



¿Cómo realizar argumentaciones por consecuencias jurídicas?^(*)

Delimitación de sus alcances y usos

How to make arguments based on legal consequences?

Definition of its scope and uses

Raffo Velásquez Meléndez^()**

Baxel Consultores (Lima, Perú)

Resumen: La argumentación por consecuencias es utilizada en la vida diaria. Sin embargo, en el ámbito jurídico, esta debe cumplir ciertos requisitos para ser admisible. En ese sentido, el presente artículo tiene el propósito de determinar qué tipo de razonamiento por consecuencias puede usarse en el ámbito jurídico. Para ello, se presentará donde opera este tipo de argumentación, las formas de presentarla, los escenarios en los que no es admisible y, finalmente, los tipos de consecuencias que legítimamente pueden ser invocados.

Palabras clave: Argumentación - Argumentos por consecuencias jurídicas - Decisiones jurídicas - Razones

Abstract: The argumentation based on consequences is used in daily life. However, the legal field, it has to accomplish some requisites to be admissible. Thus, the purpose of this article is define what kind of reasoning by consequences can be used in the legal field. For this, it will be presented where the argumentation works, the ways of presenting it, scenarios in which it is not admissible and, finally, the types of consequences that can rightfully be invoked.

Keywords: Argumentation - Arguments by legal consequences - Legal decisions - Reasons

(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 28 de abril y su publicación fue aprobada el 20 de mayo.

(**) Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli studi di Palermo; Posgrado en Arbitraje Comercial Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio de Baxel Consultores. Contacto: rvelasquez@baxel.pe



1. A modo de introducción

Durante las audiencias varias veces los magistrados, árbitros o funcionarios públicos interrogan a las defensas de la siguiente manera: “¿ha evaluado qué consecuencias se generarían si se ampara el pedido que formula?” De hecho, en varias entrevistas públicas se escucha a algunos jueces predicar que considerarán las consecuencias de sus decisiones antes de emitir las. Incluso varias sentencias constitucionales invocan un “principio de previsión de consecuencias”, como criterio que orientará la ejecución de sus fallos. Tal argumento también se usa mucho en los discursos políticos, en los razonamientos varios aplicadores del derecho e incluso en columnistas de diarios, para justificar o criticar ciertos cursos de acción⁽¹⁾.

Encontramos argumentos por *consecuencias* en la vida diaria, pues como señala Walton (2008, p. 24) una manera usual de persuadir a otro, es diciéndole: “Esta acción no sería buena, porque podría tener malas consecuencias”. Si se quiere inducir a descartar alguna elección, se citan las consecuencias negativas o inaceptables de cierta acción y si se quiere incentivar esa elección, se mencionan los beneficios que se obtendrían si se asume determinado rumbo de acción. Sin embargo, cuando estamos en el ámbito jurídico, la argumentación *por consecuencias* debe cumplir ciertos presupuestos para ser admisible.

Guastini (1988, p. 991-992) señala es usual que la doctrina jurídica recurra a un modelo de análisis deontológico o normativo, en donde se evalúa la decisión y sus motivos, para ver si sus fundamentos se corresponden o no con las normas o principios del sistema jurídico. Pero agrega que, la doctrina también recurre a un modelo pragmático o *consecuencialista* en donde se evalúan las decisiones en función de los efectos que genera (políticos, sociales, económicos), es decir, por sus resultados prácticos y consecuencias.

Esta última forma de análisis no solo puede interesar a la doctrina, sino también a los decisores (jueces, árbitros o funcionarios) que reconocen que toman sus fallos en función de las consecuencias que generarían, luego de lo cual recién buscan justificarlas en derecho. Aunque no se puede controlar ni descubrir cuándo pasa esto en la mente de los decisores, sí se les puede dar herramientas para que se aseguren de que esa forma de razonamiento sea admisible en el Derecho.

Ese el propósito de estas líneas, determinar qué tipo de razonamiento por consecuencias puede usarse en el ámbito jurídico.

Primero, identificaremos en dónde opera esta forma de argumentación dentro del entramado de decisiones que confluyen cada vez que se aplica el Derecho. Luego veremos las formas que puede presentar ese tipo de argumentación. Con esto aclarado, pasaremos a advertir al lector cuáles son las posibles situaciones o escenarios en donde el recurso a una argumentación *consecuencialista* no es admisible como mecanismo para hacer prevalecer una postura jurídica.

Finalmente, se evaluará qué tipos de consecuencias pueden ser invocadas legítimamente dentro de esta forma de argumentación. Allí veremos si pueden invocarse o no consecuencias causales, políticas, económicas, sociales o mediáticas dentro de este contexto argumentativo, o bajo qué circunstancias son relevantes. Y como filtro para identificar a las consecuencias admisibles se recurrirá a criterios de coherencia, consistencia y universalidad.

2. Un tipo de argumentación

Los clásicos criterios de interpretación del derecho (gramatical, histórica, sistemática y teleológica) tenían como propósito desentrañar el sentido de las normas. Si bien se trata de criterios que son bastante útiles aún, la construcción de las respuestas jurídicas puede requerir otros elementos más que permitan hacer prevalecer la aplicación de una u otra norma, o la forma de entender y aplicar ciertas normas, y descartar otras. Es decir, se requiere de un proceso de argumentación que permita justificar con mayor fuerza la interpretación que se elige sobre otra opción posible⁽²⁾.

- (1) Por ejemplo, en una reciente columna, Juan José Garrido (2020, p. 15) analiza el posible nuevo “impuesto a la riqueza”. Se señala que tal tributo es antitécnico porque no servirá para lograr la consecuencia querida: recaudar los fondos necesarios para afrontar la crisis del Covid-19. De hecho, agrega, el impuesto tendría como consecuencia recaudar solo el 3% de los fondos que ya obtuvo el Estado con un préstamo por emisión de bonos que, además, serán pagados luego con los tributos de los mismos sujetos que pagarían el “impuesto a la riqueza”.
- (2) Permítasenos aclarar que la “interpretación teleológica” es aquella que recurre a la finalidad o propósito que tuvo cierta norma para determinar qué quiso decir o regular. Para ello, algunas veces se recurre a la exposición de motivos de la ley (para desentrañar la llamada “voluntad del legislador”) a su correspondencia con los hechos que debió regular. En cambio, autores como Atienza (2013, p. 240 y 244) o García Amado (2006, p. 13-27) usan la frase “argumento consecuencialista” o “argumento teleológico” no para



Aquí estudiaremos este último proceso, en específico, las argumentaciones por *consecuencias* dentro del discurso jurídico. Aunque esta modalidad no es útil para desentrañar el significado de los mandatos legales, como cualquier otra forma argumentativa, sí será útil para:

- (i) Dar razones que harían prevalecer un mandato legal sobre otro, por ejemplo, porque el ordenamiento jurídico indica que las consecuencias del primero serían preferibles a las que generaría el segundo; o,
- (ii) Dar razones que harían prevalecer uno de los significados posibles de un mismo texto legal o disposición, por ejemplo, porque el significado elegido genera las consecuencias jurídicas que busca el dispositivo en cuestión.

Con relación a esto último punto, queremos resaltar que recurriremos a la clásica distinción que usa la escuela genovesa (y que proviene desde von Wright) entre “dispositivo” y “norma”. En donde, el primero es el texto legal o sintagma lingüístico a ser interpretado y el segundo es el resultado del trabajo interpretativo, es decir, los significados atribuibles al dispositivo, y que serían finalmente las posibles “normas” aplicables⁽³⁾.

3. Simplificación del escenario en donde actúa

Para simplificar la forma cómo se aplica esta argumentación, asumiremos que se usa en contextos en donde los hechos del caso están claramente definidos, de modo que las dudas del aplicador se enfocan en determinar cuál de los distintos dispositivos que concurren en el caso o cuál de los significados que surgen de un mismo texto jurídico, resulta aplicable.

MacCormick (2016, p. 183-213) advierte que las dudas sobre la interpretación de los textos a ser aplicados o sobre la disposición que debe ser aplicada se presentan más en los llamados casos difíciles, de modo que este tipo de argumentación por *consecuencias* será usual en este tipo de casos. Feteris (2005, p. 461) complementa que esta

argumentación suele usarse, por ejemplo, cuando existe un desencuentro entre el significado ordinario o estándar y aquel otro significado que puede servir a los propósitos jurídicos de la misma ley o otros principios del sistema jurídico, lo que ocasionará que se amplíe o se limite el alcance de las normas.

