

La Defensa Penal

Técnicas argumentativas
y oratorias

3.ª Edición

ALESSANDRO TRAVERSI

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



© Alessandro Traversi, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Serrano Galvache 26
28033 Madrid
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Tercera edición: septiembre 2026

Depósito Legal: M-18519-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-938-8

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-939-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



Índice General

	<i><u>Página</u></i>
PRESENTACIÓN A LA SÉPTIMA EDICIÓN.....	21
PRESENTACIÓN A LA SEXTA EDICIÓN	23
PRESENTACIÓN A LA QUINTA EDICIÓN.....	25
PRESENTACIÓN DE LA CUARTA EDICIÓN.....	27
PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN	29
PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN	31
PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN	33

PRIMERA PARTE TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

CAPÍTULO I

PREDISPOSICIÓN DE LA DEFENSA.....	39
1.1. Función del defensor en el proceso penal acusatorio	39
1.2. El problema de la verdad.....	44
1.3. Asunción del encargo de la defensa y examen crítico de las razones del cliente	48
1.4. Reglas fundamentales que seguir en la predisposición de la defensa	51
1.5. Localización del «punto focal» del proceso	54
1.6. Investigaciones defensivas	57



1.7.	Elección de la estrategia defensiva.....	58
1.8.	La antinomia del mentiroso: ¿verdadero o falso?	61

CAPÍTULO II

ACTUACIÓN DE LA DEFENSA DURANTE EL PROCESO....		63
2.1.	Examen de los actos procesales y búsqueda de eventuales excepciones preliminares	63
2.2.	Evaluación de las pruebas a cargo y en descargo. Pruebas directas y pruebas indirectas	65
2.3.	La prueba negativa	68
2.4.	La prueba estadística	69
2.5.	Indicios y simples conjeturas	70
2.6.	Elección de la «línea de defensa»: la defensa basada en la confutación de la hipótesis acusatoria o en la exposición de contrahipótesis	74
2.7.	Solicitud de admisión de pruebas.	76
2.8.	Examen directo y contrainterrogatorio de los testigos ..	77
2.9.	Conclusiones de la defensa	83
2.10.	La paradoja del sorites: ¿cuándo hay que considerar suficientemente probado un hecho?	85

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO ARGUMENTATIVO ..		87
3.1.	El razonamiento: demostración y argumentación.....	87
3.2.	La adaptación al auditorio.....	90
3.3.	La premisa de la argumentación	92
3.4.	Máximas de experiencia común.....	95
3.5.	La inferencia.....	96
3.6.	Lógica de la argumentación: el principio de no-contradicción, el silogismo y la inducción	97
3.7.	El razonamiento hipotético.....	101
3.8.	La abducción.....	104



	<u>Página</u>
3.9. Razonamiento probabilístico y contrafáctico	105
3.10. Falacias argumentativas y estratagemas para tener razón	108
3.11. Insidias argumentativas: ¿has perdido un par de cuernos?.....	110

CAPÍTULO IV

BÚSQUEDA DE ARGUMENTOS (INVENTIO).....	111
4.1. Métodos de búsqueda de argumentos (<i>inventio</i>)	111
4.2. La tópica	113
4.3. Lugares comunes utilizables en la búsqueda de argumentos de tipo judicial	114
4.4. Lugares propios del proceso penal: argumentos <i>a re</i> y argumentos <i>a persona</i>	117
4.5. La argumentación jurídica (<i>de jure</i>).....	118
4.6. Definición, clasificación y subsunción	121
4.7. ¿Y si no se encuentran argumentos?	123

CAPÍTULO V

PRINCIPALES TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS.....	125
5.1. El argumento de identidad y la definición	125
5.2. El argumento analógico, <i>a pari</i> y <i>a contrario</i>	127
5.3. El argumento de la doble jerarquía (<i>a fortiori</i>).	130
5.4. El argumento de la división del todo en partes. El dilema y el argumento de inclusión de las partes en el todo.	131
5.5. El argumento de contradicción (<i>ab absurdo sensu</i>).	134
5.6. El argumento de autoridad (<i>ad verecundiam</i>)	135
5.7. El argumento mediante un ejemplo	136
5.8. El argumento pragmático	137
5.9. El argumento <i>ad metum</i>	139
5.10. La técnica de córax (o argumento de lo demasiado verosímil).	141



5.11. ¿Qué diferencia hay entre dialéctica y retórica?	142
--	-----

CAPÍTULO VI

DISPOSICIÓN DE LOS ARGUMENTOS (DISPOSITIO)	143
6.1. Selección, número y disposición de los argumentos (<i>dispositio</i>).....	143
6.2. Las partes del discurso: exordio (<i>exordium</i>).....	145
6.3. El exordio por insinuación (<i>insinuatio</i>)	148
6.4. La « <i>captatio benevolentiae</i> » para inducir al juez a ser dócil, atento, benévolo.	150
6.5. Narración (<i>narratio</i>). La digresión (<i>digressio</i>)	153
6.6. Argumentación (<i>argumentatio</i>) y confutación (<i>confutatio</i>).....	155
6.7. Orden y fuerza de los argumentos.	156
6.8. Epílogo (<i>epilogus</i>). Recapitulación (<i>enumeratio</i>) y conmoción (<i>conquestio</i>). La commiseratio.....	159
6.9. Petición de clemencia.	161
6.10. ¿Es normal emocionarse al inicio del debate?	162

SEGUNDA PARTE EL ARTE DE LA PERSUASIÓN

CAPÍTULO VII

LA ELOCUCIÓN (ELOCUTIO)	165
7.1. La importancia de la elocución (<i>elocutio</i>)	165
7.2. Los diferentes estilos de elocuencia: humilde (<i>humilis</i>), intermedio (<i>mediocris</i>) y solemne (<i>gravis</i>)	167
7.3. Las virtudes de la elocución: propiedad (<i>aptum</i>), corrección gramatical y lexical (<i>puritas</i>) y claridad (<i>perspicuitas</i>)	171
7.4. El arte de declamar: dicción (<i>pronuntiatio</i>), pausa (<i>intermissio</i>) y ritmo de la elocución (<i>numerus</i>).....	173
7.5. La gesticulación (<i>actio</i>)	176



	<i>Página</i>
7.6. La sintonía con el auditorio.	182
7.7. La memoria.	183
7.8. ¿Es mejor hacer discursos largos o cortos?.....	185

CAPÍTULO VIII

FIGURAS RETÓRICAS ORNAMENTALES (ORNATUS).....	187
8.1. Tropos, figuras de pensamiento y figuras de palabra (<i>ornatus</i>).....	187
8.2. Metáfora (<i>translatio</i>) y sinestesia	189
8.3. Catacresis (<i>abusio</i>), metonimia (<i>denominatio</i>) y sinécdoque (<i>intellectio</i>)	194
8.4. Figuras comparativas: comparación, símil y alegoría. ...	195
8.5. Máximas y aforismos	200
8.6. Figuras de homofonía: homeoteleuton, paronomasia, aliteración y ditología	202
8.7. ¿Cómo mejorar la elocución?	204

CAPÍTULO IX

ARTIFICIOS RETÓRICOS	205
9.1. Finalidad de los artificios retóricos.....	205
9.2. Modulación del tono de voz.....	206
9.3. Preterición (<i>occultatio</i>) e interrupción (<i>interruptio</i>)	207
9.4. Corrección (<i>correctio</i>) y dubitación (<i>dubitatio</i>)	209
9.5. La ironía (<i>dissimulatio</i>). La antífrasis.....	211
9.6. El «efecto presencia». Etopeya e hipotiposis (<i>demonstratio</i>).	213
9.7. ¿Callar es también un arte?	217

