

## Capítulo 2

### **Narrar y argumentar. Dos caras de una misma moneda**

Lo primero en el buen juzgar es tomar en cuenta todo lo que importa en la situación concreta. Fue el tema del capítulo anterior.

Lo segundo en el buen juzgar es producir un texto que motive un camino de acción tomando en cuenta lo que en la situación importa. Es el tema de este capítulo.

Aquí el lector necesitará arremangarse y acompañarme en la lectura de algunos ejemplos. Lo que pasa es que ninguna teoría significa más que cada una de sus aplicaciones. Los ejemplos son aplicaciones que dan sentido concreto a las ideas que siguen.

El texto motivador que refiero arriba entrelaza dos géneros de escritura, la narración y la argumentación. Tanto la narración como la argumentación imponen a la situación particular, que por sí sola nada significa, un sentido que motiva una decisión en lugar de otra. Ambos géneros motivan la decisión de manera complementaria pero diferente, no reducible la una a la otra. El abogado necesita desarrollar oficio en ambos géneros y en su uso integrado. Sin embargo, las escuelas de derecho no desarrollan en los estudiantes capacidad de narración de hechos; además descuidan aspectos fundamentales de la argumentación, centrándose sólo en sus facetas inferenciales; y, por cierto, no tratan el rol integrado que juegan ambos tipos de discurso en la motivación de una decisión. Demás está decir que este descuido con lo que la práctica requiere parece acusar una visión académica de la profesión que no asume su cercanía natural con la cultura de las humanidades, más literaria y menos centrada en la inferencia.

Los estudiantes suelen ocuparse de los hechos sólo en lo referente a cómo acreditarlos en juicio. En la profesión, en cambio, parte importante del tiempo que el abogado dedica a los hechos se invierte también en cómo narrarlos, sea que esté preparando un alegato, un informe o simplemente una reunión. A su vez, los estudiantes miran la argumentación como estudio de inferencias aceptables conforme a alguna teoría y, en todo caso, sin vínculo

alguno con la narración de los hechos. En la profesión, en cambio, el abogado que "prepara su argumento" elabora *conjuntamente* la argumentación del planteamiento y la narración de los hechos, en un vaivén de ajustes de cada una desde lo que le exige la otra. Además, en lo argumentativo no se ocupa principalmente de las inferencias. En el próximo capítulo aclararé este último punto.

Quintiliano tenía claro este necesario entrelazamiento entre narración y argumentación. Dedicó el Libro Séptimo de su *Institución Oratoria* a la *disposición del discurso*, definiendo ésta como una *distribución de las partes del discurso que sea útil para el caso*<sup>40</sup>. Utiliza un símil ilustrativo diciendo que la disposición es a la oratoria lo que la labor del general es en la guerra, esto es, colocar y mover tropas y recursos según lo exija el objetivo a lograr<sup>41</sup>. En los párrafos inmediatamente anteriores al símil, describe estas tropas y recursos a ser dispuestos por el general —el abogado, decimos nosotros— incluyendo entre ellos indiferenciadamente los argumentativos y los narrativos, planteando *conjuntamente* desafíos tales como si comenzar rebatiendo los argumentos contrarios, o comenzar con los propios; ofrecer primero los argumentos más fuertes, o dejarlos para el final; presentar los hechos de manera continua, o subdividirlos; dar a los hechos un orden cronológico u otro<sup>42</sup>.

De hecho, anteriormente, explicita y destaca el tratamiento conjunto que dará a narraciones y argumentos:

"...los temas que ahora trataré son mayores y más difíciles que los anteriores. ... cuáles son los principios de la *narrativa*; cómo se logra credibilidad en las *demonstraciones*. ... Algunos han optado por escribir separadamente acerca de estos temas... Aventurándome, como lo hago, a entrelazarlos en un solo trabajo"<sup>43</sup>.

Poco después se pregunta:

"¿Cuál es la diferencia entre demostración y narración, salvo que la narración es una demostración en forma continua, y la demostración es una confirmación de los hechos que se adecua a la narración?"<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria* 7, 1, 1-2.

<sup>41</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria* 7, 10, 11.

<sup>42</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria* 7, 10, 11-13.

<sup>43</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria* 4, Proemio, 6-7.

<sup>44</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 4, 2, 79.

Quintiliano comprende la complementariedad que todo abogado necesita establecer entre la secuencia narrativa que da a los hechos y la coherencia sistemática que da a los argumentos.

Las próximas tres secciones de este capítulo tratan de la necesaria complementariedad de la narración y la argumentación:

- La conversación entre el cuento y el argumento.
- La universalización del caso particular: una tarea compartida.
- Lo dado, lo creado y lo querido.

Una vez esclarecido este tema de la complementariedad, abordaremos separadamente en el próximo capítulo aquello a trabajar para el desarrollo de oficio narrativo y argumentativo.

### 1. La conversación entre el cuento y el argumento

El texto en que se encarna el acto de juzgar no es un simple *collage* de un argumento y un cuento, sino que, en cada juicio, importa establecer entre ambos discursos una especial relación.

Hay que destacar que ésta es una relación *entre dos tipos de discurso*, el narrativo y el argumentativo, no una relación entre "lo particular" de los hechos y "lo universal" del derecho. Esto último podría tentarnos a entender equivocadamente la relación como una de "subsunción" o "aplicación". Es más bien una *relación entre dos textos que, como veremos en la sección siguiente, tienen ambos la pretensión de ser universales*. En esta relación entre narración y argumentación se juega parte importante de lo que lleva tanto al abogado mismo que juzga como a terceros a ver el buen sentido del planteamiento. Lo que a veces entendemos ser sola subsunción formal de algunos datos del caso bajo un texto puede ser un apoyo muy precario para la postura que se sostiene. Se necesita además, *entre el cuento y el argumento una conversación, una relación de interdiscursividad*. Como veremos, es una conversación mediante los tópicos que ambos textos comparten.

Los ejemplos que siguen ilustran esta conversación entre cuento y argumento, o la falta de ella<sup>45</sup>. Recordemos el caso del año 1961 ya mencionado

<sup>45</sup> Caso tomado de Carlos Cerda Fernández editor, *Razonamiento Judicial*, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales y Centro de Desarrollo Jurídico Judicial de la Corporación de Promoción Universitaria, 1995, pg. 610.



acerca de una mujer que mata a su marido. En esos años, la ley no daba al juez ante el parricidio otra opción que aplicar pena de muerte, rezando el artículo 390 del Código Penal: "El que conociendo las relaciones que los ligaban mate... a su cónyuge, será castigado como parricida con la pena de muerte".