En suma, los argumentos por *consecuencias* se usarán para justificar por qué se debe preferir o descartar uno de los textos o significados aplicables, sobre otras opciones posibles. De modo que veremos a la decisión final bajo la clásica forma de silogismo:

- (a) La norma N regula la situación S y atribuye la consecuencia legal CL
- (b) El hecho H se subsume en N porque se corresponde con S
- (c) Se aplicará CL a H

Atienza (2013, p. 248)⁽⁴⁾ advierte que el uso de ese pretendido silogismo judicial propuesto por Beccaria no es un resumen correcto sobre lo que implica la aplicación del derecho. Pero si se conocen sus limitaciones, puede ser útil usarlo para simplificar la explicación de una de las tantas variables que tienen el complejo proceso de aplicación del derecho.

Al respecto, Wróblewski (1992, p. 30-35) explica que la aplicación del derecho no es un asunto tan sencillo, sino que, en la realidad, la decisión jurídica está integrada por varias decisiones fraccionadas previas, como (i) decidir sobre la validez de las disposiciones aplicables (su correspondencia o contradicción con el

referirse a una forma de desentrañar el contenido de los textos normativos, sino para resaltar aquellos sentidos interpretativos o normas, que deben prevalecer o descartarse debido a las consecuencias que pueden generar.

- (3) Tarello (2013, p. 38) describe así este proceso: “la interpretación de la ley (...) se refiere por tanto a la atribución de significado a un ente; tal ente, en el caso de la «interpretación de la ley», es siempre un documento o el conjunto de los documentos de que se sabe o se postula, exprese o expresen una así llamada norma jurídica o el conjunto de las normas; la norma jurídica es precisamente el significado que mediante la interpretación resulta atribuido al documento o a una combinación de documentos tales”. En sentido similar, Guastini (2011, p. 136).
- (4) “Es frecuente retrotraer a Beccaria... la teoría del silogismo judicial. Ahora bien, como señala Piero Calamandrei, en un magnífico prefacio a esa obra clásica (...) el libro fue escrito ‘en menos de un año por un joven de veinticinco de edad, carente de toda experiencia forense directa’; es más, el marqués de Beccaria, ‘el fundador de la escuela italiana de derecho penal’, ‘no tuvo vocación de jurista’ (...) una circunstancia más bien irónica, que le lleva a Calamandrei a referir la anécdota de la persona bienintencionada que atribuyó a un papa recién fallecido un solo defecto: ¡no era creyente! No se trata, pues, propiamente, de la obra de un jurista, en el sentido estricto de la expresión, sino de la de un moralista que reacciona con espíritu humanitarista y compasivo frente a la escalofriante crueldad en la aplicación del Derecho penal de la época. Quizás así se entienda que la teoría del silogismo vaya unida aquí a un legalismo -formalismo- bastante ingenuo... que niega incluso que los jueces (naturalmente, Beccaria se está refiriendo a los jueces del Ancien Régime) tengan autoridad para interpretar las leyes”.



resto del ordenamiento jurídico), (ii) la decisión interpretativa de las disposiciones que se encarga de desentrañar sus significados, los usos posibles, y las opciones que deben prevalecer, (iii) la decisión probatoria que determina la evidencia que será usada y la plausibilidad de los hechos que se derivan de ella, (iv) la decisión sobre la consecuencia aplicable al caso, lo que puede ser de distinto tipo cuando el legislador o las partes han otorgado margen de discreción al decisor, y (v) la decisión final que integra a todas las anteriores para establecer la regulación del caso concreto.

La argumentación por *consecuencias* se desarrollará dentro de las decisiones descritas en el ámbito (ii). Por tanto, sabiendo cuál es el escenario en donde opera el tipo de argumentación que estudiaremos, recurriremos al llamado silogismo judicial sólo como modelo que facilita la explicación de los usos y ubicación del argumento por *consecuencias*.

4. Las formas de esta argumentación

Según lo señalado, las decisiones que recurren a la argumentación por *consecuencias* se podrían estructurar bajo estas dos formas de silogismo:

Forma (1)

- (a) Las normas $N_1, N_2 \dots N_n$ regulan la situación S y atribuyen la consecuencia $CL_1, CL_2 \dots CL_n$
- (b) El hecho H se subsume en todas las N porque se corresponde con S
- (c) Se aplicará N_n a H porque su CL_n es preferible respecto de las demás CL

Por ejemplo, una disposición impone la consecuencia jurídica de multa a quien maneje sin licencia y otra disposición impone pena de cárcel a quien abandone personas en peligro. Una persona sin licencia decide manejar un automóvil para salvar la vida de quien había sufrido un accidente de tránsito. Pero luego de arribar al hospital más cercano y dejar al herido, la policía lo interviene e impone una multa por infringir la primera norma. En el procedimiento sancionador se determinó que entre las dos disposiciones aplicables debía preferirse la segunda, porque las consecuencias que quería evitar eran preferibles sobre la primera.

Forma (2)

- (a) La norma N contiene significados de situaciones $S_1, S_2 \dots S_n$ con la consecuencia CL
- (b) El hecho H se subsume en N solo si asume el significado S_n con el que se corresponde
- (c₁) Se aplicará N a H porque es preferible aplicar a ese caso la CL
- (c₂) No se aplicará N a H porque es preferible evitar en ese caso la CL

El siguiente ejemplo de Schauer (2004, p. 83-87) puede explicar este tipo de argumentación: Un letrero de tren dice prohibido el ingreso de animales, bajo sanción de impedimento de viajar. Una persona decide llevar un oso, por lo que se le impide viajar.

Al respecto, se puede argumentar que el propósito de la consecuencia legal era evitar que los pasajeros se vean incomodados por animales, por lo que, además de las mascotas que usualmente llevan los pasajeros, se debía preferir aquel significado de letrero que incluyera a toda clase de animales (c_1). Otra persona llevó un perro, pero se le dejó viajar porque guiaba al un ciudadano invidente. Se argumentó que en ese caso debía preferirse un significado restrictivo de la regla, que era preferible no aplicar la consecuencia legal prevista a personas invidente que se apoyan en perros lazarillos (c_2).

5. Ámbitos que no se corresponden con la argumentación jurídica por consecuencias

5.1. La argumentación que corresponde a la modulación de las consecuencias

No se debe incluir dentro del rubro que analizamos a los casos en donde el decisor tiene discrecionalidad para elegir la forma de la consecuencia legal prevista, es decir, la decisión fragmentaria 4 que indicaba Wróblewski (1992, p. 189-207), pues cuando eso ocurre, el órgano decisor ya determinó qué disposición o qué significado es el aplicable al caso (ya pasó el momento en que opera la argumentación por *consecuencias*). Por ejemplo, cuando el árbitro cuenta con discrecionalidad para elegir la manera en que el demandado debe satisfacer el crédito reclamado (pago en efectivo, transferencia de determinados bienes, prestación de servicios, entre otros). Este dilema solo se produce luego de que el árbitro ya decidió la regulación aplicable. En ese momento, la consecuencia aplicable no puede actuar como un elemento para definir una decisión ya adoptada.

De manera similar ocurre con las llamadas *sentencias constitucionales manipulativas*, en donde el TC puede elegir la forma



cómo hacer efectiva la consecuencia de invalidar una la ley inconstitucional⁽⁵⁾. Por ejemplo, una de esas formas es con *sentencias reductoras* que invalidan solo aquel significado del dispositivo que se considera inconstitucional, lo que ocurrió cuando el TC consideró que era inconstitucional una tipificación del delito de terrorismo como todo “acto que provocara zozobra, alarma o temor en la población”, y redujo sus alcances sólo a todo “acto delictivo que provocara (...)”, excluyendo los otros tipos de actos posibles. Otra forma es con *sentencias aditivas* que agregan algo al texto que le permite superar la inconstitucionalidad detectada, lo que ocurrió cuando el TC español consideró inválida una ley que otorga beneficios solo a las viudas de personal policial, y salvó esa invalidez agregando el texto “viudos”. O también con sentencias exhortativas que suspenden los efectos de invalidez de la ley inconstitucional (*vacatio sententiae*) hasta que el legislador dicte una nueva regulación sobre el asunto⁽⁶⁾.

Es importante esta referencia, pues es muy común confundir los planos en los que se mueve la argumentación por *consecuencias* para decidir y la argumentación para modular las consecuencias de una decisión ya tomada. Ambas formas usan como sustento la necesidad de evitar o, en su caso, de procurar, ciertas consecuencias en ámbitos sensibles como la economía, el ambiente, las elecciones, etc.

En el caso de las sentencias constitucionales manipulativas, el TC creó el “principio de previsión de consecuencias”, conforme al cual podría modular los efectos de sus fallos cuando pueda prever que su decisión puede generar consecuencias nocivas, o cuando procura generar ciertas consecuencias. Se trata de una argumentación sobre la manera en que se aplica o modula la consecuencia jurídica prevista a una decisión ya adoptada.