CAPÍTULO X

TÉCNICAS DE AMPLIFICACIÓN	219
10.1. Finalidad de las técnicas de amplificación.....	219



10.2. La repetición de palabras: epanalepsis (<i>geminatio</i>), anadiplosis (<i>reduplicatio</i>) y tautología	220
10.3. Anáfora, epífora, polisíndeton y asíndeton	223
10.4. La gradación (<i>clímax o gradatio</i>). El sorites	228
10.5. Insistencia (<i>commoratio</i>) y acumulación (<i>coacervatio</i>) ..	230
10.6. Antítesis (<i>contrarium</i>) y quiasmo (<i>commutatio</i>)	232
10.7. Hipérbole (<i>superlatio</i>) y litote (<i>exadversio</i>)	234
10.8. Anástrofe (<i>inversio</i>) e hipérbaton (<i>transgressio</i>)	236
10.9. El oxímoron	239
10.10. ¿Y si el caballo no obedece al auriga?	241

CAPÍTULO XI

TÉCNICAS DE IMPLICACIÓN	243
11.1. Finalidad de las técnicas de implicación	243
11.2. El apóstrofe (<i>allocutio</i>)	245
11.3. Invocación (<i>invocatio</i>) e invectiva (<i>indignatio</i>)	247
11.4. La interrogación: <i>ratiocinatio</i> , <i>sermocinatio</i> y <i>rogatio</i> ...	248
11.5. La prosopopeya (<i>conformatio</i>)	253
11.6. Dialogismo	255
11.7. ¿Quiénes son los oradores más persuasivos?	256

CAPÍTULO XII

LA PERSUASIÓN DEL JUEZ.	259
12.1. El fenómeno psicológico de la persuasión	259
12.2. La persuasión en el proceso penal.	261
12.3. Elementos esenciales de la persuasión: la «cooperación» del juez.	263
12.4. La «credibilidad» del defensor	266
12.5. La «forma retórica» del informe oral para « <i>probare</i> », « <i>delectare</i> », « <i>flectere</i> »	268
12.6. La dinámica de la decisión	269



	<u>Página</u>
12.7. Las variables de la decisión.	273
12.8. ¿Qué justicia?	276

CAPÍTULO XIII

EL ALEGATO FINAL DE LA DEFENSA AYER Y HOY	277
13.1. Retórica: el arte reina de la persuasión	277
13.2. Las vicisitudes alternas del arte de la retórica.	279
13.3. La oratoria forense en la actualidad	283
13.4. La predisposición del informe final de la defensa	284
13.5. El «esquema» de los temas	286
13.6. La comunicación verbal. Competencia comunicativa y uso de epítetos en función persuasiva	288
13.7. Magia y color de la palabra para despertar emociones... ..	290
13.8. La comunicación escrita	292
13.9. La comunicación multimedia	295
13.10. La comunicación no verbal	296
13.11. ¿Es la retórica realmente un arte?.....	297

CAPÍTULO XIV

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA DEFENSA PENAL.....	299
14.1. Las múltiples áreas de aplicación de la inteligencia artificial (IA)	299
14.2. Primeras experiencias de IA en el ámbito judicial	301
14.3. Sistemas automatizados de análisis de documentos y de adquisición de pruebas.....	303
14.4. Uso de algoritmos predictivos en el sector criminal	305
14.5. Previsibilidad del resultado de un juicio penal mediante IA y elección de la estrategia defensiva.....	307
14.6. ¿Puede la IA utilizarse también para la defensa penal?..	310



14.7. La Inteligencia Artificial (IA) en función decisoría entre los «sesgos cognitivos» (<i>cognitive biases</i>) y la «duda razonable».....	312
14.8. ¿Habrá un juez robot?	315

CAPÍTULO XV

TOMA LA PALABRA EL ABOGADO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR	317
15.1. La defensa de la acusación particular.	317
15.2. <i>Et verba manent</i> : un ejemplo de alegato oral del abogado de la acusación particular en un proceso penal por masacre	318
15.3. Otro ejemplo de alegato oral del abogado de la acusación particular en un juicio por uxoricidio	324
15.4. En defensa de la víctima de un asesinato pasional	329
15.5. Un modelo de defensa de la víctima en un proceso por violencia sexual	335
15.6. Alegato de la acusación particular en un proceso por desastre culposos.....	337
15.7. ¿Es más fácil acusar o defender?.....	340

CAPÍTULO XVI

TIENE LA PALABRA LA DEFENSA	341
16.1. La defensa del imputado	341
16.2. Tipos de inicio de alegatos de defensa	342
16.3. Modelos de alegatos de la defensa en procesos por asesinato basados en pruebas circunstanciales.....	345
16.4. Defensas basadas en el conflicto entre el derecho positivo y la justicia sustancial.....	353
16.5. El ataque al testigo de cargo y al coacusado «arrepentido».....	358
16.6. El ataque al colaborador de la justicia	360
16.7. ¿Cómo excluir la participación en un delito de masacre?	366



	<u>Página</u>
16.8. Un ejemplo de alegato multimedia	369
16.9. La defensa en el proceso de apelación. Un ejemplo de alegato final destinado a demostrar un error en el «mé- todo» de valoración de las pruebas	370
16.10. Peroración y argumento « <i>ad metum</i> »	375
16.11. La defensa imposible	378
16.12. ¿Existe un modelo de orador perfecto?	382
ÍNDICE DE LOS AUTORES CITADOS	385
ÍNDICE DE LOS ALEGATOS CITADOS	399
ÍNDICE DE GRÁFICOS	401
ÍNDICE DE TÉRMINOS	403



Estructura del razonamiento argumentativo

SUMARIO: 3.1. EL RAZONAMIENTO: DEMOSTRACIÓN Y ARGUMENTACIÓN. 3.2. LA ADAPTACIÓN AL AUDITORIO. 3.3. LA PREMISA DE LA ARGUMENTACIÓN. 3.4. MÁXIMAS DE EXPERIENCIA COMÚN. 3.5. LA INFERENCIA. 3.6. LÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN: EL PRINCIPIO DE NO-CONTRADICCIÓN, EL SILOGISMO Y LA INDUCCIÓN. 3.7. EL RAZONAMIENTO HIPOTÉTICO. 3.8. LA ABDUCCIÓN. 3.9. RAZONAMIENTO PROBABILÍSTICO Y CONTRAFÁCTICO. 3.10. FALACIAS ARGUMENTATIVAS Y ESTRATEGIAS PARA TENER RAZÓN. 3.11. INSIDIAS ARGUMENTATIVAS: ¿HAS PERDIDO UN PAR DE CUERNOS?

3.1. EL RAZONAMIENTO: DEMOSTRACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

El término **razonamiento** se usa comúnmente para indicar un procedimiento mental mediante el cual, partiendo de unas premisas determinadas, se llega a una conclusión.

La mayor parte de nuestra actividad mental está constituida por razonamientos. Efectivamente, es basándose propio en datos empíricos asumidos como premisas que logramos, por medio de deducciones, por ejemplo, tomar una decisión, dar una opinión, hacer una previsión o resolver un problema.