Veamos a continuación el efecto que sobre un juicio tienen diferentes grados de conversación entre la narración y la argumentación. Primero mantenemos fijo al lado derecho un argumento que sostiene haber parricidio; pero cambiamos al lado izquierdo la narración de los hechos y vemos el efecto que ese cambio tiene en el planteamiento conjunto. Después, repetimos el ejercicio manteniendo fijo al lado derecho un argumento que ahora sostiene haber homicidio simple, y nuevamente cambiamos al lado izquierdo las narraciones para ver el efecto en el planteamiento total.

**Primer texto narrativo y argumentativo.  
Sostiene que es un caso de parricidio**

Narración	Argumento
Guillermina Toledo, de quince años, mediante engaño fue incitada a casarse con un hombre que no le dijo que ya estaba casado. La dejó embarazada. Cuando ella descubrió que su matrimonio era una mentira y lo increpó, él la abandonó, ella regresó a vivir con sus padres de escasos recursos, y él no le prestó ayuda económica alguna, ni siquiera para el nacimiento del hijo. Después él logró convencerla que regresara a rehacer su vida con él y, una vez que ella volvió, quedó esperando otro hijo, y de ahí en adelante él la humillaba cortejando públicamente a otra mujer que él también pretendía desposar. En una disputa Guillermina reaccionó matándolo. Ningún tribunal ha declarado la nulidad del matrimonio. Procede determinar si los hechos configuran un parricidio correspondiendo que Guillermina Toledo sea condenada a pena de muerte. Guillermina Toledo tiene 17 años de edad.	Conforme a la ley, el que, conociendo las relaciones que los ligaban, mate a su cónyuge, será castigado como parricida. Guillermina Toledo, conociendo las relaciones que los ligaban, mató a su cónyuge. Por tanto, Guillermina Toledo es condenada como parricida a la pena de muerte.

El juicio —esto es, la narración junto con el argumento— tiende a aparecerse inflexible, poco compasivo, poco sensible a las particularidades de la situación. Tiende a parecerse que, si bien a primera vista pudiera no haber alternativa, la situación particular habría requerido moralmente otro desenlace. Y si ese es el parecer, el juicio al cual ambos textos dan forma tiende a ser más débil que fuerte, tanto para uno mismo como para los demás. Lo más probable es que se busque una alternativa.

Compare el lector el planteamiento anterior con el siguiente que contiene exactamente el mismo argumento, pero otro cuento:

**Segundo texto narrativo y argumentativo.  
Sigue sosteniendo que es un caso de parricidio**

Narración	Argumento
Humberto Mora estaba casado con Guillermina Toledo. El matrimonio no se avenía bien. En una oportunidad, con ocasión de una disputa, ella dejó el hogar común, regresando después. Con ocasión de una discusión sobre otra mujer, ella le disparó a Humberto Mora dos tiros de revolver, matándolo. Había habido con anterioridad de parte de Toledo, un intento por que se declarara judicialmente la nulidad de su matrimonio, aduciendo haber ella sabido de la existencia de un matrimonio válido anterior de Mora. Nunca fue declarada por tribunal alguno la nulidad del matrimonio de Toledo con Mora.	Conforme a la ley, el que, conociendo las relaciones que los ligaban, mate a su cónyuge, será castigado como parricida. Guillermina Toledo, conociendo las relaciones que los ligaban, mató a su cónyuge. Por tanto, Guillermina Toledo es condenada como parricida a la pena de muerte.

Aquí la narración y la argumentación conversan mejor entre sí. Conversan mejor porque, en conjunto, no dejan inquietudes sobre la decisión o, al menos, no dejan tanta inquietud sin aquietar como si deja la primera. Dicho de otro modo, si el lector fuese un ministro de corte cuya postura es que Guillermina Toledo debe ser condenada como parricida, probablemente preferiría acompañar el argumento con la segunda narración y no con la primera. Preferiría la segunda, sea para mejor persuadir a los demás miembros de su tribunal, o para dar un contenido más coherente a la sentencia a fin que las

partes y el público en general vean lo atendible de la decisión. Y, quizá ante todo, para él mismo quedar conforme con la unidad a su propio pensar. Por cierto que en una situación real ambos textos tendrían una extensión y complejidad mayor, pero estos textos breves son suficientes para ilustrar la complementariedad o falta de ella entre el cuento y el argumento. Ambas narraciones respetan la verdad proposicional, pero construyen diferentes verdades narrativas para reflejar lo que el narrador considera importante en el asunto.

El contraste entre la primera y la segunda versión del juicio invita a reflexionar acerca de aspectos de lo que hacemos, tales como los siguientes:

- La segunda versión tiene más fuerza. Tiene más fuerza en el sentido de aquietar mejor las inquietudes que sobre el caso pudieran tener los terceros afectados, los pares que deben contribuir a la decisión, y el propio hablante respecto de su personal reflexión.
- Un argumento por sí solo no basta para aquietar a los involucrados en la decisión o afectados por ella. La ilustración anterior muestra cómo tienen diferente fuerza aquietadora de inquietudes dos discursos que contienen exactamente el mismo argumento, que aplica la misma lógica y los mismos textos legales a los mismos datos contemplados por la ley como antecedente pertinente (matrimonio válido en que ambos cónyuges conocen la relación que los liga y la mujer mata al cónyuge).
- A veces se escucha o lee que lo que ocurriría en una situación como ésta es que el argumento debe adaptarse al caso particular pero lo que aquí se ve es otra cosa. La disonancia en la primera versión, que contrasta con la consonancia en la segunda versión, no es una disonancia entre el argumento y el caso particular, porque el caso particular del cual tratan ambas versiones es exactamente el mismo: lo acontecido a Guillermina Toledo. Más bien ocurre lo siguiente: la disonancia de la primera versión y la consonancia de la segunda no es entre el argumento y el caso, sino entre el argumento y una determinada narración del caso. No es una disonancia entre el argumento y los hechos, sino entre el argumento y una particular narración de los hechos. Conversan mal. El abogado que produce el texto que constituye juzgar, debe hacerlos conversar bien. Quizá haya que adaptar el argumento a la narración, quizá la narración al argumento

(como hicimos en el ejemplo), o quizá —más típicamente— haya que adaptar ambos para mayor consonancia del uno con el otro. Nos interesa precisar cómo hacerlos conversar bien.

Extendamos el ejemplo del mismo caso a lo que sería un juicio con la postura contraria, esto es, en que se condene a Guillermina Toledo como autora de homicidio, no de parricidio.