En cambio, aquí buscamos usar la argumentación *por consecuencias* para construir la respuesta jurídica que se debe adoptar, no para modular los efectos de la decisión ya tomada. En este campo, se pone énfasis en el análisis de las consecuencias temidas o buscadas que genera cierto dispositivo o interpretación, para poder decidir si estos últimos deben ser parte de la solución jurídica o si deben ser descartados.

5.2. La argumentación que varía la juridicidad de las consecuencias

Luhmann (1992, p. 97-120) señala que también debe descartarse aquellas argumentaciones por *consecuencias* que no se afianzan en un espacio temporal específico. Nos recuerda que todo tipo de regla será válida si se corresponde con los

criterios naturales, valorativos o jurídicos que gobiernan el sistema al que pertenece la regla. Esa correspondencia, agrega, otorgará validez a la regla y le permitirá presentarse como una forma de fijación temporal, es decir, como una forma que estabiliza las expectativas de los sujetos durante su periodo de validez. Esto porque la validez de las reglas hará previsible el curso de acción que se debe tomar para no ir en contra del sistema.

No obstante, advierte Luhmann, se subvierte este sistema cuando se *destemporaliza* el juicio sobre lo lícito e ilícito dentro del sistema, lo que desestabiliza también las expectativas de las personas. Eso ocurre, por ejemplo, cuando se toman decisiones que no dependen de lo que disponga el sistema, sino que se pretenden justificar en aspectos particulares del decisor como, por ejemplo, su temor a las probables consecuencias que se pueden generar el futuro con su decisión. Esa relatividad de lo que es acorde o no con el sistema, puede llegar a tal punto que lo lícito o ilícito dependerá de lo que el órgano decisor (y no el sistema) quiera lograr o evitar, lo que ocasionará que las disposiciones dejarán de ser útiles para orientar las conductas.

Imaginemos un caso donde el juez decide ampliar la prisión preventiva más allá del máximo legal permitido, porque considera inadmisibles las consecuencias de cumplir con la ley: liberar a un personaje acusado de los más graves crímenes. Esa situación supondría cambiar las consecuencias jurídicas previstas en el sistema y alterar las expectativas del Ministerio de Público y del acusado sobre la duración de la prisión preventiva.

La arbitrariedad de ese razonamiento se representaría bajo esta fórmula silogística:

- (a) La norma N es la única que regula la situación S y le atribuye la consecuencia legal CL
- (b) El hecho H se subsume en N porque se corresponde con S

(5) Véase Guarino (1979, p. 353-361), Silvestri (1981, p. 1684-1721).

(6) Sobre los efectos de las sentencias constitucionales en el ámbito nacional, permítasenos referir a Velásquez (2019). Y en la jurisprudencia del TC, sobre las “*sentencias manipulativas*” y sus formas de sentencias reductoras, aditivas y sustitutivas, puede verse la STC 0004-2004-CC, fds. 3.3. y sobre las sentencias exhortativas ver la STC 0010-2002-AI, fd. 103.



(c) No se aplicará CL a H, porque se estima inadmisibles

En tal sistema de decisiones por *consecuencias*, la sentencia será válida desde el punto de vista formal, e incluso podría ser invocada para orientar comportamientos futuros. Sin embargo, paradójicamente, tal decisión podrá no aplicarse después frente a otros casos iguales en donde otro Juez procurará otras consecuencias que estima admisibles o rechazables, lo que indicaría que la primera sentencia no era correcta, ni servía para orientar expectativas. Tal sistema jurídico tendría pocas opciones de subsistir y, a su vez, tal juez perdería la legitimidad que le daba su condición de aplicador del derecho.

5.3. Escenarios que proscriben variar la juridicidad de las consecuencias

Lo anterior evidencia que una adecuada argumentación por *consecuencia* exige no alterar, renunciar o prescindir del ordenamiento jurídico, sino que la decisión siempre deberá sujetarse a sus principios y reglas para ser admisible. Es decir, para mantener estables las expectativas de los ciudadanos, tal argumentación no debe permitirse el riesgo de llegar al absurdo de cambiar las reglas, de convertir en ilícito lo que antes era ilícito, o viceversa⁽⁷⁾.

No obstante, no siempre nos podemos topar con ese tipo de situaciones “puras”, esto es, con escenarios en donde la disposición y sus consecuencias son claramente identificables, es decir, en donde lo lícito e ilícito está claramente definido. Esto porque frente a un mismo evento pueden concurrir distintas disposiciones que apuntan en la misma dirección o en distinto sentido, gracias a la ambigüedad y vaguedad del lenguaje en los textos legales, ante lo cual se usan argumentos por *consecuencias* para justificar la opción que se elija.

Las advertencias de Luhmann sobre un inadecuado consecuencialismo serían más aplicables en ámbitos del derecho regidos por principios de taxatividad o legalidad estrictos, en donde suele estar claro la hipótesis regulada y sus consecuencias jurídicas.

Por ejemplo, en el caso de las disposiciones que tipifican delitos o infracciones administrativas, si existiera una disposición o un principio que apunta en sentido contrario, que considera lícita la misma conducta, el acusado o administrado deberá ser exonerado porque no se cumple con el principio de antijuridicidad de la conducta. Pero si no existiera tal regla eximente, la única opción posible es la declaración de ilicitud. En ese supuesto, lo que es ilícito, no podría después, bajo las mismas disposiciones, ser considerado lícito, aunque se consideren reprochables las

consecuencias que eso generaría. Lo mismo ocurriría con las disposiciones que regulan la atribución de competencias administrativas, en donde hay poco espacio para interpretaciones, para señalar que un ámbito sometido a la potestad de un ente, ahora ha dejado de ser parte de su competencia, debido a que se estima inadmisibles las consecuencias que eso generaría.

6. La argumentación por consecuencias probables

6.1. Razones para la acción y razones para creer

Aunque este tópico también se refiere a un ámbito que no corresponde a la argumentación jurídica por *consecuencias*, sus particularidades y constante confusión con el objeto de estas líneas ameritan una mayor profundización. Para ese propósito es conveniente usar al modelo “razones para la acción” y “razones para las creencias” que usa Raz (1991, p. 17-54) para referirse a la forma como operan los razonamientos prácticos.

Señala Raz (1991, p. 37-38) que tales razones se presentan bajo la forma de *razones de primer orden* que pueden ser *operativas* o *auxiliares*. Las primeras son los deseos, valores o intereses que un sujeto, luego de una evaluación o *actitud crítica* práctica, apoyó como razones para su acción (lo que supuso descartar las razones que se le oponían). Y las *razones auxiliares* son las que permiten materializar a las *operativas*, ya sea identificando la acción *específica* que se debe realizar para hacer efectivo el deseo, valor o interés que se consideró o la *mayor fuerza* de una de las acciones posibles sobre otra. El siguiente ejemplo de Rodenas (1996, p. 145) explica esto:

“Yo deseo ayudar a una amiga;

Prestar mi coche a mi amiga es una forma de ayudarla;

Tengo una razón para prestar mi coche a mi amiga”

(7) La jurisprudencia cumple con estas exigencias incluso cuando cambia los criterios de decisión de un caso inicial para resolver casos posteriores que aparecen como bastante similares. Como desarrolla extensamente la doctrina, esos cambios solo pueden obedecer a elementos *relevantes* que permiten al Juez diferenciar los hechos de uno y otro caso y, por ende, detectar que la *ratio decidendi*, que la regla generada, del primer caso no es aplicable al segundo.



El deseo de ayudar a esa persona será la *razón operativa de primer orden* que motivó la acción de prestar el auto y, en su caso, derrotó a las otras razones que apuntaban en otra dirección. A su vez, la acción de prestar el vehículo y no de prestar dinero para un taxi, será la *razón auxiliar identificadora y de mayor fuerza* que permite establecer cuál es la mejor acción que hará posible la *razón operativa*.

No es extraño que en el debate decisorio confluyan otras posibles *razones de primer orden* que apuntan en otra dirección, en cuyo caso la disputa se resolverá mediante el mayor peso que se asigne a los deseos, valores o intereses enfrentados. En el caso anterior, el deseo de ayudar a una amiga prevalece sobre el interés propio (temor) de que no se perjudique el auto.

Pero no siempre esos enfrentamientos se resuelven mediante la ponderación de razones, a veces se acude a razones sobre razones o a *razones de segundo orden*, para la solución. Estas últimas se caracterizan porque dan una razón que impiden o que exigen usar otra razón *R*. De modo que, en el primer caso, ya no puede usarse la razón *R* y, por ende, ya no es necesario que entre a la lucha de ponderación con otras razones contrarias y; en el segundo caso, que deba seguirse a la razón *R*, de modo que tampoco sería necesaria dicha ponderación.

