre la posibilidad de ofrecer estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 28. Madrid.

Giraldo Ángel, Jaime. 1985. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Bogotá: Librería El Profesional.

_____. 1990. *Informática Jurídica Documental – Manual para el Sistema Universitario de Informática Jurídica –SUIJ*. Bogotá: Temis.

_____ y Rojas Betancourth, Danilo. 1994. *La redacción del argumento jurídico*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Hernández Galindo, José Gregorio. 2008. *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales* N° 8. Enero-Abril. Bogotá: José Gregorio Hernández Galindo Publicaciones y Medios E.U.

Igartua Salaverría Juan. 1999. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Madrid: Trotta.

Leal Pérez, Hildebrando. 2009. *Gaceta jurisprudencial 198*. Bogotá: Leyer.

Linares Prieto Patricia y/o. 2008. *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*. Bogotá: PGN, Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo y Dejusticia.

López Medina, Diego. 2004. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis.

Nash, Susan y Furse, Mark. 2001. *Essential Human Rights Cases*. Bristol: Jordans.

O’Donnell, Daniel. 2004. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: OACNUDH.

_____. 2004A. “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: OACNUDH.

Parra, Oscar. 2003. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Rojas Betancourth, Danilo. 1992. “Acción de Tutela en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en *Revista Derecho Administrativo* N° 1, Bogotá: ACESDAT y Revista Foro Colombiano, No. 275. Bogotá: Foro Colombiano.

_____.1992A. “La acción de tutela transitoria”, en *Revista Legis-Impuestos N° 52*. Bogotá: Legis.

_____.1995. “Las inhabilidades de los alcaldes y concejales”, en *Revista de la Universidad Libre, Nueva Época, N° 6*, Bogotá Universidad Libre. Facultad de Derecho.

_____.1995A. “La jurisprudencia sobre pérdida de la investidura de congresistas”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 2*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____/y/o. 1995B. “El proceso disciplinario en la rama judicial y las controversias jurisprudenciales”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 3*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____.1996. “El control de la Corte a los estados de excepción. Breve análisis jurisprudencial a propósito de la propuesta de reforma al control material de los decretos declarativos de los estados de excepción”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 6*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____.1996A. “Tutela contra providencias judiciales. Entre lo difícil y lo trágico”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 7*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____.1997. “Teoría jurídica y decisión judicial. Sobre la vigencia y eficacia de la ley”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 8*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____. 2000. “¿Abolida la excepción de ilegalidad?”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 12*, Parte I. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____. 2002. “Impunidad y conflictos de jurisdicción. El caso colombiano de la disputa judicial entra la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (jurisdicción penal ordinaria) y la justicia castrense (jurisdicción penal militar)”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico N° 15*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____/y/o. 2003. “Desviación de poder e inversión de la carga de la prueba. Un análisis jurisprudencial”, en *Revista Derecho Administrativo Año I. Nueva Época. N° 1*. Bogotá: ACESDAT.

_____. 2007. “Inhabilidades e interpretación constitucional”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N° 334*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Ruiz Chiriboga, Oswaldo. 2010. “La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. X. 2010.

Saavedra Rojas, Edgar. 1999. *Revista del colegio de abogados penalistas del Valle N° 31 y 32*. Cali: Colegio de abogados penalistas del Valle.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto. 1999. *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia N° 62*. Septiembre-Diciembre. Bogotá: Temis, Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia.

Taruffo, Michele. 2002. *La prueba de los hechos*. Traducción del italiano de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

_____. 2006. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Lima: Palestra.

_____. 2006A. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción del italiano de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis.

_____. 2008. *La prueba*. Traducción del italiano de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Tascón, Tulio Enrique. 1954. *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano*. Bogotá: Minerva.

Tello Gillardi, Janet (coord.). 2007. *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano*. Lima: Cladem-Cies.

Tillers, Peter. 2007. “Representando la Inferencia de Hechos en el Ámbito Jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 30*. Traducción de Igor Yáñez Velasco. Alicante: Departamento de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante.

Torres Corredor, Hernando (2010). *Sistema de seguridad social. Ley básica concordada con jurisprudencia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales “Gerardo Molina”- UNIJUS.

Toulmin, Stephen. 1958. *The Use of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press.

Uprimny Yepes, Rodrigo. 2001. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Uprimny Yepes, Inés Margarita y Valencia Villa, Alejandro (comp). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*. Bogotá: OACNUDH.

_____. 2002. “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” en Saúl Franco (ed) *La salud pública hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

_____, Rojas Betancourth, Danilo y/o. 2002A. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* N° 15. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

_____y Saffón María Paula. 2006. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: DeJuSticia.

____y/o. 2006A. *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá: DeJuSticia y otros.

Uprimny Yepes, Inés Margarita y Valencia Villa, Alejandro (comp). 2003. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*. Bogotá: OACNUDH.

Apartados 2 y 3

Alexy, Robert. 1989. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción del alemán de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEC.

_____. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.

_____ y Bulygin, Eugenio. 2001. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción del alemán de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Aguiló, Josep. 2000. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Arango, Rodolfo. 2000. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo de Hombre, Universidad de los Andes.

Atienza, Manuel. 1991. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.