### **Tercer texto narrativo y argumentativo. Sostiene que es un caso de homicidio**

Narración	Argumento
Humberto Mora estaba casado con Guillermina Toledo. El matrimonio no se avenía bien. En una oportunidad, con ocasión de una disputa, ella dejó el hogar común, regresando después. Con ocasión de una discusión sobre otra mujer, ella le disparó a Humberto Mora dos tiros de revolver, matándolo. Había habido con anterioridad de parte de Toledo, un intento por que se declarara judicialmente la nulidad de su matrimonio, aduciendo haber ella sabido de la existencia de un matrimonio válido anterior de Mora. Nunca fue declarada por tribunal alguno la nulidad del matrimonio de Toledo con Mora.	Aquí está en juego la coherencia de la ley. Porque la ley penal no protege lo que la propia ley penal castiga. En efecto: El objeto jurídico del delito de parricidio, aquello que daña y que es causa de la tutela penal, es la relación o vínculo de matrimonio. Pero la relación de matrimonio que la ley penal protege en el artículo 390 con un castigo tan severo, no puede ser la misma relación que la propia ley penal castiga en el artículo 382, como lo es el matrimonio en que un bigamo embarcó engañada a Toledo. Como la ley es coherente, la relación que el artículo 390 protege con tanta fuerza, no incluye la misma relación que el artículo 382 castiga también con fuerza. O sea, el tipo del artículo 390, no incluye el matrimonio de un bigamo. Guillermina Toledo queda entonces condenada como autora del delito de homicidio.

Nuevamente, la decisión así planteada nos sorprende desfavorablemente, quizá ahora de otro modo. Así como la primera versión no parecía responder bien a las exigencias del problema, ésta no parece responder bien a las exigencias del sistema. El argumento parece sacado de debajo de la manga, artificioso para algo que encuentra respuesta directa en la descripción del tipo del *parricidio* contemplado en la ley.



Compare ahora el lector la tercera versión recién comentada, con la siguiente que —tal como ocurrió con el primer par de versiones— contiene *exactamente el mismo argumento*, pero otro cuento:

**Cuarto texto narrativo y argumentativo.  
Sigue sosteniendo que es un caso de homicidio**

Narración	Argumento
Guillermina Toledo, de quince años, mediante engaño fue incitada a casarse con un hombre que no le dijo que ya estaba casado. La dejó embarazada.	Aquí está en juego la coherencia de la ley. Porque la ley penal no protege lo que la propia ley penal castiga.
Cuando ella descubrió que su matrimonio era una mentira y lo increpó, él la abandonó, ella regresó a vivir con sus padres de escasos recursos, y él no le prestó ayuda económica alguna, ni siquiera para el nacimiento del hijo.	En efecto: El objeto jurídico del delito de parricidio, aquello que daña y que es causa de la tutela penal, es la relación o vínculo de matrimonio. Pero la relación de matrimonio que la ley penal protege en el artículo 390 con un castigo tan severo, no puede ser la misma relación que la propia ley penal castiga en el artículo 382, como lo es el matrimonio en que un bigamo embarcó engañada a Toledo.
Después él logró convencerla que regresara a rehacer su vida con él y, una vez que ella volvió, quedó esperando otro hijo, y de ahí en adelante él la humillaba cortejando públicamente a otra mujer que él también pretendía desposar. En una disputa Guillermina reaccionó matándolo.	Como la ley es coherente, la relación que el artículo 390 protege con tanta fuerza, no incluye la misma relación que el artículo 382 castiga también con fuerza.
Ningún tribunal ha declarado la nulidad del matrimonio	O sea, el tipo del artículo 390, no incluye el matrimonio de un bigamo. Guillermina Toledo queda entonces condenada como autora del delito de homicidio.
Procede determinar si los hechos configuran un parricidio correspondiendo que Guillermina Toledo sea condenada a pena de muerte.	
Guillermina Toledo tiene 17 años de edad.	

Tal como ocurre con la segunda versión si se la compara con la primera, también en esta cuarta versión la narración y la argumentación conversan mejor entre sí que en la tercera. Conversan mejor porque, en conjunto, no dejan inquietudes sobre la decisión o, al menos, no dejan tanta inquietud sin aquietar como si deja la tercera. Nuevamente, si el lector fuese un ministro de corte cuya postura es que Guillermina Toledo debe ser condenada como homicida y no como parricida, probablemente preferiría acompañar el argumento con esta última narración y no con la anterior. Preferiría esta última, sea para mejor per-

suadir a los demás miembros de su tribunal, o para dar un contenido más coherente a la sentencia a fin que las partes y el público en general vean lo atendible de la decisión. Y, por cierto, para él mismo quedar conforme con la unidad a su propio pensar. Como dato anecdótico para nuestros efectos, la sentencia real contiene las líneas narrativa y argumentativa de esta cuarta versión.

Si comparamos las versiones tres y cuatro, valen los mismos comentarios formulados respecto de las versiones uno y dos, esto es, que tiene mayor fuerza la versión posterior; y que la diferente fuerza no depende del argumento que en ambas versiones es idéntico, sino que depende de cómo conversan la narración y la argumentación.

Ahora, con las cuatro versiones en mente, el siguiente cuadro ayuda a esclarecer un poco más qué significa que cuento y argumento conversen.

	Cuento	Argumento	Cómo conversan cuento y argumento
<b>Primera versión: parricidio</b>	Un cuento en que lo que importa es la inocencia de la niña, un matrimonio por engaño, la severidad de la pena de muerte.	Un argumento en que lo que importa son los elementos del tipo de un delito que protege en general la relación matrimonial.	Conversan mal. El cuento levanta tópicos, esto es, coloca en juego valores o principios tales como que la inocencia merece protección, que un matrimonio por engaño no es de aquellos que merecen protección, que la pena de muerte es un castigo desproporcionado. El argumento, en cambio, realiza sólo el tópico de la justicia formal que exige para todo caso similar la consecuencia normativa que contempla la ley. En otras palabras, lo que importa en el cuento son determinados valores, y lo que importa en el argumento son otros. No conversan bien dos discursos que realzan diferentemente lo que en la situación importa. No conversan bien porque, <u>en lo que nos importa, están hablando de situaciones diferentes</u> .