Raz (1991, p. 41-42) explica así esto. Ann está buscando la forma de invertir su dinero y su amigo le presenta una oferta que debe decir hasta la medianoche de ese mismo día. El problema es que Ann ha tenido un día largo y agotador, por lo que es consciente que no podrá analizar bien todos los documentos que sustentan. De modo que, decide rechazar la oferta no porque sea buena o mala, sino porque no confía en su propio juicio en ese momento. Otro caso sería si Ann se entera que sus bienes y la de sus familiares serán embargadas, por lo que deberá transferir sus recursos para no perderlos, de modo que no tendrá más alternativa que invertir en la propuesta de su amigo, más allá de las bondades o defectos de la inversión.

En los dos casos, las *razones de segundo orden* impiden o exigen actuar, con independencia del peso de las *razones para la acción*, o de las posibles *razones primarias* que aparecían enfrentadas. Es decir, las razones de segundo orden se presentan como razones que excluyen a todas o a algunas de las razones de primer orden. De ahí que Raz (1991, p. 45) concluya que, las *razones de segundo orden* solo pueden ser derrotadas por otras razones del mismo tipo, pero nunca por *razones de primer orden*, lo que da lugar al siguiente principio: "No se debe actuar sobre la base del balance de razones, si las razones que inclinan el balance son excluidas por una razón excluyente no derrotada".

Dentro de esa lógica, las disposiciones jurídicas se dictan con el propósito de que sean consideradas como *razones excluyentes*, es decir, para que sean consideradas

sin ponderarlas con otras razones, pero en la realidad son consideradas como *razones de primer orden* que pueden ser "razones para creer" que se generarán ciertas consecuencias si no se siguen y que, por ende, junto a otras razones más, son potenciales "razones para la acción".

Lo anterior puede *explicar* bien cómo operan las "razones para la acción" de los sujetos, pero solo si tales razones se alinean con las disposiciones jurídicas, tendrán *justificación*.

6.2. Argumentación por consecuencias probables

Usaremos aquel modelo de "razones para la acción" para explicar y justificar las razones que consideran los órganos de decisión jurídica. En específico, la invocación de las *consecuencias jurídicas* como posibles "razones para la decisión". Sin embargo, esto último debe diferenciado de la argumentación por *consecuencias probables*, con el que suele ser confundido.

Señala MacCormick (2016, p. 183-213) que esta última forma de argumentación pone énfasis en la *probabilidad* de que ciertas decisiones jurídicas deban adoptarse o negarse porque, respectivamente, se prevé que alterarán las conductas de las personas en un sentido beneficioso o en un sentido perjudicial. Es decir, cuando la probabilidad de que se den ciertas conductas es usada como una *razón primaria* para una decisión.

De acuerdo con Walton (2008, p. 26-27), podemos decir que en estos casos el análisis del peso de la argumentación estará relacionada con las siguientes interrogantes: (i) ¿Qué tan fuerte es la probabilidad o plausibilidad de que las consecuencias citadas ocurran (pueden, podrían, deben) ocurrir? (ii) ¿Qué evidencia, si hay alguna, apoyó la afirmación de que estas consecuencias ocurrirán (pueden, podrían, deben) ocurrir? (iii) ¿Hay consecuencias del valor opuesto que deberían tenerse en cuenta? Los argumentos por *consecuencias probables* tendrán dudosas virtudes si no salen airosos de estas interrogantes, por lo que en algunos casos se tratará de argumentos fuertes y en otros de invocaciones débiles o falaces.



A pesar de estas exigencias de razonabilidad en las argumentaciones *por consecuencias probables*, las partes suelen resaltar que temen o desean ciertos *resultados, consecuencias y efectos ulteriores* (MacCormick, 1983, p. 246-254) que se generarían con la futura decisión y que, por ese motivo, piden que sean consideradas por el juez, árbitro o funcionario como posibles *razones primarias* de sus decisiones. No habría problema si ese tipo de debate se diera para la decisión fraccionada (3) que menciona Wróblewski, es decir, para un debate sobre la decisión probatoria, en donde el decisor es consciente que la plausibilidad de los eventos alegados depende de su causalidad o probabilidad. Sin embargo, como advierte MacCormick, tal argumentación *por consecuencias probables* no es admisible cuando estamos ante el debate de la decisión interpretativa, en donde lo que importa son las justificaciones y no las explicaciones de las conductas.

Uno de los problemas de recurrir sólo a argumentaciones *por consecuencias probables* para tomar decisiones jurídicas es que sólo recogerán una explicación de los motivos -que podrían ser las *consecuencias* y los *efectos ulteriores* temidos o queridos, e incluso otras consideraciones no causales, que se recogieron para tomar cierta decisión. Pero explicar los motivos o las "razones para la decisión" no es lo mismo que justificar la decisión en derecho que es, precisamente, lo que exige la argumentación jurídica⁽⁸⁾.

Las argumentaciones *por consecuencias probables* bien podrían ser *razones de primer orden* que expliquen por qué el juez, árbitro o funcionario tomó determinada decisión, es decir, que expliquen qué deseos, valores o intereses específicos que consideraron al decidir, pero la invocación de esas consecuencias no justifica la decisión.

MacCormick (2016, p. 179-180) explica así por qué esa forma de razonamiento no es adecuada para la argumentación jurídica: "El que yo quiera X y hacer V sea una manera de conseguir X es, para mí, una razón ahora para hacer V. El que X fuera lo que más quería y que me pareciera probable que V provocará X sin duda será una buena explicación de por qué hice V en alguna ocasión. Tales razones son, por supuesto, bastante particulares, aunque pertenecen a los principios explicativos de que es muy probable que las personas hagan lo que más quieren, y de que los deseos fuertes son causas comunes de la acción. Pero precisamente lo que las razones motivadoras o explicativas no hacen es justificar una acción. Las cuestiones de por qué quiero X y de si mi deseo es tan fuerte que me motivará para realizar alguna acción que persiga X tienen algún interés e importancia. Pero la cuestión de si es

correcto que yo persiga o consiga X es otra diferente. La cuestión de si existe alguna razón justificativa para que yo persiga o consiga X es muy diferente de la de si existe alguna razón motivadora para que yo lo persiga".

6.3. Argumentación por consecuencias particulares

Otro problema de aplicar la argumentación *por consecuencias probables* en las decisiones jurídicas es que se sustenta en "razones para la acción" particulares que carecen de la universalidad requerida para replicarse en otros casos. La ponderación de distintos tipos de posibles *razones primarias* da lugar a fórmulas únicas que dependen de los deseos, valores o intereses de cada sujeto. Aunque las probabilidades de un evento son las mismas en asuntos que involucran al Derecho o que interesan a otras áreas, al igual que las disposiciones jurídicas, será solo potenciales *razones primarias* para la acción; e incluso si el sujeto considera que debe usarlas como *razones secundarias* de sus decisiones, eso evidenciará en mayor medida que la decisión contiene una solución única que depende de las preferencias particulares del decisor.

No obstante, como resalta MacCormick, esa forma de razonamiento es distinta a la requerida por la argumentación jurídica, en donde la fortaleza del alegato depende de su "justificación en el derecho" y no de la probabilidad de su ocurrencia. En la argumentación jurídica, las razones sí pueden ser universalizables porque la consecuencia o situación "deseada" no es particular, sino que, al estar justificada en el derecho, el "deseo" es válido para todos.

MacCormick (2016, p. 180) resume así esto: "Para que los hechos particulares -o los motivos particulares- sean razones justificativas tienen que ser subsumibles bajo un principio pertinente de acción enunciado universalmente, incluso aunque se reconozca que [su] universalidad [puede ser luego]

(8) Bayón (1991, p. 43-44) explica que se trata de "la distinción (...) que media entre las ideas de razones *por* las que alguien (un agente al que podemos llamar 'A') ha hecho algo (una acción cual quiera que podemos representar como ' ϕ ') y razones *para* que A haga ϕ . La diferencia que existe entre 'razones *por*' y 'razones *para*' no es otra que la que va de la *explicación* de la conducta a su *justificación*: en el primer caso se trata de identificar los factores que *motivan* al agente, mientras que en el segundo estamos hablando de los que *deberían* motivarle, con independencia de que lo hagan o no" [subrayado agregado].



rebatible”. Ciertamente, si los órganos de decisión jurídica motivan sus fallos sólo en función de las *consecuencias* o los *efectos ulteriores* devastadores que pueden generar sus decisiones sobre ciertos ciudadanos, además, de cometer el vicio de “motivar” y no “justificar” sus fallos, emitirán decisiones *ad hoc* que solo pueden ser admisibles desde un punto de vista “sentimental”, “probabilístico” o otro, para casos específicos, pero que no necesariamente pueden ser justos para otros casos, lo que no se corresponde con el sentido del derecho que impone justificaciones universales o justas para todos los casos.