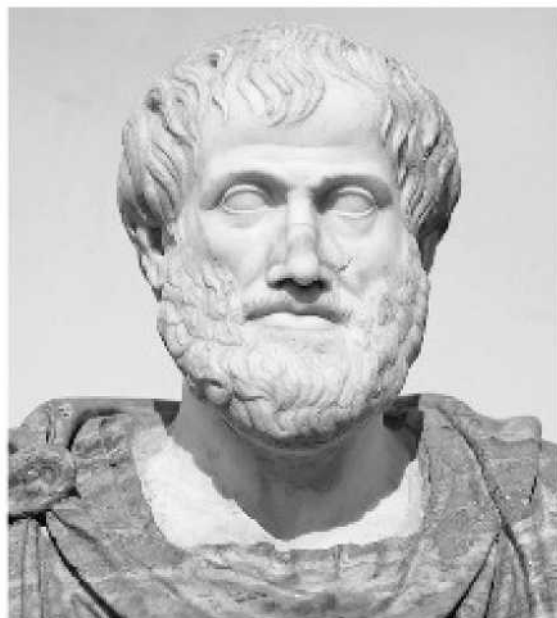
Sin embargo, no es seguro que la conclusión a la que se llega sea necesariamente el fruto de un razonamiento racional basado en una valoración lúcida de unos datos experimentales conscientemente asumidos como premisas, ya que, por el contrario, a menudo ésta se deriva de un procedimiento deductivo implícito, generado por una red de inferencias invisibles extraídas del patrimonio indistinto de conocimientos comunes a todos.

El razonamiento, como producto de la actividad intelectual, ha sido objeto de estudio por parte de diferentes disciplinas. En particular de la psicología, porque atañe a las distintas causas que pueden influenciar su elaboración, amén de la lógica, por lo que concierne, en cambio, a su estructura paradigmática.



Sin pretender quitarle ninguna importancia a las innumerables contribuciones facilitadas por los modernos estudiosos de psicología, hasta la fecha la tentativa mejor lograda de llevar a cabo un análisis sistemático y profundo acerca de este tema es la de ARISTÓTELES —cuyo busto marmóreo, que data del siglo I a.C., reproducido en el Gráfico número 5, se conserva en París en el Musée du Louvre— el siglo cuarto antes de Cristo, cuando, por primera vez, concibió dos categorías diferentes de razonamiento: el «razonamiento analítico», el cual, partiendo de premisas necesarias o al menos indiscutiblemente verdaderas, llega a unas conclusiones ciertas en la misma medida; y el «razonamiento dialéctico», que, por el contrario, está fundado en la opinión común, es decir, en «*elementos que parecen aceptables a todo el mundo o a una gran mayoría o bien a las personas sobremanera conocidas e ilustres*»¹.

GRÁFICO Núm. 5. *Retrato en mármol de Aristóteles.*



Aristóteles: Retrato en mármol (siglo I a. C.). París, Musée du Louvre

Un ejemplo paradigmático de «razonamiento analítico» es la **demonstración**, normalmente utilizada en las disciplinas científicas para describir los diferentes pasos de un procedimiento lógico que se siguen para deducir, a partir de

1. ARISTÓTELES, *Organon. Topicos*, Libro I, párr. 1, 100 b.



un postulado asumido como premisa, una conclusión que, si el proceso lógico es correcto formalmente, tiene que ser consecuente con la premisa de partida.

Un ejemplo típico de «razonamiento dialéctico», en cambio, es la **argumentación** que, al contrario de la demostración, no se basa en premisas axiomáticas o, como quiera que sea, universalmente aceptadas, sino en enunciados discutibles, incluso aunque sean abundantemente compartidos.

Por lo tanto, la «argumentación» no es más que un tipo de razonamiento especial, generalmente articulado en forma de discurso oral o escrito, compuesto por una serie de proposiciones encadenadas entre ellas. De ello se deduce que cada argumentación presupone un razonamiento; en cambio, todo razonamiento no implica una «argumentación».

De hecho, el razonamiento argumentativo, aun presentando una estructura sustancialmente análoga a la del razonamiento que se usa comúnmente por ejemplo para expresar opiniones, hacer previsiones o resolver problemas, se diferencia de éste por su objetivo, que, en este caso, es el de demostrar una tesis determinada de la manera más clara y convincente posible.

La misma etimología del término «argumentación» —del verbo latino «*arguere*» que, en su acepción original, significaba iluminar, hacer brillar (de ahí, por ejemplo, los sustantivos «argucia», «arcilla», y el adjetivo «argentino», etc.) y, por ende, por traslación argüir, inferir— pone de relieve muy bien esta peculiaridad del razonamiento argumentativo, esto es, el hecho mismo de que, para que logre el objetivo al que está destinado, hay que formularlo de manera que aclare la tesis que se va a defender. Lo cual significa que la claridad en la exposición (*perspicuitas*) es un requisito esencial de cualquier discurso argumentativo.

Si bien los discursos de este tipo se pueden hacer durante cualquier tipo de comunicación interpersonal y tener por objetivo los temas más dispares (basta con pensar en una discusión normal sobre política o deporte, en la que cada uno tiende a hacer que prevalezca su propia idea), el ámbito más adecuado para la argumentación es indudablemente el jurídico y decididamente el judicial, en el que la contraposición dialéctica entre las partes litigantes (en el contencioso civil) o bien entre la acusación y la defensa (en el proceso penal), hace imprescindible el uso del instrumento de la argumentación como apoyo de las respectivas tesis.

Por lo tanto, la «argumentación» es algo muy diferente de la «demostración».

De hecho, si deseamos demostrar un teorema de geometría, una teoría científica o cualquier otra tesis basada en premisas indiscutibles, será suficiente con explicar, mediante el lenguaje propio del sistema formal elegido (por ejem-



plo, por medio de ecuaciones matemáticas), como, si se elaboran los datos, se llega a una conclusión determinada. Si, por el contrario, nos proponemos convencer a alguien de lo fundado de una tesis que no está anclada en un sistema objetivo de referencia (como, por ejemplo, a un parecer de carácter ético, estético, político, jurídico o incluso de probabilidades de la culpabilidad o inocencia de un imputado), no se puede prescindir —como en el caso de la demostración *more geométrico*— del sujeto destinatario del razonamiento, sino que tenemos que asegurarnos la adhesión de éste a las premisas en las que se funda la tesis que vamos a exponer, para poder transferir esta adhesión otorgada a las premisas a las conclusiones posteriormente.

No obstante, para provocar o incrementar la adhesión del destinatario de la argumentación, es indispensable que entre quien se dispone a enunciar una tesis determinada y el destinatario de la misma haya al menos un punto de contacto intelectual, sin el que ni siquiera se puede concebir la transmisión de ningún mensaje.

3.2. LA ADAPTACIÓN AL AUDITORIO

Según los modernos tratadistas de la teoría de la argumentación, quien quiera convencer a los demás de una idea suya antes que nada tiene que intentar intuir cuáles son las opiniones de las personas a las que se vaya a dirigir, ya que para desarrollar una argumentación eficaz es indispensable partir siempre de premisas que ya disfruten de una adhesión suficiente².

Por lo tanto, el presupuesto fundamental del razonamiento argumentativo —verdadera y propia «base de la argumentación»— es la **adaptación al auditorio**, es decir, la necesidad por parte de quien se propone mantener una determinada tesis, de adaptar el razonamiento —y, por lo tanto, el discurso (escrito u oral) que lo expone— a las opiniones (conocidas o simplemente presuntas) de aquellos a los cuales éste está destinado, porque el término «auditorio» se usa convencionalmente con una acepción doble: tanto para indicar uno o más interlocutores en especial, como para designar el conjunto de los hipotéticos destinatarios de la argumentación («auditorio universal») ³.

2. C. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Edit. Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1977, trad. it. con el título *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione*, Edit. Einaudi, Torino, 1981, pg. 33.