	Cuento	Argumento	Cómo conversan cuento y argumento
<b>Segunda versión: parricidio</b>	Un cuento en que <u>lo que importa es la normalidad de las desavenencias que en general se dan en una relación matrimonial.</u>	Un argumento en que <u>lo que importa son los elementos del tipo de un delito que protege en general la relación matrimonial.</u>	Conversan bien. El cuento levanta el tópico de una normalidad que llama entonces al tratamiento general que corresponda, sin buscar justificación o explicación moral alguna para lo hecho por Guillermina Toledo. El argumento, esta vez en la misma línea que el cuento, levanta el tópico de justicia formal que llama al tratamiento general de los casos similares. En otras palabras, lo que importa tanto para la narración como para la argumentación es que hay una situación general en que el asesinato es particularmente reprochable y una regla general que sanciona precisamente ese tipo de reprochable asesinato.
<b>Tercera versión: homicidio</b>	Un cuento en que <u>lo que importa es la normalidad de las desavenencias que en general se dan en una relación matrimonial.</u>	Un argumento en que <u>lo que importa es el disvalor de la bigamia y un entendimiento del parricidio que sea coherente con ese disvalor.</u>	Conversan mal. El cuento levanta el tópico de una normalidad que llama entonces al tratamiento general que corresponda, sin buscar justificación o explicación moral alguna para lo hecho por Guillermina Toledo. Pero el argumento recoge los tópicos del disvalor de la bigamia en que se traduce el engaño y de cómo eso afecta el tipo de matrimonio protegido por el parricidio. Nuevamente, cuento y argumento refieren aspectos diferentes de lo que en el caso importa.

	Cuento	Argumento	Cómo conversan cuento y argumento
<b>Cuarta versión: homicidio</b>	Un cuento en que <u>lo que importa es la inocencia de la niña, un matrimonio por engaño, la severidad de la pena de muerte.</u>	Un argumento en que <u>lo que importa es el disvalor de la bigamia y un entendimiento del parricidio que sea coherente con ese disvalor.</u>	Conversan bien. El cuento levanta tópicos tales como que la inocencia merece protección, que un matrimonio por engaño no es de aquellos que merecen protección, que la pena de muerte es un castigo desproporcionado. El argumento recoge algunos de estos tópicos como el disvalor de la bigamia en que se traduce el engaño, y cómo eso afecta el tipo de matrimonio protegido por el parricidio. Tanto en el cuento como en el argumento, <u>lo que importa armoniza</u> .

Los ejemplos anteriores ilustran cómo la fuerza del juicio no depende ni de la argumentación por sí sola ni de la narración por sí sola, sino que además depende de su aporte coordinado. Esto es, de la conversación entre ambas. La primera sugerencia, entonces, para el abogado que produce el tipo de texto que llamamos juicio es trabajar siempre de manera conjunta e integrada la narración y la argumentación. Una potencia la otra. Más todavía, una suple las debilidades de la otra. Cuando un tipo de discurso es débil, el otro sale en su ayuda arrojando un texto unitario que motiva mejor la decisión. La conversación entre cuento y argumento tiene un efecto validador del planteamiento en su conjunto.

Recuerdo, por ejemplo, como siempre en la corte fue fundamental para la justificación de una tributación inusualmente baja de operaciones empresariales, narrar la razón de negocios de la operación, esto es, narrar los hechos y decisiones que condujeron a la situación de baja tributación en discusión. La sola argumentación era insuficiente ante los tribunales, aun cuando los datos pertinentes calzaran perfectamente con la hipótesis fáctica de la ley y entonces se contara con el silogismo más claro en apoyo del desenlace buscado. La ley en ese entonces no exigía ese cuento, pero los tribunales en el hecho sí. Con el pasar de los años se incorporó a la ley misma la obligación de mostrar razón de negocios en ciertas operaciones pero, en realidad, la necesidad existió siempre porque, que el cuento sostenga el argumento, es algo connatural a cómo juzgamos. No digo que los hechos sostienen el argumen-



to sino *el cuento*. Como se vislumbra en el último recuadro y comentaremos después, no son lo mismo.

En cuanto al ámbito de aplicación profesional de la narración, el argumento y la conversación entre ellos, es importante recordar que el abogado produce juicios no sólo cuando en calidad de juez sentencia sino también en sus múltiples otros roles, sea de autoridad que dictamina, asesor que aconseja, litigante que defiende, mandatario que negocia, etc. Los contextos y sus rituales varían, pero el cuento, el argumento y la conversación entre ellos están siempre en el centro de lo que motiva una decisión.

## 2. La universalización del caso particular: una tarea compartida

Juzgar supone universalizar: lo única e irrepetible que es cada situación particular cobra sentido al ser colocada en el contexto de ciertos valores o principios generales que compartimos. Mientras no comprendamos el sentido de una acción, mal podríamos juzgarla. Si vemos su sentido, estamos en condiciones de juzgar.

Como en las escuelas de derecho suele descuidarse el rol de la narración en la formulación de un juicio sobre una situación concreta, los estudiantes suelen creer que la universalización del caso particular consiste solamente en argumentar que una norma universal se aplica al caso. Como ya se alcanza a vislumbrar en los ejemplos recién vistos, no es así. El cuento también universaliza sin necesidad de formular norma universal alguna.

Los siguientes recuadros contienen dos ejemplos diferentes de universalización narrativa del mismo acontecimiento particular cual fue un tiroteo en Arizona el año 2011, en que el señor Jared Loughner le propinó un disparo en la cabeza a la señora Gabrielle Giffords:

### Narración 1

El 8 de enero pasado Jared Loughner, republicano y mentalmente enfermo, baleó a la parlamentaria demócrata Gabrielle Giffords.

A fines del año pasado, Sara Palin, probable futura candidata presidencial Republicana, dijo a sus seguidores que "se armarán".

Su página web incluía las fotos de parlamentarios demócratas eleccionariamente débiles, marcados con los círculos de un blanco de disparos.

Uno de los marcados era la parlamentaria Giffords.

Candidatos parlamentarios republicanos a menudo hablaron el año pasado de resistencia armada, ante la ocupación de Washington DC por Obama, pintando a este como el rey inglés antes de la independencia.

### Narración 2

El 8 de enero pasado Jared Loughner, mentalmente enfermo, baleó a la parlamentaria Gabrielle Giffords.

Loughner había comprado en el comercio un rifle Glock semi-automático de 31 tiros, que es armamento de guerra cuya venta a civiles había estado prohibida hasta el año 2004.

Según un estudio del Brady Center sobre la facilidad de la compra de armas en el comercio en EEUU, entre los años 1980 y 2000 han muerto más norteamericanos baleados por armas en manos de civiles, que todos los norteamericanos muertos en guerras desde la independencia de los EEUU.