En suma, debe descartarse el uso de argumentos *por consecuencias probables* en el ámbito jurídico, pues genera el riesgo de caer en el mundo de decisiones relativas que temía Luhmann y que lleva a la eliminación del sistema, pues “la conclusión a la que se llegue tiene que ser una conclusión sobre qué es lo correcto en cualquier caso similar, no simplemente lo correcto *ad hoc*” (MacCormick, 2016, p. 243).

Puede ocurrir que la “explicación” coincida con la “justificación en derecho”, en cuyo caso la primera, por virtud de esa correspondencia con la segunda, servirá como razón universalizable. Sin embargo, eso no siempre ocurrirá, por lo que es prudente mantener y tener siempre presente la diferencia entre uno y otro.

7. Las consecuencias jurídicas como eje central de la argumentación

Para entrar al análisis de este punto central, debemos resaltar que cuando hablemos de consecuencias jurídicas no nos referimos solo a las consecuencias propias de cada norma, sino, principalmente, al impacto o a las consecuencias que puede generar cierta decisión jurídica sobre demás normas del sistema jurídico. Feteris (2005, p. 466) usa un ejemplo de Holanda (similar al caso *Riggs contra Palmer* que usa Dworkin) para explicar esto. Un parricida que purgaba cadena perpetua en Australia “debía” heredar a sus abuelos fallecidos por causas naturales y tiempo después de su condena. Se sostuvo que no solo podía tomarse en cuenta la consecuencia jurídica de que el nieto acceda a la masa hereditaria de los abuelos, sino también aquella consecuencia de permitir que un delito gravísimo genere consecuencias legales beneficiosas para su

actor. Y es que, de no cometer el delito, los herederos solo hubiera el padre y no el nieto.

Otro ejemplo puede ser un caso de escuchas telefónicas que sirvieron para capturar y sancionar a personas que vendían estupefacientes. La Corte Suprema de Argentina advirtió, sin embargo, que la resolución judicial que autorizó las escuchas carecía de motivación pues no detallaba el peligro penal que justificó la interceptación. Argumentó que mantener esa prueba abriría las puertas a otras consecuencias proscritas por el ordenamiento jurídico, como intervenciones preventivas que podrían permitir la detección de delitos, pero también un estado de constante vigilancia y control sobre la privacidad de los ciudadanos⁽⁹⁾.

Como se aprecia, en este análisis *por consecuencias*, se recurre a un *análisis hipotético de las consecuencias jurídicas en el sistema que implica cierta decisión*, pues se requiere prever los posibles efectos jurídicos de un evento, así como su admisión o rechazo dentro del sistema. En otras palabras, las posibles *razones primarias* que se ponderan entre sí son las consecuencias jurídicas que implica una posición o las consecuencias jurídica que genera otra. El mayor peso de una consecuencia sobre otra es que calificará como “razón para la decisión”.

7.1. La justificación jurídica como universalización

Como adelantamos, MacCormick advierte que para el razonamiento jurídico importan aquellos argumentos y consecuencias que tengan justificación, es decir, que sean correctos o debidos porque, en las circunstancias concretas de un caso, son jurídicamente debidos. Esta justificación asegura una solución universal en el sentido de que su corrección pueden ser usada como

(9) “(...) el resultado del hallazgo de un ilícito jamás puede convalidar la falta de motivos objetivos que permitan ex ante fundar una razonable sospecha sobre la perpetración actual de un delito determinado. Otra postura permitiría la intromisión indiscriminada en la vida privada de cualquier persona sin control ni dirección judicial, pues resulta evidente que por cada una de estas ‘expediciones de pesca’ que culminan en el descubrimiento de un delito, muchas otras persecuciones que comprometen los derechos de los ciudadanos permanecen activas y la intimidad de cualquier persona se encuentra expuesta al control y vigilancia constante por parte del estado, todo lo cual resulta decididamente propio de un estado autoritario e incompatible con el goce de los derechos básicos señalados y con la función de un estado de constitucional de derecho”. Caso *Fredes*, Registro N° 2060 y Causa N° 13.904, sentencia del 20 de enero de 2013.



una analogía para otras futuras decisiones (pues ningún conjunto de sucesos en el mundo puede ser exactamente igual a otro, de tal suerte que la nueva decisión tendría que igualmente correcta las circunstancias del nuevo caso).

En otras palabras, una justificación es universal en circunstancias específicas, lo que abre la puerta para tal universalidad no sea absoluta, sino que sea rebatible, precisamente, cuando se presenten otras situaciones o condiciones que exigen ciertas adecuaciones o excepciones. Por lo que MacCormick (2016, p. 168) señala que: “Para que una acción dada sea correcta porque una situación posee cierta característica, o conjunto de características, un acto materialmente igual debe ser correcto en todas las situaciones en las que esté presente materialmente la misma característica o características. Esto está sujeto a la excepción de que puede que existan características pertinentes adicionales que alteren el resultado correcto, pero la excepción es válida solo si tiene a su vez la misma cualidad universal”.

Ciertamente, las distintas circunstancias pueden alterar la plausibilidad de las consecuencias jurídicas buscadas y, con ello, la justificación o razón jurídica que sustente la decisión del caso. Una vez que ya estamos en el ámbito jurídico, se deberá elegir entre distintas consecuencias y justificaciones posibles que finalmente serán las *razones primarias o secundarias* de la decisión, o, como dice Raz (1991, p. 31), esos argumentos *por consecuencias jurídicas* operarán solo como *razones prima facie* que luego, al contraerse a otras posibles que la complementen, enfrenten o limiten, es decir, luego de consideradas todas las cosas, darán lugar a las *razones concluyentes* del caso que, a la sazón serán justificaciones universalizables.

7.2. Consecuencias consistentes y coherentes

MacCormick (2016, p. 319-320) advierte que, en ese proceso, para una adecuada argumentación *por consecuencias jurídicas*, debemos asegurarnos de que las consecuencias que sirven como razones *prima facie* cumplan un doble filtro que las hagan admisibles en el sistema jurídico.

Primero debe verificarse la *consistencia* o no contradicción de la consecuencia jurídica invocada con respecto al conjunto de reglas válidas del ordenamiento jurídico. Aunque podría ocurrir que contradiga alguna regla y su consecuencia, ahí no se agota el análisis, pues podrá evaluarse si la inconsistencia se encuentra en esta última o si recae en la consecuencia jurídica sometida a evaluación. Además, se debe hacer una evaluación de *coherencia* que implica un análisis de la consecuencia

jurídica con respecto a los principios o valores reconocidos expresamente o que implícitamente subyacen en el ordenamiento jurídico para darle sentido. Para que la consecuencia jurídica sea admisible en la argumentación, debe verificarse que sea *coherente* con los principios, de modo genere situaciones que favorezcan su realización o que desincentiven su contravención.

Podría decirse que MacCormick recurre a la clásica distinción entre *normas-reglas* y *normas-principio*⁽¹⁰⁾, de tal suerte que, la *consistencia* exigiría analizar las consecuencias jurídicas con respecto a *normas-reglas*, en cuyo caso se evaluará si se cumple o no los mandatos que estas prevén; mientras que la *coherencia* implicará evaluar la consecuencia jurídica con respecto a *normas-principio*, en cuyo caso se debe verificar en qué grado se cumplen, pues los principios no imponen una realización plena, sino una eficacia “en la mayor medida posible”.

Aunque *consistencia* y *coherencia* van de la mano, pueden darse desencuentros entre ellos. En el ejemplo de Schauer, la regla general que prohíbe el acceso de perros a un restaurante era *consistente* porque no contradice otras reglas, pero era parcialmente *incoherente* con el principio de no discriminación en el caso de perros lazarillos. Y viceversa, una nueva regla que reconociera el acceso de mascotas de ayuda a todo restaurante sería *inconsistente* con la prohibición general, pero *coherente* con los demás principios del ordenamiento jurídico.

7.3. Argumentación por reducción al absurdo como razones secundarias

Con relación a estos argumentos *apagógicos* o *por reducción al absurdo*, Atienza (2013, p. 244-245) exige evidenciar que la consecuencia absurda o inaceptable es inevitable si se toma cierta postura, aunque quien combate ese argumento se esforzará en demostrar que la contradicción es aparente, que se basa

(10) Como señala Alexy (1983, p. 86-87): “(...) los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”.



en algún error o ambigüedad. Por ejemplo, cuando cierto prelado afirmó que, si la iglesia aceptaba todas las tendencias sexuales, debería aceptar incluso una tendencia inaceptable como la pedofilia. Tal argumento sería rebatible si se entiende correctamente que “todas las tendencias” se refiere a “todas las que practiquen adultos y mediando consentimiento”.