3. Según C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de argumentation. La nouvelle rhétorique*, Edit. Presse Universitaires de France, Paris, 1958, trad. it. con el título *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Edit. Einaudi, Torino, 1989, pg. 21, el «auditorio», en el campo retórico, se puede definir como «el conjunto de personas sobre las cuales el orador quiere influir mediante su argumentación», es decir, el conjunto de aquellos en los que «cada orador piensa, de manera más o menos consciente, y a los que intenta persuadir». Sin embargo, la «audiencia universal» es una abstracción construida por el orador a partir de lo que sabe acerca de sus semejantes, esto es, una universalidad y una unanimidad que él se representa a sí mismo, (*ibidem*, pg. 33 y ss.).



Por otra parte, la importancia del conocimiento previo del auditorio para adaptarle la argumentación, objeto de recientes estudios de psicología, sociología y *marketing*, era conocida desde la antigüedad, de suerte que ARISTÓTELES distinguió tres tipos de oratoria —deliberativo, judicial y epidíctico— que correspondían a otros tres tipos de auditorio⁴. Una clasificación que después retomó CICERÓN, el cual observaba agudamente que, como el orador tiene que ponerse en sintonía con las opiniones de los que escuchan, «*el discurso se debe adaptar*» (*accomodanda est oratio*) según se dirija a hombres «*ignorantes y groseros que anteponen siempre la conveniencia a la honestidad*» o a hombres «*cultos y refinados que ponen la dignidad moral por encima de cualquier otra cosa*»⁵.

Sin embargo, para poder adaptarse a un auditorio, es necesario tener un conocimiento previo de él. Esto es relativamente fácil mientras haya que tratar con un solo interlocutor o con un grupo reducido de personas de las que se conoce la edad, la profesión, el nivel cultural, etc. En cambio, es bastante más dificultoso cuando hay que dirigirse a un auditorio numeroso y múltiple o, incluso a un público (por ejemplo de telespectadores) cuyas opiniones acerca del argumento tratado no sólo no nos son conocidas, sino que además son muy variadas.

En efecto, para ponerse en sintonía con una concurrencia de oyentes heterogénea y, por lo tanto, caracterizada ciertamente por opiniones e intereses distintos, es necesario concebir un modelo virtual de auditorio que sea lo más cercano posible al real. Lo cual lo puede realizar el orador solamente a través de una deliberación propia interior, presuponiendo —a menudo arbitrariamente— que las razones que le podrían parecer convincentes a sí mismo, serían también idóneas para persuadir a los demás⁶.

En otros términos, el único modo de adaptarse a un auditorio cuando no se puede desarrollar en forma de diálogo en presencia de un interlocutor real, es la de dialogar consigo mismos, preguntándose, formulando objeciones, preocupándose, de cada paso del razonamiento, de obtener el consenso de un hipotético confutador como personificación del auditorio universal.

Este método, seguramente más oportuno en el desarrollo de una argumentación verbal, es imprescindible en el razonamiento argumentativo escrito, dado que la comunicación escrita, por su propia naturaleza, es mucho más vulnerable que la oral. No sólo por la obvia razón de que «*scripta manent*», sino también porque el autor de un escrito, en el momento en que alguien lo lee, no puede

4. ARISTÓTELES, *Retórica*, Libro I, cap. 3, 1358b.

5. M.T. CICERÓN, *Partitiones oratoriae*, párr. 90.

6. Es un dato de experiencia común a todos que si una razón nos persuade a nosotros mismos los primeros, es válida, en general, para convencer también a los demás. Por lo demás, ya R. DESCARTES, en el *Prefatio ad lectorem* de las *Meditationes de prima philosophia*, París, 1641, se proponía «*comprobar si puedo persuadir también a los demás por medio de los mismos razonamientos que me han persuadido a mí mismo*» (trad. esp. de V. Peña).



encontrarse presente para rebatir las posibles críticas o las objeciones que se le dirijan.

No sin razón PLATÓN, en una célebre página del «*Fedro*», había exaltado la superioridad del discurso oral respecto al escrito, haciendo decir a Sócrates:

«Porque es impresionante, Fedro, lo que pasa con la escritura, y por lo tanto que se parece a la pintura. En efecto, las pinturas están ante nosotros como si tuvieran vida; pero si se les pregunta algo, responden con el más altivo de los silencios. Lo mismo pasa con las palabras. Podrás llegar a creer como si lo que dicen fueran pensándolo; pero si alguien pregunta, queriendo aprender de lo que dicen, apuntan siempre y únicamente a una y la misma cosa. Pero, eso sí, con que una vez algo haya sido puesto por escrito, las palabras ruedan por doquier, igual entre los entendidos que como entre aquellos a los que no les importa en absoluto, sin saber distinguir a quiénes conviene hablar y a quiénes no. Y si son maltratadas o vituperadas injustamente, necesitan siempre la ayuda del padre, ya que ellas solas no son capaces de defenderse ni de ayudarse a sí mismas»⁷.

Esta tesis es reiterada por el propio PLATÓN en el *Protágoras*, cuando compara los escritos que no pueden responder a los preguntas con «*vasos de bronce que, al ser percutidos, continúan resonando durante largo tiempo*»⁸.

He ahí el porqué la comunicación escrita, al contrario de la oral, que se define principalmente por una libertad expresiva más amplia, tiene que presentarse con una estructura más bien rígida tanto en lo que atañe a la impostación general del texto, como respecto al modo en que las frases se deben enlazar entre ellas. De manera que es necesario que el texto escrito, como constituye una unidad de comunicación rígida, tiene que cumplir las reglas fundamentales de «completitud» y de «coherencia», las cuales requieren respectivamente, que se indiquen todos los argumentos necesarios para sustentar la tesis que se quiera demostrar y que los diferentes elementos que componen el texto estén conectados funcionalmente entre ellos.