Como se ve, en cada recuadro la balacera ocurrida en Arizona cobra un sentido diferente, invitando entonces a una solución diferente, porque la balacera es colocada en un contexto diferente de valores compartidos que trascienden la particularidad del caso. Es así como uno y otro recuadro universaliza la situación de manera diferente. En el primer recuadro, lo acontecido cobra sentido como ejemplo de un valor o principio del tipo es malo el llamado a la violencia en una campaña política. En el segundo recuadro, cobra sentido como ejemplo de un valor o principio del tipo es mala la venta indiscriminada de armas de fuego. Pero en ambas, ni se formulan estos valores o principios universales que aquí reconstruyo, ni tampoco se argumenta cosa alguna.

Sobre esta última afirmación de no haber en los recuadros un argumento, no es inusual que un analista diga que los cuentos se pueden *reconstruir* como argumentos. Ciertamente, pero no *son* argumentos. Uno puede disecar un conejo para ciertos análisis. Pero el conejo disecado no es un conejo. No tamborilea la patita ni para las orejas. La *reconstrucción argumentativa de una narración pierde el tipo diferente de efecto motivador que la forma narrativa contribuye a un planteamiento*, y que veremos en su momento. Cuando el abogado narra y no reconstruye esa narración como argumento es porque *quiere* narrar y no argumentar, es porque opta por un tipo diferente de literatura. Lo mismo ocurría con los dos textos narrativos que utilizamos antes para elaborar un juicio sobre lo acontecido con Guillermina Toledo. Cada uno universaliza diferentemente lo ocurrido, colocándolo en un contexto de valores compartidos que van más allá del caso y que ayudan a comprenderlo moralmente, preparando así esa construcción final que será el juicio.

Esto es importante para la práctica. A menudo se piensa que en la dupla particular-universal que constituye el juzgar, los hechos son lo particular, y lo universal es solamente la norma o la argumentación desde la norma. Esto se traduce en descuidar el desarrollo de la capacidad narrativa por causa de un entendimiento incompleto de lo que exige producir ese texto que llamamos juicio. Y no es lo que muestran los ejemplos anteriores. Lo universal también incluye la narración. Es así como en estos ejemplos la universalización hace su magia motivadora insuflando a los datos un sentido que invita un determinado tipo de decisión, no obstante estar tratando sólo con hechos, no con normas ni argumentos.

Por cierto, que también importa el otro modo de universalización que sí se traduce en la formulación de una norma universal y de un argumento que en ella se funda. Un ejemplo es lo que vimos en los siguientes textos dados en relación con el caso de Guillermina Toledo:

<p>Aquí está en juego la coherencia de la ley. Porque la ley penal no protege lo que la propia ley penal castiga.</p> <p>En efecto:</p> <p>El objeto jurídico del delito de parricidio, aquello que daña y que es causa de la tutela penal, es la relación o vínculo de matrimonio. Pero la relación de matrimonio que la ley penal protege en el artículo 390 con un castigo tan severo, no puede ser la misma relación que la propia ley penal castiga en el artículo 382, como lo es el matrimonio bigamo en el cual Mora embarcó engañada a Toledo.</p> <p>Como la ley es coherente, la relación que el artículo 390 protege con tanta fuerza, no incluye la misma relación que el artículo 382 castiga también con fuerza.</p> <p>O sea, el tipo del artículo 390, no incluye el matrimonio bigamo. Guillermina Toledo queda entonces condenada como autora del delito de homicidio.</p>	<p>Conforme a la ley, el que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su cónyuge, será castigado como parricida.</p> <p>Guillermina Toledo, conociendo las relaciones que los ligaban, mató a su cónyuge.</p> <p>Por tanto, Guillermina Toledo es condenada como parricida a la pena de muerte.</p>
---	---

A diferencia de los ejemplos anteriores sobre narración, aquí sí vemos formulada o implícita una norma universal que sirve de base a una línea argumentativa. En el recuadro izquierdo, la norma es que la ley debe ser entendida de manera coherente o, quizá, que como consecuencia de esa necesidad de coherencia, el cónyuge que mate a otro en un matrimonio bigamo, no es parricida. En el recuadro derecho la norma es que el sentido claro de la ley que se indica debe ser *acatado* o, tal vez, como consecuencia de esa idea, el que mate al cónyuge debe ser castigado como parricida.

Podemos sintetizar como sigue lo dicho en los últimos párrafos:

- Juzgar supone universalizar.
- La universalización da sentido a lo particular, mostrándolo a través del prisma de ciertos valores o principios que compartimos, esto es, ofreciendo una comprensión tópica del asunto.
- La universalización se logra mediante dos tipos de texto: narrativo y argumentativo. En su manera de operar y en su efecto, la narración y la argumentación no son reducibles ni sustituibles entre sí, como



veremos en detalle en el capítulo siguiente sobre desarrollo de oficio. Cada una cumple su propio rol contribuyendo diferentemente al objetivo común de universalizar lo particular como etapa en la formulación de un juicio. La formulación final del juicio requerirá integrar ambas universalizaciones en un todo, asegurándose que ambas universalizaciones conversen entre sí.

Mientras más claro tengamos lo que estamos haciendo y lo que *no* estamos haciendo en el ejercicio de una práctica, mejor resultará esa práctica. A este propósito conviene realzar dos consecuencias de todo lo dicho.

En primer lugar, algo que sabemos bien: lo que el que juzga *no* hace es tomar lo universal y aplicarlo a lo particular (o, lo que es igual, "subsumir" lo particular en lo universal) sino que, en dirección inversa, desde lo particular lleva a cabo una universalización narrativa y una universalización argumentativa. Por ejemplo, no es que *lo sucedido* en el caso de Guillermina Toledo esté "semánticamente contenido" en una premisa mayor tal como "el cónyuge que mate a otro en un matrimonio bígamo, no es parricida". Más bien, el tribunal resolvió universalizar de cierto modo la situación, para lo cual escogió por una parte *usar* cierta historia y por la otra *usar* cierta premisa mayor desde la cual razonar, dando un determinado sentido moral y coherencia sistemática a lo que aconteció a Guillermina Toledo.

En segundo lugar, es importante tener claro que, cuando el abogado motiva narrativa y argumentativamente una decisión, está motivando, *no* legislando. Vale decir, entiende estar motivando una decisión ante el caso actual y no normando decisiones futuras, sin perjuicio de que la reflexión sobre cada caso particular agregue para uso futuro su grano de arena a nuestro acervo personal y colectivo de comprensión sobre cómo hemos de convivir. A nivel individual, este acervo toma la forma de lo que llamábamos memoria en el capítulo anterior. Se puede ilustrar lo que digo contrastando la universalización del razonamiento inductivo, que sí legisla, con la universalización que produce un juicio, cuyo rol es otro.