Estimamos que este razonamiento puede usarse en la argumentación *por consecuencias*⁽¹¹⁾ como *razones secundarias*, para quitar peso a unas consecuencias jurídicas, y hacer prevalecer a las otras. Es decir, para hacer prevalecer a una consecuencia sobre otra, sin que siquiera sea necesaria una ponderación entre ellas, ya que se quita del enfrentamiento a aquella consecuencia considerada inaceptable, sin sentido, incomprensibles o similares.

7.4. Formas de la argumentación por consecuencias jurídicas

De acuerdo con lo anterior, ante una controversia en donde existen interpretaciones jurídicas en conflicto, ya sea que nazcan del mismo o de distintos textos virtualmente aplicables, el juez, árbitro o funcionario podrá justificar su inclinación por una de ellas sosteniendo que su uso generaría consecuencias o implicancias jurídicas favorables y demandadas por cierto sector del Derecho o, en contrapartida, podrá motivar su rechazo a la otra posición en conflicto, porque la considera perjudicial para la eficacia de otras normas, principios o valores del sistema jurídico que deben imponerse o preferirse.

Para seguir este camino argumentativo, evidentemente, se recomienda estar atentos a las consecuencias jurídicas que podría ocasionarse con la decisión que se tome sobre las disposiciones involucradas, de modo que tendrá más opciones de prevalecer aquella opción sea *consistente* o más que tenga un mayor grado de *coherencia* con el ordenamiento jurídico. Esto es lo que hace aceptable el argumento *consecuencialista* dentro del sistema jurídico, este el sentido en que se debe tal argumentación: como razones para generar las consecuencias jurídicas queridas, esperadas o exigidas por el Derecho⁽¹²⁾.

Lo anterior sigue las mismas formas silogísticas detalladas antes con ligeras variaciones:

Forma (1)

- (a) Las normas N_1, N_2, \dots, N_n regulan la situación S , con consecuencias legales CL_1, CL_2, \dots, CL_n
- (b) El hecho H se subsume en las Normas N_1, \dots, N_n porque se corresponde con S
- (c) Se aplicará N_n a H porque el Derecho indica que su CL_n es preferible

Forma (2)

- (a) Las norma N contiene significados de situaciones S_1, S_2, \dots, S_n con la consecuencia CL
- (b) El hecho H se subsume en N solo si asume el significado S_n con el que se corresponde
- (c₁) Se aplicará N a H porque para Derecho es preferible aplicar a ese caso su CL
- (c₂) No se aplicará N a H porque para el Derecho es mejor evitar aplicar al caso la CL

Esto indica que las consecuencias jurídicas son el eje central de esta argumentación, de modo que la justificación que contenga razones para elegir uno u otro texto legal, o uno u otro significado de un texto legal, dependerá de su consistencia con las reglas y de su mayor o menor coherencia con los principios del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la manera en que opera este proceso para justificar la elección de una posición sobre otras, en función de las consecuencias jurídicas, es explicado por Bengoetxea (1993, p. 53) de la siguiente manera:

“[en el sistema jurídico] encontraríamos un amplio y borroso conjunto de valores

-
- (11) Existe varios desacuerdos sobre la argumentación por reducción al absurdo en la doctrina. Por ejemplo, Tarello (2013, p. 331-332) se manifiesta desconfiado de las virtudes de esta argumentación, Walton (2003, p. 1-21) aboga a favor de su fortaleza, mientras que Rodríguez-Toubes (2012, p. 91-124) sostiene que su diferencia con respecto al argumento *consecuencialista* y Feteris (2005, p. 465-468) lo usa como una modalidad más de este tipo de la argumentación. Sin embargo, Rodríguez-Toubes recurre a la postura de Jensen (2007, p. 250) para su trabajo y este autor identifica al argumento consecuencialista con la argumentación *por consecuencias probables* que, como vimos, es distinto a la argumentación *por consecuencias jurídicas* que discutimos en estas líneas. De hecho, según la distinción que hace Jensen, el recurso a la reducción al absurdo es perfectamente aplicable a esta última modalidad, pues exige descartar consecuencias inaceptables, sin sentido, incomprensibles o similares.
 - (12) De hecho, Dworkin (1989, p. 415-455) resalta que los argumentos *consecuencialista* pueden ser usados tanto para hacer prevalecer la aplicación de normas de principio (en donde existe un derecho reconocido), por sobre las normas políticas (en donde se consagran fines o estados deseables para la comunidad), y viceversa, en supuestos en donde las hipótesis que regulan ambas se encuentren enfrentadas.



institucionales del derecho, que, en principio, funcionan para desechar aquellas tesis que provocarían un mal funcionamiento del derecho o alguna disfunción en el mismo, y para apoyar todas aquellas consecuencias que aseguran, directa o indirectamente, el funcionamiento armonioso, eficaz y célere del derecho comunitario, es decir, la utilización óptima de los recursos escasos de que dispone. Éste es el criterio valorativo que MacCormick (1978: 114) llama de conveniencia (...) es una versión del argumento de interés público y se propone para mostrar que una pretensión, que puede ser digna de consideración sobre la base de la justicia correctiva, no debe sin embargo admitirse si conlleva a una pléyade de recursos que provocaría grandes inconvenientes y sería contraria al interés general".

Esto indica, como venimos resaltando, que la invocación de las *consecuencias* jurídicas posibles es solo parte de la argumentación, pues una vez detectadas deberá realizarse un ejercicio de ponderación esas *razones primarias* posibles a fin de determinar cuál prevalece. Pero la forma de hacer tal ponderación o de confrontar, medir o calcular la *razón* que deberá prevalecer dependerá de criterios valorativos, lógicos, lingüísticos, jurídicos o económicos, que ya escapan al objeto del este trabajo. Para esos propósitos se recurrirá a las fórmulas de *modelos* y *antimodelos* que propone Perelman (1989, p. 554), en donde se alega la preferencia por cierto curso de acción y por su consecuencia debido a que acerca más al *modelo* exigido por un sistema de valores o de disposiciones, o se invoca el rechazo por alguna postura porque genera consecuencias que se identifican o acercan al *antimodelo* proscrito por ese mismo sistema⁽¹³⁾. En otras ocasiones, sin embargo, las opciones serán *modelo-modelo* que obligará a dar razones por la prevalencia de uno sobre otro, o de *antimodelo-antimodelo* que exigiría argumentar por aquella opción que genera efectos menos nocivos o más tolerables.

7.5. Usos de la argumentación por consecuencias jurídicas

Pongamos en práctica lo anterior con el siguiente ejemplo tomado de Rodríguez-Toubes (2012, p. 105-106). En un registro domiciliario autorizado por un juez por el presunto delito de tráfico de drogas, el imputado alegaba la invalidez de dicho registro sosteniendo que la policía entró en el domicilio antes que la secretaria judicial autorizada por el juez. Al respecto, se decidió que no podía admitirse una interpretación que obligará siempre a que el registro domiciliario lo realice el secretario judicial, pues eso generaría como consecuencia que asumiera un riesgo para su vida o integridad física en muchos registros domiciliarios, lo que era incompatible con los fines del

ordenamiento jurídico. Es un claro uso de una argumentación *consecuencialista*.

MacCormick (2003, p. 142-143) menciona el caso donde los sucesores demandaron daños contra el empleador del señor Henderson, a quien le había dado muerte un toro mientras limpiaba sus heces. Los demandantes señalaban negligencia del empleador porque no proporcionó un ambiente seguro de trabajo, mientras este último alegaba que no había negligencia cuando se trata de animales domesticados que no mostraron antes conductas peligrosas, tal como el toro en cuestión. El Juez rechazó la propuesta de la defensa señalando que aceptarla conllevaría a *consecuencias inaceptables* o nefastas, como asumir que existe libertad para lanzar a un perro sobre otra persona o para soltar a un toro en una plaza, sin responsabilidad, bajo el argumento de que antes el animal no había evidenciado acciones violentas.

El Tribunal Constitucional (TC) nos brinda un ejemplo de argumentación *por consecuencias jurídicas absurdas* (STC 0319-2013-AA). Una empresa fue expropiada por el Estado y recibió un justiprecio equivalente a 100, sin embargo, luego el mismo Estado pidió que le entreguen 30 de esos 100 como impuesto a la renta. El TC declaró fundado el amparo al considerar que asumir la posición del Estado llevaría a la consecuencia absurda de que el justiprecio de las expropiaciones nunca representaría el 100% del valor de los bienes expropiados, sino solo el 70%, lo que quebraría la garantía constitucional de la propiedad.