3.3. LA PREMISA DE LA ARGUMENTACIÓN

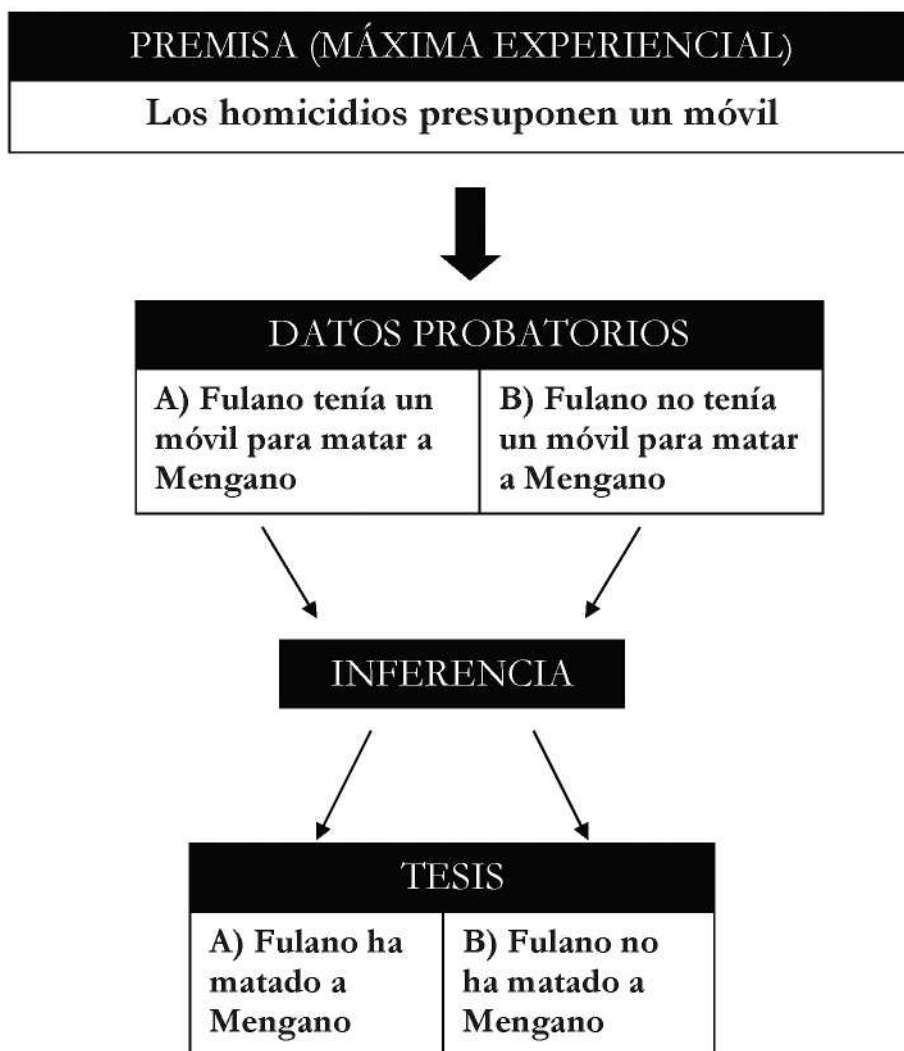
Pasemos ahora a analizar la estructura del razonamiento argumentativo. Antes que nada, es oportuno precisar que se lleva a cabo en dos fases y, como cualquier otro tipo de razonamiento, en su forma paradigmática se compone de tres elementos esenciales: la «premisa», que constituye el punto de partida del razonamiento (primera fase); la «tesis», que es lo que se quiere demostrar y la «inferencia», que no es más que la conclusión que se deduce lógicamente a partir de la premisa (segunda fase), tal y como se representa en el Gráfico núm. 6.

7. PLATÓN, *Fedro*, 275, d-e.

8. PLATÓN, *Protágoras*, 329 a.



GRÁFICO Núm. 6. Argumentación.



Cuando se debe analizar la estructura de la argumentación, se trata antes que nada de la premisa, y después, en los sucesivos párrafos, de las diferentes formas a través de las cuales se desarrolla el razonamiento.

La **premisa de la argumentación** consiste en una suposición —a veces explícita, pero a menudo simplemente sobreentendida— expuesto por quien argumenta como base de su razonamiento.



Un requisito fundamental de la «premisa», si se desea que el razonamiento tenga una eficacia persuasiva, es que el auditorio la comparta.

Por lo tanto, es indispensable que quien desee desarrollar un discurso argumentativo tenga la sagacidad de basarse en premisas que, presumiblemente, disfruten de un grado suficiente de adhesión por parte de los destinatarios. Si no fuera así, en caso de que se pretenda que el auditorio acepte una tesis fundada en premisas elegidas arbitrariamente, o sea como sea, no compartidas por éste, se incurriría en la llamada «petición de principio», es decir, en el error de formular una proposición que se implique a sí misma, luego, en suma, inevitablemente destinada a que la perciban como meramente apodíctica y absolutamente immotivada (el «*si p, entonces p*» de la lógica formal).

La mayor dificultad que se encuentra en la construcción del discurso argumentativo es, por lo tanto, la de elegir unas premisas que sean lo más concordes posible con las opiniones de aquellos a los que se dirige el discurso.

Sin embargo, existen algunos criterios —elaborados por la teoría moderna de la argumentación— útiles para orientar este tipo de elección.

El primer criterio es el de adoptar como premisa de la argumentación «hechos» incontrovertibles, para los cuales sea posible postular un acuerdo universal.

Como segundo criterio sugerimos basarse, en cualquier caso, en «suposiciones» relacionadas con la experiencia y con el sentido común, que se identifiquen con «*id quod plerumque accidit*», basándose en el presupuesto de que la «ley de uniformidad de la naturaleza» es aceptada universalmente.

El tercer y último criterio es el de asumir, como premisa de la argumentación, una determinada «jerarquía de valores», suponiendo que el auditorio la comparte. En cuanto a esto, se podría hipotizar, por ejemplo, la superioridad de lo justo sobre lo útil; de los valores morales, sobre los materiales; del bien común respecto al individual; del vínculo de solidaridad familiar respecto al que se establece entre ciudadanos, etc. O incluso la superioridad de las leyes naturales, no escritas «*su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron*», immortalizadas en la tragedia griega del célebre diálogo entre Antígona y el tirano Creonte, respecto a las mudadizas y, a menudo injustas, normas de derecho positivo⁹.

La argumentación jurídica (como por ejemplo un informe del fiscal o de la defensa en el ámbito de un proceso penal), presenta una estructura análoga a la paradigmática del razonamiento argumentativo que acabamos de examinar.

9. SÓFOCLES, *Antígona*, vols. 456-457.



En efecto, incluso para argumentar ante un juez, sería oportuno conocer con antelación su carácter, opiniones y orientación respecto a la jurisprudencia, para poder elegir como base de la argumentación las premisas que se le adapten más. Unas premisas que, de la misma manera, se deberán representar con datos de hecho incontrovertibles, por enunciados de probabilidades que cualquier persona con sentido común tendría que aceptar o con valores considerados presumiblemente compartidos.

3.4. MÁXIMAS DE EXPERIENCIA COMÚN

Un tipo particular de premisa argumentativa, de uso frecuente en la argumentación jurídica, es el constituido por las «máximas de experiencia común».

Las **máximas de experiencia común** son generalizaciones empíricas relativas, la mayor parte, a comportamientos humanos aplicables por analogía a un hecho concreto. Se diferencian de las leyes científicas en que no admiten excepciones por el hecho de que, por muy amplia que sea la muestra de casos que se tomen en consideración, sin embargo, siempre son susceptibles de posibles salvedades¹⁰.

Naturalmente no existe un catálogo de máximas de experiencia común utilizables como premisas del discurso argumentativo judicial. No obstante, podemos poner ejemplos de algunas: quien haya matado, usualmente debe haber tenido un móvil para hacerlo; un testigo indiferente generalmente dice la verdad, al contrario del que tenga una relación de parentesco o amistad con el imputado; si en la casa de la víctima no se encuentran signos de allanamiento, significa que ésta conocía al asesino; y si el perro no ladró, significa que no sería un extraño el que se introdujo en la casa.

No obstante, cada una de estas máximas puede resultar individualmente contradicha por los hechos, ya que existen homicidios carentes de móvil, incluso un testigo indiferente podría mentir, el asesino podría haberse servido de una excusa para entrar en la casa de la víctima o haber eludido la vigilancia del perro con distintos pretextos.

10. En efecto, las máximas de experiencia, a diferencia de las leyes científicas que se pueden verificar siempre, eluden, a causa de su propia naturaleza, cualquier posibilidad de control. De ellas se puede decir solamente que son «*proposiciones generales obtenidas por inducción*» (N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Edit. Cedam, Padova, 1993, pg. 69). Las máximas experienciales también han sido definidas como unas «*regularidades sociales*», las cuales «*parecen venir al mundo por autogeneración*» y que «*se consolidan y se convierten en sentido común, o sea, en un saber que se transmite a través de los miles de canales de la comunicación entre personas*» (F.M. IACO-VIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Edit. Giuffrè, Milano, 1997, pg. 190).