En el caso del razonamiento inductivo, la universalización de lo que se tiene delante consiste en postular, a partir de los casos concretos examinados, *nuevos conceptos y reglas* con los cuales explicar las instancias actualmente observadas y *además predecir* el comportamiento de las instancias a observar en el futuro. En el caso de juzgar, en cambio, la universalización de lo que se tiene delante consiste en invitar a entender este particular

caso como un *ejemplo* de aquellos que debieran tratarse de cierta manera conforme a conceptos, principios o valores *ya existentes*. El primero se ocupa de los nuevos conceptos que genera; el último, de lo *ejemplar* del caso que pondera. La inducción es un proceso de universalización conceptual. Juzgar es un proceso de universalización ejemplar. La universalización conceptual pretende aplicación futura. La universalización ejemplar pretende legitimación actual.

Una consecuencia obvia de esto, aunque ajena a lo que interesa en este ensayo, es que en rigor, *el que juzga no es quien genera jurisprudencia* (o precedente, en otros sistemas). La generan quienes ante un caso posterior deciden *usar* como fuente normativa lo que en su momento fue sólo un discurso legitimador. Lo que sí interesa a este respecto en el ensayo es que el que juzga tenga claro lo que está haciendo y lo que no está haciendo: *motiva, no legisla*. Hay situaciones, por cierto, en que el potencial de una decisión para ser utilizada como fuente normativa a futuro es un *tópico más a considerar para entender lo que está en juego hoy*, esto es, para legitimar. Un ejemplo en que el peso de este tópico es evidente es en la emisión de un dictamen de la Contraloría General de la República. Lo importante a tener presente es que éste es un tópico más, de gran peso en algunas situaciones, de menos en otras, pero no una regla que siempre guíe el acto de juzgar. Caso a caso, según sean las circunstancias y el desempeño de los involucrados para levantar y ponderar tópicos en la discusión, el potencial de uso futuro de la decisión será un tópico que puede pesar más o pesar menos que otros tópicos para efectos del camino que hoy se resuelva seguir.

Sin que haya sido el tema mismo que se quiso explicar, lo tratado anteriormente ya ha ido dejando claro que la formulación del cuento universalizador, del argumento universalizador y de la manera de hacerlos conversar, requiere creatividad y un propósito a lograr en torno al cual se concreten ambos tipos de discurso. Es nuestro próximo tema.

### 3. Lo dado, lo creado y lo querido

Los ejemplos anteriores muestran lo que todos sabemos, esto es, cuánto espacio para la creatividad da el cuento, el argumento y, por tanto, ese texto



compuesto por ambos que llamamos *juicio*. Conforme a un texto, Guillermina Toledo muere; conforme al otro, vive.

Esta creatividad se sujeta a ciertas condiciones de borde, *lo dado*; y es movida por un impulso rector, *lo querido*. El oficio de juzgar —como cualquier oficio— se realiza mejor si uno tiene una visión tanto de los límites dentro de los cuales ha de ejercerse, como de los espacios de libertad para expresarse creativamente en su ejercicio.

Hay un conjunto de datos en cada caso que *no podemos modificar si lo que pretendemos hacer es emitir un juicio sobre esa particular situación y no sobre otra*. Es lo que está *dado*.

Se podría creer equivocadamente que los datos dados determinan el conocimiento que el juzgador tiene del caso. Pues no, si por “conocimiento” entendemos *comprender* de qué estamos hablando para poder entonces juzgarlo. Los datos por sí solos *no significan*. El objeto no habla de lo que nos importa porque *lo que nos importa no lo sabe el objeto*, sino que lo decidimos entre nosotros, *conversando*. Los datos cobran significado sólo cuando se incorporan a alguna secuencia narrativa o sistematización argumentativa que nosotros *sobreponemos creativamente* a dichos datos. Es por esto que *para tan sólo comprender lo dado hay que ser creativo*. Por causa de lo inevitablemente creativos que son el cuento y el argumento, deja de hablar sólo el objeto, esto es, deja de haber objetividad. Esta pérdida de objetividad *es el precio que el juzgador paga para poder comprender la situación y, entonces, poder juzgarla*.

Esto no es nuevo, pero tenerlo presente ayuda a desarrollar oficio en juzgar: uno hace mejor las cosas mientras mejor entienda lo que está haciendo. Entendamos entonces que el que juzga no solo constata; crea. No fotografía la situación; la *pinta*. Sepa el aprendiz de abogado que su *creatividad* narrativa y argumentativa es un *acto de comprensión* del caso que tiene delante. Si él es poco *creativo*, entonces no *entenderá* el problema.

Finalmente, más allá de *lo dado* y *lo creado*, que en conjunto permiten comprender, hay un tercer elemento a tomar en cuenta: cómo cada juzgador pinte narrativa y argumentativamente la situación, dependerá de *lo que quiera como desenlace*. De hecho, sin ese norte volitivo no se puede siquiera producir una narración o una argumentación. En el caso de Mérida Carmona, los ministros José Benquis y Urbano Marín motivan su voto de minoría sobre la base de (i) una narración centrada en el *deterioro* propio de la enfermedad que mata

a Luis Salas (Considerando 9° de la sentencia de reemplazo) y (ii) una argumentación centrada en que, para efectos de la ley, una enfermedad no es un accidente. (Considerandos 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° de la sentencia de reemplazo). No es que ellos sean sorprendidos por la conclusión a la cual inexorablemente los llevaría cualquier consideración de los hechos y leyes sino, al revés, ellos *narran y argumentan del modo que lo hacen para dar fuerza a un juicio que niega la pensión*. Asimismo, por su parte, los ministros José Luis Pérez, Orlando Álvarez y Roberto Jacob motivan la sentencia sobre la base de (i) una narración centrada en la *historia de convivencia y crianza de hijos comunes de la pareja* (Considerando 9°) y (ii) una argumentación centrada en la *finalidad de la ley y en la interpretación de lo acontecido a Luis Salas como “accidente”*. Nuevamente, no es que a ellos los hechos y leyes —que, dicho sea de paso, son exactamente los mismos conocidos por los ministros del voto de minoría— los hayan conducido a su conclusión sino que, a la inversa, narran y argumentan como lo hacen *para dar fuerza a un juicio que concede la pensión*.