_____. 1993. *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.

_____. 1999. “Derechos humanos y desorden conceptual”, en *La guerra de las falacias*. Alicante: Librería Compas.

_____. 2008. "Derecho y argumentación", en *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*. Arequipa: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Bernal Pulido, Carlos. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.

_____. 2005. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonorino Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván. 2006. *Argumentación Judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

_____. *Filosofía del derecho*. 2006A. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Calvo García Manuel. 1994. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Barcelona: Tecnos.

_____ (ed). 1995. Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del seminario de metodología jurídica (volumen I). Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Casanovas Pompeu y Moreso José Juan. 1994. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica.

Copi, Irving M. y Cohen, Carl. 2007. *Introducción a la lógica*. México: Limusa.

Comanducci, Paolo. 1999. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Traducción de italiano de Pablo Larrañaga. México: Fontamara.

Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción del italiano de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta.

Ferrer Beltrán, Jordi. 2002. *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons.

_____. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Frank, Jerome. 1993. *Derecho e incertidumbre*. Segunda edición. Traducción del inglés de Carlos M. Bidegain, México: Fontamara.

García Damborenea, Ricardo. s/f. *Diccionario de falacias*. Tomado de www.usoderazon.com.

García Máynez, Eduardo. 1997. *Lógica del raciocinio jurídico*. Segunda edición. México: Fontamara.

Gascón Abellán, Marina. 1999. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.

_____. 2005. “Sobre la posibilidad de ofrecer estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* N° 28. Madrid.

Gianformaggio, Leticia. 1993. “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* No. 14. Alicante.

González Lagier Daniel, 2005. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima/Bogotá: Palestra.

_____. 2006. “Argumentación y prueba judicial”, en *Estudios sobre la prueba*. México: UNAM.

Habermas, Jürgüen. 1998. *Facticidad y validez*. Traducción del alemán de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.

Ibáñez, Perfecto Andrés. 1988. “Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)”, en *Revista del Poder Judicial* N° 49. Madrid.

_____. 2005. *Los hechos en la sentencia penal*. México: Fontamara.

Igartua Salaverría Juan. 2003. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: CEC.

Iturralde, Victoria. 1995. “Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas de ‘civil law’: el caso español” en *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nueva Época. Tomo XII. Madrid.

Kennedy, Dunkan. 1997. *A Critical of Adjudicacion. Fin de Siécle*. Cambridge: Harvard University Press.

_____. 1999. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Traducción del inglés de Diego López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Instituto Pensar.

Larenz, Karl 1996. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.

Laudan, Larry. 2005 “Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* N° 28. Madrid.

López Medina, Diego. 2008. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis y Ediciones Uniandes.

MacCormick, Neil. 1978. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendom Press.

Nerhot, Patrick (ed). 1990. *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Dordrech: Luwer Academic Publishers.

Nieto Alejandro. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Peña Ayazo, Jairo Iván. 2008. *Prueba. Análisis y valoración*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Perelman Chaim y Obrechts-Tyteca L. 1994. *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.

Pérez Vásquez, Rodolfo y Llano Sánchez, Carlos. 2000. *La argumentación y efectos de las sentencias judiciales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Petev, Valentín. 1996. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Traducción del alemán de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Recasens Siches Luis. 1986. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa.

Reichel Hans. 1921. *La ley y la sentencia*. Traducción de Emilio Miñana Villagrasa. Madrid: Reus.

Rojas Betancourth, Danilo. 1996. "Tutela contra decisiones judiciales. Entre lo difícil y lo trágico", en *Pensamiento Jurídico. Revista de teoría del derecho y análisis jurídico No.7*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

_____. 2006. "Acerca de la fijación de los hechos y la valoración de las pruebas en derecho. Una visión desde la teoría de la argumentación jurídica", en *Sistema Penal Acusatorio. Rol del perito y de la policía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y otros.

_____. 2008. "Inferencia y razonamiento judicial. Acerca del papel de las máximas de experiencia en el razonamiento judicial. Un intento de análisis crítico de algunos aspectos del Caso Las Palmeras", Bogotá, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sistemas Internos de Protección y Reparación*, Antonio José Rengifo Lozano (comp.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Stein, Friedrich. 1999 [1893]. *El conocimiento privado del juez*. Segunda Edición. Traducción del alemán de Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: Temis.

Taruffo, Michele. 2002. *La prueba de los hechos*. Traducción del italiano de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

_____. 2005. "Tres observaciones a 'Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 28*. Madrid.

- _____. 2006. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Lima: Palestra.
- _____. 2006A. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción del italiano de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis.
- _____. 2008. *La prueba*. Traducción del italiano de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Twining, William. 2003. *Derecho y globalización*. Traducción del inglés de Oscar Guardiola, Clara Sandoval y Diego López. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensa, Universidad de los Andes.
- Uprimny Yepes Rodrigo y Rodríguez Andrés Abel. 2002. *Interpretación Judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura.
- ____y/o. 2006B. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.
- Vásquez Rodolfo (comp). 1998. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara.
- Viehweg Theodor. 1969. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Villamil Portilla, Edgardo. 2000. “Las falacias en la argumentación judicial”, ponencia presentada en el XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias: Instituto de Derecho Procesal, Universidad Libre de Cartagena.
- Zabala, Marcos. 2007. “Entre la certeza y la discrecionalidad la mejor ruta es la ley”, en *Isonomía N° 26*. Madrid.