A más de esto, diferentes jueces podrían valorar de forma distinta una misma máxima. Así, por ejemplo, la máxima según la cual el administrador de una grande sociedad no puede, por razón de su cargo, no estar al corriente del pago de una comisión ilegal o aquella según la cual no sería posible violar dentro de un coche a una mujer que lleve vaqueros .

Por último, podría ocurrir que se puedan aplicar a un mismo hecho distintas máximas, incompatibles entre ellas, aunque plenamente válida cada una por sí misma. Por ejemplo: que la acusación procedente de un cómplice de un delito que haya admitido su responsabilidad, normalmente es creíble y, sin embargo, no lo es cuando quien acusa de complicidad tiene algún motivo de rencor para con el cómplice; o que en algunos casos la emoción puede falsear y en otros agudizar la capacidad perceptiva del testigo. Pues bien, en semejantes casos particulares ¿cuáles de las dos máximas opuestas se podría utilizar?. ¿O habría que encontrar una tercera *ad hoc*, que justo porque siendo más específica, no obstante, carecería del carácter de generalización necesario para que tuviera vigor?

En efecto, aunque en estos casos particulares no es fácil hallar una máxima suficientemente fuerte sobre la que poder construir una argumentación válida, de hecho, sin embargo, cuando se quiere mantener una determinada tesis, tanto acusatoria como defensiva, no se puede evitar argumentar —es decir, sacar conclusiones— basándose en premisas constituidas, la mayor parte, por máximas experienciales.

3.5. LA INFERENCIA

Una vez concluida la primera fase de la argumentación con la formulación de una proposición que funcione como premisa, la fase sucesiva del razonamiento argumentativo se concreta en la **inferencia**, es decir, en el sacar a partir de la premisa, a través de uno o dos pasos lógicos, una conclusión, expresada también mediante un enunciado lingüístico.

Usualmente, en la argumentación, la «premisa» viene antes que la «conclusión». Sin embargo, es posible que suceda que, tanto la una como la otra, se formulen en el mismo enunciado, o sea, que en el discurso, la «conclusión» preceda a la «premisa», de modo que no siempre se pueden localizar fácilmente los pasos lógicos de la «inferencia».

Sin embargo, para argumentar, no es necesario especificar todos los pasos lógicos a través de los cuales se desarrolla un razonamiento. Es más, muy a menudo, las inferencias no se expresan, ya que la característica peculiar de la argumentación es justo la de actuar mediante canales invisibles. Tanto es así que todos expresamos cada día juicios sobre los temas más dispares, sin darnos cuenta de la densa red de inferencias mediante las cuales los formulamos¹¹.



Cuando, por ejemplo, constatamos que el cielo se está nublando y decimos «va a llover», en realidad, este simple juicio es fruto de una inferencia implícita extraída de un dato de experiencia común, también tácito.

Encontramos una sucesión de pasos lógicos invisibles análoga en el razonamiento argumentativo jurídico. En efecto, pongamos que para demostrar que un reconocimiento de una persona no es creíble, mantengamos que, habiendo transcurrido un lapso de tiempo más bien relevante desde que sucedió, el testigo puede haberse equivocado: también, en este caso, los únicos elementos visibles de la argumentación son el hecho (representado por el reconocimiento efectuado un tiempo después del hecho-delito) y la conclusión (la no credibilidad del resultado del reconocimiento), mientras que quedan encubiertos, porque están sobreentendidos, tanto la «máxima de común experiencia» aplicada al hecho concreto (es decir, el hecho de que, normalmente, los recuerdos se debilitan con el tiempo), como la relativa «inferencia».

Por consiguiente, aunque esté implícita, la «inferencia» constituye un elemento imprescindible de la argumentación. Y no sólo esto, sino que además —como en la hipótesis que se toma en consideración— cuando se asume como premisa una máxima de común experiencia, el razonamiento presupone, en efecto, dos inferencias distintas: la primera para formular, sobre una base empírica, la máxima generalizadora; la segunda para deducir de ella una conclusión aplicable a un caso en concreto.

Ahora bien, hay un problema que permanece: ¿cómo se establece, prescindiendo de lo fundado o no de las premisas, si un razonamiento es correcto lógicamente?

3.6. LÓGICA DE LA ARGUMENTACIÓN: EL PRINCIPIO DE NO-CONTRADICCIÓN, EL SILOGISMO Y LA INDUCCIÓN

El único modo para verificar la exactitud, aunque sea formal, de un razonamiento, es el de controlar si los varios pasos en los que se origina el juicio conclusivo se ajustan a los principios de la lógica¹².

11. Y es un «hecho curioso» —observa F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, op. cit., pg. 179— que «mientras que estamos envueltos diariamente por una maraña de criterios de inferencias y no consiguiéramos orientarnos para vivir sin ellos, sin embargo, en los razonamientos de todos los días y en las motivaciones de las sentencias, normalmente no hay indicios de tales criterios», ya que «los hay siempre, pero rara vez aparecen», porque «viven una vida invisible e inexpressada».

12. La lógica es una ciencia que se propone estudiar el conjunto de las relaciones que se producen en nuestro pensamiento durante el proceso del conocimiento de las cosas. SANTO TOMÁS DE AQUINO, en *Posteriorum Analyticorum. Proemium*, define la lógica como «el arte por el que orientamos los actos de la razón para que avancen ordenadamente, con facilidad y sin errores, hacia el conocimiento de la verdad». Los escolásticos la llamaron después «ars artium» («el arte de las artes»), porque interviene en todas las demás ciencias o actividades prácticas del hombre.



Principales técnicas argumentativas

SUMARIO: 5.1. EL ARGUMENTO DE IDENTIDAD Y LA DEFINICIÓN. 5.2. EL ARGUMENTO ANALÓGICO, *A PARI* Y *A CONTRARIO*. 5.3. EL ARGUMENTO DE LA DOBLE JERARQUÍA (*A FORTIORI*). 5.4. EL ARGUMENTO DE LA DIVISIÓN DEL TODO EN PARTES. EL DILEMA Y EL ARGUMENTO DE INCLUSIÓN DE LAS PARTES EN EL TODO. 5.5. EL ARGUMENTO DE CONTRADICCIÓN (*AB ABSURDO SENSU*). 5.6. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD (*AD VERECUNDIAM*). 5.7. EL ARGUMENTO MEDIANTE UN EJEMPLO. 5.8. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO. 5.9. EL ARGUMENTO *AD METUM*. 5.10. LA TÉCNICA DE CÓRAX (O ARGUMENTO DE LO DEMASIADO VEROSÍMIL). 5.11. ¿QUÉ DIFERENCIA HAY ENTRE DIALÉCTICA Y RETÓRICA?

5.1. EL ARGUMENTO DE IDENTIDAD Y LA DEFINICIÓN

Pasemos a examinar las **principales técnicas argumentativas** propias de la oratoria judicial, con especial atención a los argumentos utilizables con fines defensivos en el proceso penal¹.

La primera y más difundida técnica de argumentación —usualmente adoptada también en la argumentación jurídica— es el «argumento de identidad».

1. Los modernos tratadistas de retórica —en particular C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de argumentation. La nouvelle rhétorique*, Edit. Presses Universitaires de France, Paris, 1958, trad. it. con el título *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Edit. Einaudi, Torino, 1989, pg. 197 y ss.— dividen las «técnicas de argumentación» en dos grandes clases, el de los argumentos «casi-lógicos», contruidos fundándose en el modelo de los razonamientos formales; y el de los argumentos «basados en la estructura de la realidad», es decir, que se sirven de ésta para establecer una solidaridad entre los juicios ya admitidos y los juicios que se tratan de promover. A su vez los argumentos basados en la estructura de la realidad se subdividen según el tipo de conexión (de sucesión, de coexistencia, de analogía, etc.).