Como es obvio los hechos y textos legales que los ministros conocen son exactamente los mismos. Eso es lo dado. Dado por igual a todos. Pero constatar lo dado no es comprender la situación y sin comprender la situación mal podrían juzgarla. *La comprensión requiere creatividad*. Requiere crear un cuento y un argumento que den sentido a lo dado. Los ministros Benquis y Marín crearon cuentos y argumentos diferentes a los que crearon los ministros Pérez, Álvarez y Jacob. Como lo dado es idéntico para todos los ministros, las diferencias de rumbo de ambos trabajos creativos no provienen de lo dado sino de *lo querido*, por cada ministro ante lo dado. Los cuentos y argumentos que creativamente dan sentido a los datos, se redactan con intención y al servicio de esa intención. Es éste el sentido en que en un capítulo anterior decíamos que, a diferencia del hombre de ciencias, el abogado piensa con intención. Piensa con intención porque piensa el caso para entender lo que en él importa; lo que en el caso importa se coloca creativamente mediante el cuento y el argumento; y, como la creatividad se mueve en el terreno de la libertad, lo que zanja y conduce esa creación es la voluntad. (¡Siempre sorprende la necesidad de tanta palabra para dar cuenta de experiencias tan simples que el profesional vive a diario!).

Pocos días antes de yo escribir este párrafo, asistí como oyente junto a los estudiantes a una sesión de seminario de memoria a la cual se invitó para ser entrevistado un ministro de la Corte Suprema. Le pregunté cómo se explica un



disenso sí, ante un caso concreto, todos los ministros tienen ante sí exactamente los mismos hechos, las mismas disposiciones y conocen los unos todos los argumentos de los otros. Señalé que, como lo que tienen ante sí es exactamente lo mismo para todos, el disenso no proviene de algo que tengan ante sí ni de lo que de ello se infiera. ¿De dónde proviene entonces? Me respondió que "la diferencia la hace la persona". Es la misma respuesta que hace unos cuatro años un colegial de cuarto medio le dio a mi colega Cyntia Maciel. Exclamó: "¡La diferencia soy yo, señorita!". Ante un problema que se les planteó, la sala de clases se había dividido de manera natural en dos posturas contrapuestas y habían colocado sobre la pizarra todos sus antecedentes y razones hasta que se agotaron. Cyntia volvió a preguntar por sus posturas y muchos mantuvieron sus visiones contrapuestas. Entonces le preguntó al curso, así como yo al ministro, cuál era el origen de la diferencia. Es interesante que la respuesta de un escolar sea la misma que la de un ministro de la Corte Suprema. Lo que dice la coincidencia es que estamos hablando de algo connatural a emitir un juicio. La vivencia no cambia por causa de una vida de estudio y trabajo. La diferencia entre una postura y otra es la persona, vale decir, no resulta de lo que el intelecto concluye despersonalizadamente a partir de lo que tiene ante sí, sino de cómo la voluntad mueve y dirige la creatividad que permite comprender.

Ese texto que es el juicio resulta entonces de lo dado que pone límites, la creatividad que abre posibilidades y la voluntad que da un rumbo a la creación.

Hay un tema relacionado que suele inquietar a estudiantes y abogados jóvenes, a saber, que la *defensa creativa del interés de un cliente* (en juicio o en otros contextos) sea impropio del oficio. Lo que estamos viendo es que, en realidad, esa creatividad inevitablemente angulada es *de la esencia* de ese oficio de comprender y juzgar que respetamos y valoramos. En la creatividad del cuento y el argumento radica la única manera de *entender y dar a entender lo que en el caso importa*, y esa creatividad no puede manifestarse sino al servicio de una voluntad que defina un rumbo a seguir en el espacio de las posibilidades creativas.

Por lo anterior, la inquietud de los estudiantes no debiera centrarse entonces en el hecho que la voluntad mueva la creatividad del asesor, litigante o juez que formula un juicio, puesto que eso no puede dejar de ser así. La inquietud que sí puede ameritar un comentario es que sea la voluntad del cliente la que cumpla esa función.

Pues bien, lo que he dicho no significa que el abogado deba tomar toda causa y postura que se le pida. Hay causas o posturas que él no tomaría. En un vuelco auto-referencial de lo que venimos discutiendo, el abogado se formula a sí mismo un *juicio* acerca de qué hacer él ante el pedido que el cliente le hace. Una vez exploradas las aristas del asunto, sabrá lo que quiere o no quiere si es que ha aprendido a escucharse. Y entonces bien podría ante un caso decirse "yo no quiero hacer esto". (En la práctica uno se dice algo más fuerte: "yo no puedo hacer esto"). En seguida, para aquietar sus propias inquietudes (y, tal vez, para explicar a terceros su opción), se *contará* creativamente a sí mismo la disyuntiva en que se encuentra y se *argumentará* creativamente a sí mismo por qué no tomar el asunto. Hace varios años un abogado que trabajaba conmigo y, a la vez, cumplía con gran rigor lo que él entendía ser las exigencias de su religión, me vino a devolver los papeles de un cliente a quien no quería ayudar por tratarse de una fábrica de productos de goma incluidos preservativos. La razón que me dio fue literalmente que "prefería su salvación". Aplaudí que se haya escuchado y haya actuado en consecuencia. No hay otra manera de vivir. Seguí trabajando conmigo durante varios años, siempre aportando con brillo en todo lo que hacía. En cuanto a ese particular trabajo, pasé el asunto a otro abogado de la firma que no tuvo inconveniente en atenderlo. Como se ve, también en el juicio personal sobre qué asuntos tomar y cuáles no, la diferencia es la persona. Y ¿qué duda cabe! cada persona necesita escucharse para saber, ante cada caso, lo que ella puede o no puede hacer.

Ilustraré con un ejemplo el juego de los tres elementos recién mencionados, a saber, lo dado, lo creado y lo querido. El primer recuadro contiene lo dado al juez en el caso:

Un acta policial que da cuenta de los datos recogidos sobre cómo Guillermina Toledo le disparó a Humberto Mora durante una discusión.

Un acta de defunción que da cuenta del fallecimiento de Humberto Mora por causa de dos disparos.

Un acta de matrimonio que da cuenta que el 5 de enero de 1961 Humberto Mora Torres contrae matrimonio civil con Guillermina Toledo Manriquez.

El artículo 390 del Código Penal: El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de muerte. [Menciona en este punto la norma suponiendo que es el momento en que ella es dada a la conciencia del juez que acaba de leer el acta de matrimonio].