8. Las consecuencias fácticas como parte de la argumentación por consecuencias

Debemos incluir en esta referencia a la propuesta de Leubben-Wolff (1981, p. 137-

(13) Perelman (1989, p. 554-556) explica este razonamiento por "modelos y antimodelos": "La argumentación se fundará, bien en la regla de justicia, bien en un modelo al que se pedirá que se conforme, como en el ejemplo de Aristóteles: Si para las augustas diosas fue bueno someterse a la sentencia del Areópago, ¡Cómo no va a ser lo mismo para Mixidémides! (...) No se imita a cualquiera: para servir de modelo, es preciso un mínimo de prestigio. Según Rousseau: El mono imita al hombre a quien teme, y no imita a los animales a quienes desprecia; juzga bueno lo que hace un ser mejor que él... El modelo indica la conducta que se ha de seguir. También sirve como garantía de una conducta adoptada".



156), pues nos permitirá ser más precisos sobre las formas en que pueden usarse los argumentos *consecuencialista* y que tienen que ver con el recurso a las *consecuencias* fácticas.

Señala que las consecuencias jurídicas o *secuencias de decisión* son lo que hemos identificado como CL dentro del silogismo simplificado, mientras que las consecuencias fácticas o *secuencias de adaptación* tienen que ver con el efecto real que espera generar la decisión jurídica sobre el comportamiento humano.

Hay que enfatizar que no se trata de las *consecuencias*, ni de los *efectos ulteriores* de los que hablaba MacCormick y que tienen que ver con una argumentación por *consecuencias probables*. A lo que nos referimos aquí son a las consecuencias fácticas que buscan generar. Es decir, si bien se trata de consecuencias fácticas, estas nunca llegarán a ser ajenas al ámbito jurídico, pues son las consecuencias que busca el Derecho.

Se trata solo de las *consecuencias fácticas* que debería existir entre dispositivo y realidad buscada. Para evitar un sinnúmero de invocaciones causales de eventos, no entran en esta argumentación todas las consecuencias reales posibles, sino solo aquellas que deben tener relación con el propósito perseguido por la disposición. Feteris (2005, p. 465) pone como ejemplo el *Holy Trinity Church contra Estados Unidos* de 1892, en donde la Corte Suprema de ese país interpretó restrictivamente la regulación que impedía contratar a extranjeros, bajo cualquier modalidad, para impedir la inmigración. Sostuvo que no era posible aplicar tal regulación a un ministro cristiano inglés contratado para prestar servicios de pastor y rector de una iglesia en EEUU, pues la consecuencia querida por la disposición era evitar que grandes empresas contraten extranjeros, sin capacitación, para asignarlos a trabajos con bajos salarios. En estos casos, puede existir cierto análisis probabilístico de la relación entre el dispositivo y la consecuencia fáctica buscada, pero solo para verificar si el hecho temido o querido por la norma jurídica puede ocurrir o no en el futuro.

En tal sentido, Leubben-Wolff advierte que ciertas disposiciones obligan a los sujetos a *adaptarse* desplegando para ello ciertos comportamientos, que son los que, precisamente, se deseaban conseguir. Por ejemplo, cuando un Juez sentencia condenando a prisión a delincuentes, se espera que eso genere como *secuencia de adaptación* que se desincentiven la comisión de otras conductas delictivas por parte de los condenados o de otros sujetos (fines de prevención

especial y general de las penas). Puede ocurrir, sin embargo, que las secuencias de decisión y de adaptación sean iguales. Por ejemplo, si se dispone que los bienes prestados deben devolverse a su propietario, ambas secuencias comparten los mismos propósitos, restituir el bien o incentivar conductas que promuevan la restitución del bien.

No obstante, también hay casos de desencuentros entre las secuencias de decisión y secuencias de adaptación, de tal modo que el primero genera el efecto contrario a la secuencia de adaptación esperada. Por ejemplo, si se dicta un precedente que establece como regla que las personas con discapacidad reciban una mayor remuneración, esperando que así se genere una adaptación de conductas que favorezca los ingresos de estas personas. Sin embargo, tal regulación ocasiona una adaptación contraria, en donde los empleadores prefieren no contratar a esas personas porque tienen que pagarles mayores remuneraciones.

Estas secuencias de adaptación suelen ser olvidadas en el análisis argumentativo, pero resultan sumamente útiles para imponer o anular la aplicación de ciertas disposiciones. En efecto, si la consecuencia jurídica de una disposición genera *secuencias de adaptación* imposibles, que desincentivan o contradicen tal adaptación esperada, tal situación puede usarse como *razón secundaria*, es decir, para usarlos como *razones secundarias* que quitan fuerza argumentativa a la aplicación de esa disposición. Este es el campo suelen desenvolverse las argumentaciones del análisis económico, psicológico y sociológico del derecho, todos los cuales deben ser usados con prudencia para no caer en las falacias de la *pendiente resbaladiza*, de *afirmación del consecuente* u otras falacias⁽¹⁴⁾. De cualquier modo, estas argumentaciones se encargan de resaltar la eficacia o no de los efectos buscados por ciertas disposiciones o por sus sentidos interpretativos.

(14) La falacia de la pendiente resbaladiza se caracteriza porque construye argumentos en donde presenta un primer evento como un tropiezo inicial, que genera caer por toda una pendiente de sucesos hasta un resultado terrorífico. Todo esto para persuadir de no dar ese primer paso. Por ejemplo: "Hijo, basta con una copa para iniciar el camino del alcoholismo. El primer paso es crucial. Si lo pruebas y te gusta, querrás más y cuanto más consumes más dependiente te harás, hasta acabar completamente alcohólico". Se resalta la posible consecuencia final desastrosa, para apoyarse en el temor, y desistir de cierto curso de acción, sin que exista una causalidad necesaria.



Lo anterior requiere una modificación mayor del silogismo que venimos usando:

Forma (1)

- (a₁) Las normas N_1, N_2, \dots, N_n regulan la situación S , con consecuencias legales CL_1, CL_2, \dots, CL_n
- (a₂) CL_1, CL_2, \dots, CL_n buscan consecuencias reales (de adaptación) CR_1, CR_2, \dots, CR_n
- (b) El hecho H se subsume en las Normas N_1, \dots, N_n porque se corresponde con S
- (c₁) Se aplicará CL_n a H , porque su CR_n efectivamente puede ser alcanzado
- (c₂) No se aplicará CL_n a H , porque su CR_n no puede ser alcanzado con su regulación

Forma (2)

- (a₁) La norma N contiene significados de situaciones S_1, S_2, \dots, S_n con la consecuencia CL
- (a₂) CL busca una consecuencia real (de adaptación) CR
- (b) El hecho H se subsume en N solo si asume el significado S_n con el que se corresponde
- (c₁) Se aplicará N a H porque su CR efectivamente puede ser alcanzado
- (c₂) No se aplicará N a H porque su CR no puede ser alcanzado

Aquí también el argumento por *consecuencias fácticas* es solo parte de la argumentación, pues luego de identificarlas, se deben recurrir a argumentos valorativos, lógicos, jurídicos y probabilísticos, que permitan justificar la decisión a tomarse.

Además, en este tipo de argumentación no siempre es una tarea sencilla identificar a las *secuencias de adaptación* o las *consecuencias reales* buscadas con las disposiciones en debate de aplicación, pero no es este el lugar, ni nuestro propósito, entrar a evaluar la manera de identificar tales consecuencias esperadas de las disposiciones⁽¹⁵⁾. Estas líneas sol han querido resaltar las opciones posibles que ha desarrollado la doctrina sobre los argumentos *consecuencialista*. Corresponderá al aplicador del derecho determinar la conveniencia de su uso o de su rechazo.

9. Algunos casos del Tribunal Constitucional

Si bien estos los argumentos por *consecuencias* pueden usarse en todo tipo de razonamientos jurídicos, la jurisprudencia del TC es la más accesible, por lo que nos limitaremos a evaluar la forma en que ha actuado al emplear este recurso.

El artículo 142 de la Constitución dispone que no son revisables en vía judicial las decisiones del JNE o del CNM (hoy Junta Nacional de Justicia), sin embargo, desde un inicio el TC interpretó dicho texto de manera restrictiva. Sostiene que el carácter normativo de la Constitución exige rechazar posturas que generen *consecuencias inaceptables o absurdas* para un sistema constitucional, como reconocer que existen espacios exentos de control. Por lo que concluía que la disposición citada debe entenderse que la irrevisabilidad solo ocurre cuando se trata del ejercicio de competencias de manera regular, acorde con el marco constitucional (STC 1230-2002-HC, fd. 5; STC 1941-2002-AA, fd. 7; STC 2366-2003-AA, fd. 5).