Habiéndonos propuesto tratar solamente los argumentos que puedan servir para la preparación de una defensa penal, consideramos superfluo seguir servilmente dicha clasificación.



El **argumento de identidad** —así denominado por el hecho de que se basa esencialmente en un principio lógico conocido como «principio de identidad»— consiste en verificar si hay o no coincidencias (y por lo tanto identidad) entre un concepto y otro, entre un hecho en concreto y su concepción paradigmática, esto es, con una referencia específica al campo del derecho, entre casos concretos y casos legales.

Por lo tanto esta argumentación normalmente presupone la confrontación entre un hecho que hay que cualificar (*definiendum*) y un concepto abstracto normativamente o convencionalmente definido (*definiens*).

Un instrumento indispensable para llevar a cabo esta operación es la «definición».

La **definición** —del verbo latín «*definire*», que significa «delimitar»— es la delimitación precisa de un concepto.

Todavía más rica de significado es la definición del término «*definitio*» propuesta por CICERÓN: «*La esencia de un concepto expresada de manera que no haya nada que quitar ni que añadir*» (*sic exprimatur, ut neque absit quiquam neque supersit*)².

Ahora bien, si existe ya una definición normativa a la que hacer referencia, mejor que mejor: bastará con verificar que los elementos del caso concreto coincidan con los que describe la ley.

Si, por el contrario, no hay una definición de ese concepto universalmente aceptada, para poder utilizar el «argumento de identidad» es indispensable formular una que concuerde con la opinión del auditorio. Si no, se corre el riesgo de que pueda parecer arbitraria y, en ese caso, es evidente que la argumentación no podría funcionar³.

En cuanto al procedimiento que seguir para definir conceptos, todavía hoy el único sistema válido es el de proceder por divisiones sucesivas, como en el famoso ejemplo de la «pesca con sedal» contado por PLATÓN en *Sofista*, en el cual el concepto se deduce dialécticamente a partir de la noción general de caza y, por lo tanto, a través de una serie casi cibernética de elecciones entre elementos binarios, hasta la formulación de la definición buscada⁴.

2. M.T. CICERÓN, *De oratore ad Quintum fratrem*, Libro II, párrs. 108-109.

3. En cuanto a esto, hay que tener en cuenta —como escribía M.T. CICERÓN en *De oratore*, *ibidem*— que «*la definición a menudo nos la quitan de las manos sólo con que la censuren, o que le añadan o le quiten una sola palabra; en segundo lugar, por su misma naturaleza, apesta a escuela o a ejercicio escolástico; por último, no puede entrar en la mente del juez, porque éste la olvidará aún antes de haberla percibido*».



El criterio subsidiario sugerido por algunos para facilitar la definición de conceptos es el de investigar la etimología del término que haya que definir⁵.

Pero si la definición desemboca en una convención puramente lingüística carente de un contenido informativo efectivo, ésta se calificará como una mera «tautología», como tal inutilizable con fines argumentativos.

Como ejemplo de aplicación procesal del «argumento de identidad» se podría poner el que concierne al concepto de «obsceno» según la ley penal, o el de «reputación» a efectos del delito de injuria, dado que dichos conceptos, siendo susceptibles de mutar continuamente siguiendo la evolución de las costumbres y de la moral social, requieren que se definan concretamente en relación con un dado momento histórico.

5.2. EL ARGUMENTO ANALÓGICO, *A PARIY A CONTRARIO*

Otra técnica argumentativa que aparece a menudo en la oratoria de tipo judicial es el «argumento analógico».

A diferencia del «argumento de identidad», que presupone una coincidencia perfecta entre todos los elementos de la situación concreta con los del modelo de definición del cotejo, el **argumento analógico** recava su fuerza de persuasión de una regla de justicia generalmente aceptada, que exige la aplicación de un tratamiento idéntico a los imputados y a los hechos pertenecientes a la misma categoría o, viceversa, de tratamientos diferenciados siempre y cuando formen parte de categorías diferentes.

El «argumento analógico» es un ejemplo paradigmático de argumentación «casi lógica», o sea, de razonamiento capaz de facilitar solamente una apariencia demostrativa, porque está connotado ontológicamente por un nivel más o menos elevado de aproximación.

Por otra parte, el mismo concepto de «analogía» por su naturaleza es bastante indeterminado. En efecto, ¿cuándo se pueden considerar «análogas» dos situaciones?

En la época medieval se consideraba que el término «analogía» expresaba un «*quid*» intermedio entre «identidad» y «diversidad», de modo que dos casos concretos podían considerarse «análogos» siempre que, aunque tengan en

4. He aquí, en particular, la conclusión del diálogo: «*Del conjunto que es el arte, la mitad —como hemos visto— era la adquisitiva, y de la adquisitiva una parte era el arte de adueñarse, y del arte de adueñarse una parte era la caza, de la caza una parte era la caza de seres animados, y de ésta una parte era la caza de animales acuáticos, y de ésta una parte era la pesca, de la pesca una parte era la de percusión, y de la de percusión una parte era la de pesca con anzuelo. De ésta, por último, la parte que golpea desde abajo hacia arriba con tirón es la pesca con sedal que era justo lo que buscábamos*» (véase PLATÓN, *Sofista*, párr. 221 b).

5. M.F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Libro V, cap. X, párr. 55.



común algunos elementos esenciales, «*se predicán en un sentido en parte diferente*»⁶. Actualmente, después del descubrimiento del principio de indeterminación de HEISENBERG y la adopción, también en el ámbito de la investigación científica de la «lógica *fuzzy*», en cambio, se podría afirmar que el procedimiento analógico es un ejemplo típico de «*fuzzy*-pensamiento», es decir, de razonamiento «borroso»⁷.

Aunque los juicios de tipo analógico sean verdaderos sólo en parte y, sea como sea, aproximados por exceso o por defecto (por lo tanto inevitablemente ambiguos), es un hecho incontrovertible que la «analogía» ha supuesto siempre un papel de excepcional importancia en el desarrollo del pensamiento humano: no solamente como factor de enriquecimiento lingüístico y conceptual, con la creación, por ejemplo, de «metáforas», sino también como instrumento de «invención» de nuevas ideas en todos los campos del saber, el filosófico, el artístico y hasta en el científico⁸.

Si bien con el tiempo el razonamiento de tipo analógico ha perdido parte del prestigio del que disfrutaba antiguamente, no hay duda de que, aún hoy en día, la analogía constituye un instrumento precioso de argumentación, utilizable, sobre todo, en la oratoria forense.

En efecto, a través del procedimiento analógico se pueden formular dos tipos distintos de argumentos, que a menudo aparecen tanto en los informes del fiscal como en los de la defensa: el «argumento *a pari*» y el «argumento *a contrario*».

El **argumento *a pari*** (que en el medievo denominaban «*ductus simplex*») se realiza confrontando entre ellos dos casos concretos, poniendo de relieve las

6. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, parte I, *quaestio* XVI, *articulus* 6.

7. Según la moderna «lógica-*fuzzy*», todos los «hechos» se podrían considerar «vagos» o «borrosos» en alguna medida, por lo que en cualquier disciplina (filosófica, científica, o incluso matemática), la investigación debería moverse no ya siguiendo el paradigma tradicional «blanco» o «negro», sino en la lógica polivalente del «claroscuro». Para ampliar este argumento, véase B. KOSKO, *Fuzzy Thinking: the new Science of Fuzzy Logic*, Edit. Hyperion, New York, 1993.

8. Basta con pensar en las implicaciones que han tenido, en el campo de las matemáticas el «descubrimiento» del concepto de «proporción» ($A:B=C:D$) además de, en el de la geometría, de los teoremas sobre la equivalencia de los triángulos. DIÓGENES LAERCIO, en *Vidas de los filósofos más ilustres*, Libro I, cap. 1, párr. 27, narra que a partir de una intuición basada precisamente en la equivalencia de los triángulos, TALES (en el siglo VII antes de Cristo) logró medir la altura de las pirámides demostrando que la proporción existente entre la altura (conocida) de un bastón y la altura (incógnita) de la pirámide era la misma que existe entre la altura de sus sombras. De la misma manera HERATÓSTENES (en el siglo IV a.C.) consiguió calcular la largura de la circunferencia terrestre además de la distancia media de la Tierra a la luna y al sol, con una aproximación que permaneció sin superar al menos hasta el siglo XVII. También Nicolaus COPÉRNICO, en *De revolutionibus orbium coelestium*, cap. VIII, desarrolló la teoría sobre el movimiento de la Tierra gracias a la analogía con el movimiento de los otros planetas.



analogías y pretendiendo, en virtud del principio de justicia sustancial, la aplicación del tratamiento previsto para uno de ellos también al otro.

La fuerza de persuasión de este tipo de argumentación —obviamente— es mayor, cuanto más numerosos sean los puntos de coincidencia entre los dos casos. Por consiguiente, antes de recurrir a esta técnica, sería siempre oportuno comprobar que las situaciones que se tomarán en consideración no sean demasiado diferentes entre ellas. De no ser así, se corre el riesgo de que la argumentación se pueda volver en contra de quien la utilice.

Un ejemplo de argumento deducido a partir de casos análogos, aplicado a la oratoria judicial, puede ser el —ciertamente no reciente, pero, sin embargo, muy actual— citado en el «*De oratore*»: «*Gastar dinero del Estado contra el interés público es tan criminal como robarlo*»⁹.

Como quiera que sea, es más frecuente la utilización de este argumento como apoyo de tesis jurídicas: basta con pensar en todos los casos en los que, para mantener la aplicabilidad o la no-aplicabilidad de cierta norma, se hace referencia al principio constitucional de igualdad ante la ley (sancionada por el artículo 3, I apartado, de la Constitución italiana).

Unas variedades particulares del «argumento *a pari*» son el «argumento de reciprocidad», que tiene como objetivo la aplicación del mismo tratamiento a situaciones simétricas; además del «argumento de transitividad», que permite ampliar este tratamiento a situaciones posteriores paulatinamente, aprovechando las relaciones de identidad parcial que enlazan entre ellas a las proposiciones que componen el razonamiento, como sucede en el «sorites».

El **argumento *a contrario*** supone también un cotejo entre dos hechos concretos, pero —a diferencia del «*a pari*»— tiene como objetivo obtener que la disciplina prevista para una no se amplíe al otro, haciendo hincapié en el hecho de que otros casos análogos al que se está tomando en consideración se han regulado de modo diferente.

De ahí que la eficacia de este argumento es tanto más grande cuanto más persuasiva es la demostración de que el caso concreto al que se refiere constituye, por decirlo de alguna manera, una excepción respecto a la regla que concierne al *genus*.

Es éste el motivo por el que el campo de utilización de la técnica de la que se trata es, sobre todo, el campo jurídico. En efecto, el método usual para negar la aplicabilidad de una norma a un caso determinado es justo el que consiste en demostrar —*a contrario*— que casos análogos al que se está tomando en consideración se regulan mediante otras normas de manera diferente, o bien que

9. M.T. CICERÓN, *De oratore ad Quintum fratrem*, Libro II, párr. 172.



la norma que se pretende aplicar es taxativa cuando indica los casos que disciplina, por lo cual el hecho de que el que se examina no se haya previsto expresamente, no puede sino inducir a considerar que el legislador ha querido excluirlo a propósito («*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*»).

Sin embargo, en cuanto a esto, se ha de considerar que el uso indiscriminado del «argumento *a contrario*» en la interpretación de las leyes puede conducir, a veces, a resultados formalmente correctos desde el punto de vista meramente literal, pero sustancialmente paradójicos bajo el perfil de la *ratio legis*, como en la divertida anécdota del hombre que pretendía entrar en la sala de espera de la estación —en la puerta había un cartel colgado con la prohibición de introducir perros— con un... oso con collar¹⁰.

5.3. EL ARGUMENTO DE LA DOBLE JERARQUÍA (*A FORTIORI*)

Una técnica ulterior frecuentemente utilizada en la oratoria judicial es el **argumento de la doble jerarquía (*a fortiori*)**, llamado así por los tratadistas modernos de retórica porque se basa precisamente en una doble jerarquía de valores, la primera compartida generalmente y la otra sin aceptar todavía, pero deducible a partir de la aceptada.

En particular, el argumento se reduce a asumir como premisa una jerarquía de valores universalmente reconocidos y en deducir, a partir de la confrontación entre dos términos pertenecientes al mismo sistema axiológico de un valor cuantitativo o cualitativo diferente, que todo lo que se considera aplicable a uno «con mayor razón» (*a fortiori*) tiene que valer también para el otro.

Este argumento —ya conocido por los antiguos griegos como «argumento de lo más a lo menos», y por los latinos como «*comparatio a minore ad maius*» y, en época medieval, como «*ductus obliquus*»— en realidad se puede desarrollar en dos direcciones opuestas «*a maiore ad minus*» o bien «*a minore ad maius*».

Un ejemplo paradigmático de argumentación conducida «de lo más a lo menos», citado por ARISTÓTELES, es el siguiente: «*Si ni siquiera los dioses lo saben todo, todavía más difícilmente lo sabrán los hombres*»¹¹.

En cambio, se puede citar un bellissimo modelo de argumentación «*a fortiori*» conducida «desde lo menos hacia lo más», del famoso pasaje del Evangelio en el que Jesús exhorta a no preocuparse por las necesidades materiales de la vida:

10. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come filosofia del diritto*, Edit. Teorema, Firenze, 1974, vol. I, pg. 94, donde hipotiza, por lo que respecta al oso, un razonamiento «*a contrario*» de este tipo: «*El legislador era consciente de lo que decía; se hablaba de perros y no de animales, significa que todos los no-perros podían entrar, si hubiera querido decir "animales", no habría habido más que decirlo*».

11. ARISTÓTELES, *Retórica*, Libro II, cap. 23, 1397 b.





ARANZADI
DERECHO
PENAL

El volumen expone las reglas fundamentales para la preparación de la defensa en el proceso penal, la estructura del razonamiento argumentativo, así como las técnicas de la elocución para hacer el alegato más eficaz y persuasivo.

Con el fin de ilustrar mejor las figuras retóricas descritas, se han incluido numerosas citas extraídas de antiguas oraciones de carácter judicial y de célebres textos literarios.

Asimismo, se han incorporado numerosos ejemplos de alegatos de defensa pronunciados en procesos relativos a conocidas causas judiciales, con el fin de ofrecer ejemplos concretos de las metodologías descritas en el volumen.

En esta nueva edición, ampliada y actualizada, se ha añadido además un nuevo capítulo, «*Inteligencia artificial: nuevas perspectivas para la defensa penal*», en el que se aborda el tema, de máxima actualidad, de la previsibilidad del resultado de un proceso penal mediante sistemas de IA, así como la problemática del uso de esta tecnología en el ámbito de la defensa penal.

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



ISBN: 978-84-1085-938-8



9 788410 859388



ER-02802005



GA-200501100