El legislador estableció una restricción a las empresas dedicadas al rubro de casinos y tragamonedas, pues estableció que, en lo sucesivo, esas actividades solo serían prestadas por hoteles o restaurantes de alto perfil. Los reclamantes señalaban que tal regulación afectaba sus derechos a libertad de empresa y libre iniciativa privada, pues los obligaría a incursionar en rubros en los que no estaban interesados, para subsistir. Ante el dilema que significaba determinar el contenido de esos derechos y sus posibles afectaciones, el TC prefirió que este caso se rija por una interpretación restrictiva de sus contenidos, pues era necesario reducir

Mientras que, la falacia de afirmación del consecuente (también llamada *post hoc, ergo propter hoc argument*) se caracteriza por asumir que como algunas veces una premisa da lugar a cierta consecuencia, eso significaría que esa consecuencia se dará siempre ante la misma premisa. Por ejemplo: "Si alguien toma cianuro, se morirá. La abuela ha fallecido. Entonces, ha tomado cianuro". Es claro que la consecuencia (fallecimiento) puede darse por otras causas o premisas y no solo cuando se bebe cianuro. De manera que, es falaz considerar que la consecuencia "muerte" es atribuible siempre a la misma premisa: "tomar cianuro". Cfr. Walton (1987, p. 206-211) y Bordes Solanas (2011, p. 164-166) y García Damborenea (2011, p. 26 y 71).

(15) Cfr. García Amado (2006, p. 16) señala que los argumentos *consecuencialistas* pueden consistir en justificar una decisión sosteniendo que es la más acorde con las consecuencias buscadas y declaradas por el autor de la norma (teleológico subjetivo), o que es la más acorde con las consecuencias que razonablemente debería perseguir la norma en cuestión (teleológico objetivo).



aquellas actividades que tengan consecuencias jurídicas proscritas por los principios constitucionales de salud y seguridad pública, de modo que debían desincentivarse aquellas actividades de entretenimiento que generan adicción o ludopatías (STC 0009-2001-AI, fd. 2; STC 2302-2003-AA, fd. 18, STC 9165-2005-AA, fd. 32, STC 4661-2006-AA, fds. 3 y 7).

Para el caso del régimen de percepciones tributarias, se establecía que los importadores de vehículos debían adelantar el pago del IGV por las ventas futuras de esos bienes y, si no existían, serían devueltos. Los reclamantes sostenían que esa regulación era inconstitucional porque no respondían a los principios tributarios constitucionales, debido a que se cobrara un tributo antes que se genere el hecho imponible. La respuesta del TC fue, desde luego, que no existía esa contravención porque si no se generaba el hecho imponible se devolvía lo abonado por adelantado, pero también sostuvo que la consecuencia real (secuencia de adaptación) buscada con esa regulación era evitar la evasión fiscal, pues luego de las ventas de autos, varios vendedores evitaban el pago del IGV que recibían del comprador. De modo que, el TC optó por preferir aquella interpretación que le permitía conseguir la consecuencia real esperada y amparada en el Derecho (STC 6089-2006-AA, fds. 23-33).

10. A modo de conclusión

Hemos evaluado un tipo de argumentación que se caracteriza porque tiene la siguiente forma persuasiva: es preferible interpretar o aplicar este criterio o esta norma y descartar otras porque genera las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prefiere para determinado caso.

Aunque tal argumentación solo es útil para un aspecto específico del problema de la aplicación del Derecho y que tiene que ver con la fórmula jurídica que regirá el caso. Lo que significa que no cabe usar esta argumentación cuando ya se tomó la decisión del caso y solo se discuten la modulación de las consecuencias jurídicas que se deben generar. Tampoco es útil esta forma de argumentación para negar la eficacia de las consecuencias que deben generarse, es decir, para rechazar o alterarlas porque no se perciben como adecuadas por las consecuencias jurídicas existentes (y que no son derrotadas por otras consecuencias jurídicas posibles).

Asimismo, debe evitarse confusiones con la argumentación *por consecuencias probables* que pueden tener un extraordinario potencial persuasivo, pero solo sirven para explicar determinados por qué se toman ciertos cursos de acción o determinadas decisiones, pero no son útiles para justificar por qué es correcto preferir una solución jurídica sobre otra, por qué ciertas consecuencias jurídicas tienen mayor peso que otras en determinado caso.

La ventaja de la argumentación *por consecuencias jurídicas* es que, al apoyarse en el Derecho, brindan justificaciones universalizables que pueden servir para la extenderse esa solución, por analogía a otros casos similares, pero que también pueden ser rebatible si existen otras circunstancias o condiciones que hacen inadecuada la solución anterior. Y para asegurarnos que tal argumentación sea admisible en el ordenamiento jurídico, se exige que sea consistente con las reglas de este y coherente con sus principios. En ese orden, también deben considerarse a aquellas *consecuencias fácticas* que buscan las disposiciones en cuestión, de modo que la correspondencia o no con esas consecuencias, puede ser un elemento que persuade de la aplicación de una u otra opción interpretativa.

En suma, esperamos que luego de estas líneas el lector pueda estar preparado para analizar y responder, por ejemplo, aquellos alegatos de los procuradores del Estado en donde se sostienen vivamente como argumento que: “si se declara fundada la demanda, el Estado perderá millones”.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdez, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bayón Mohino, Juan Carlos (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Tesis de doctorado en Derecho). Universidad Autónoma de Madrid, España.
- Bengoetxea, Joxerramón (1993). Una defensa del consecuencialismo en el derecho. *Telos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 2(2), p. 31-68.
- Bordes Solanas, Montserrat (2011). *Las trampas de circe. Falacias lógicas y argumentación informal*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio* (2da ed.). (Marta Guastavino, trad.). Barcelona: Ariel.
- Feteris, Eveline T. (2005). The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: A pragma-dialectical perspective”. *Argumentation, An International Journal on Reasoning*, 19 (4), p. 459-470.



García Amado, Juan Antonio (2006). El argumento teleológico: las consecuencias y los principios. En Ricardo Zuluaga Gil (edit.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

García Damborenea, Ricardo (2011). *Diccionario de falacias*. Recuperado el 24 de abril de 2019, de <http://www.usoderazon.com/conten/arca/ARCAPDFCOMPLETO.pdf>.

Garrido, Juan José (2020). El escrito en la pared. *El Comercio*, edición del 26 de abril de 2020. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/el-escrito-en-la-pared-por-juan-jose-garrido-koechlin-noticia/?ref=ecr>

Guarino, Antonio (1979): Le sentenze costituzionali manipolative. En *Studi in onore di Giocchino Scaduto*. Padua: Cedam.

Guastini, Riccardo (1988.) Due modelli di analisi della sentenza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 42, p. 991-1000.

_____. (2011). Disposición vs. Norma. En Susana Pozzolo y Rafael Escudero (edit.), *Disposición vs. Norma* (Mar Fernández Pérez y Alberto Puppo, trad.). Lima: Palestra.

Jansen, Henrike (2007). Refuting a Standpoint by Appealing to Its Outcomes: *Reductio ad Absurdum* vs. Argument from Consequences. *Informal Logic*, 27(3).

Lübbe-Wolff, Gertrude (1981). *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche rolle können folgenerwagungen in der juristischen regel - und begriffsbildung spielen?* Munich: Verlag Karl Albert editor.

Luhmann, Niklas (1992). *Sociología del riesgo*. (Silvia Pappe y otros, trad.). México: Universidades de Guadalajara e Iberoamericana.

Mccormick, Neil (1983). On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, 58(2).

_____. (2003). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon press.

_____. (2016). *Retórica y teoría del Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (José Ángel Gascón Salvador, trad.). Lima: Palestra.

Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. (Julia Sevilla Muñoz, trad.). Madrid: Gredos.

Raz, Joseph (1991). *Razón práctica y normas*. (Juan Ruiz Manero, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ródenas Calatayud, Ángeles (1996). *Sobre la justificación de la autoridad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucional.

Rodríguez Toubes Muñoz, Joaquín (2012). La reducción al absurdo como argumento jurídico. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 35, p. 91-124.

Schauer, Frederick (2004). *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas, en el derecho, en la vida cotidiana*. (Claudia Orunesu y Jorge Rodríguez, trad.). Madrid: Marcial Pons.

Silvestri, Gaetano (1981), Le sentenze normative della Corte costituzionale. En *Giurisprudenza costituzionale*, Milán.

Tarello, Giovanni (2018). *La interpretación de la ley*. (Diego Dei Vecchi, trad.). Lima: Palestra.

Walton, Douglas (1987). *Informal fallacies. Towards a Theory of Argument Criticisms*. Ámsterdam: John Benjamins Publishing Company.

_____. (2003). Comentario on Arguments from Unacceptable Consequences and a Reasonable Application of Law', de Eveline T. Feteris. Recuperado el 24 de abril de 2020, de http://web2.uwindsor.ca/faculty/arts/philosophy/Lat25/edited_feterispaper.doc.

_____. (2008). *Informal Logic. A pragmatic approach* (2da ed.). New York: Cambridge University Press.

Wróbleski, Jersy (1992). *The judicial application of law*. (Sadowe Stosowanie Prawa, trad.). Londres: Pringer. 