Declaración de testigo. "Juana Soto González, de 27 años, casada, labores de casa, expone: Que al final del verano del año en que se casó Guillermina Toledo, o sea 1961, como en marzo, Guillermina Toledo llegó llorando a su casa diciéndole que le habían dicho la semana anterior que su marido estaba casado de antes de casarse con ella, y que cuando le preguntó el confesó, y estaba desesperada y no sabía que hacer y lloraba mucho".

El artículo 382 del Código Penal: El que contrajere matrimonio estando casado válidamente, será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Un acta de matrimonio que señala que el 16 de septiembre de 1959 Humberto Mora Torres contrae matrimonio civil con Laura Rosa Vega Moraga.

El artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales. Si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley penal estime para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor, el tribunal con competencia en lo criminal se pronunciará sobre tal hecho. Pero las cuestiones sobre validez de matrimonio y sobre cuentas fiscales serán juzgadas previamente por el tribunal a quien la ley tiene encomendado el conocimiento de ellas. La disposición del inciso precedente se aplicará también a las cuestiones sobre estado civil cuya resolución deba servir de antecedente necesario para el fallo de la acción penal persecutoria de los delitos de usurpación, ocultación o supresión de estado civil. En todo caso, la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del derecho civil.

Ningún tribunal ha declarado la nulidad del matrimonio de Toledo y Mora.

Declaración de testigo. "Pedro Toledo Santibañez, de 45 años, casado, cesante, padre de Guillermina Toledo, expone: En abril de 1961 mi hija regresó a casa esperando guagua. Su marido la había echado cuando discutieron que él estaba casado con otra mujer y después no la ayudó y tuvo que pedirle prestado a un amigo para ayudarla con el nacimiento del niño".

Declaración de testigo. "Maribel Gonzalez Soto, de 33 años, casada, labores de casa, expone: En diciembre de ese mismo año ella me dijo que volvería donde Humberto Mora que le había prometido que iban a rehacer la vida, no sé cómo ella se dejó convencer por ese hombre y más encima al volver quedó esperando guagua. Él salía con otra diciéndole que se casarían".

Un acta de nacimiento que da cuenta que el 2 enero de 1946 nació Guillermina Toledo.

Tengamos presente lo siguiente respecto de lo dado:

- Lo dado —como señalaba Cicerón— incluye indistintamente acontecimientos, leyes, y podría haber incluido doctrina y jurisprudencia que no agregué por espacio.
- Lo dado es siempre textos. Textos que servirán al juzgador de materia prima para crear otro texto.
- La estructuración mínima que inconscientemente colocamos para que las experiencias nos puedan siquiera ser dadas, es un tema no menor sobre cómo conocemos el mundo pero no es nuestro tema. Nuestro tema es el trabajo consciente de ciertas capacidades y prácticas, incluida —ya veremos— la selección consciente de datos para construir una narración o argumento.
- Lo más importante y obvio respecto del contenido del recuadro es que lo dado no constituye un juicio.

El recuadro siguiente ilustra lo que un juzgador podría creativamente narrar y argumentar por sobre lo dado:

Guillermina Toledo, de quince años, mediante engaño fue incitada a casarse con un hombre que no le dijo que ya estaba casado. La dejó embarazada. Cuando ella descubrió que su matrimonio era una mentira y lo increpó, él la abandonó, ella regresó a vivir con sus padres de escasos recursos, y él no le prestó ayuda económica alguna, ni siquiera para el nacimiento del hijo.

Después él logró convencerla que regresara a rehacer su vida con él y, una vez que ella volvió, quedó esperando otro hijo, y de ahí en adelante él la humillaba cortejando públicamente a otra mujer que él también pretendía desposar. En una disputa Guillermina reaccionó matándolo.

Ningún tribunal ha declarado la nulidad del matrimonio.

Guillermina Toledo tiene 17 años de edad.

Aquí está en juego la coherencia de la ley.

Porque la ley penal no protege lo que la propia ley penal castiga.

En efecto:

El objeto jurídico del delito de parricidio, aquello que daña y que es causa de la tutela penal, es la relación o vínculo de matrimonio.

Pero la relación de matrimonio que la ley penal protege en el artículo 390 con un castigo tan severo, no puede ser la misma relación que la propia ley penal castiga en el artículo 382, como lo es el matrimonio bigamo en el cual Mora embarcó engañada a Toledo.

Como la ley es coherente, la relación que el artículo 390 protege con tanta fuerza, no incluye la misma relación que el artículo 382 castiga también con fuerza.

O sea, el tipo del artículo 390 no incluye el matrimonio bigamo. Guillermina Toledo queda entonces condenada como autora del delito de homicidio.



Y el recuadro siguiente muestra lo que otro juzgador podría creativamente narrar y argumentar por sobre lo dado:

Humberto Mora estaba casado con Guillermina Toledo.  
El matrimonio no se avenía bien. En una oportunidad, con ocasión de una disputa, se separaron, regresando ella diez meses después.  
Toledo accionó antes tribunales pidiendo se declare la nulidad de su matrimonio por supuesta existencia de vínculo anterior. El juicio no concluyó por nulidades procesales. No se ha declarado la nulidad del matrimonio Toledo-Mora.  
Con ocasión de una discusión sobre otra mujer, ella le disparó a Humberto Mora dos tiros de revolver, matándolo.  
Conforme a la ley, el que conociendo las relaciones que los ligan mate a su cónyuge, será castigado como parricida.  
Guillermina Toledo, conociendo las relaciones que los ligaban, mató a su cónyuge.  
Por tanto, Guillermina Toledo es condenada como parricida a la pena de muerte.

Si comparamos estos dos últimos textos con el primero que les antecede podemos observar tres cosas:

1. El primero contiene lo dado, los materiales con que el juzgador trabaja (que, normalmente, aumentarán gracias a investigaciones posteriores).
2. Los textos que le siguen no agregan datos sino que imponen creativamente a los datos una forma. Forma narrativa a unos datos, forma argumentativa a otros. Dar forma incluye, cual escultor, eliminar material que se estime sobrante para producir la obra que se tiene en mente.

Es interesante notar como, sin la forma agregada, el simple texto de datos muestra información pero no comprensión de lo acontecido. En ese sentido, la comprensión y el juicio que aquella posibilidad no resultan sólo de los datos dados ("evidencia", "acuerdos", "decretos", como decía Cicerón) sino de la forma creada.

3. Y esto último nos lleva a la tercera observación cual es que, como muestran los dos últimos textos, las formas narrativas y argumentativas que se dan al material disponible son variadas y dependen, como sería de esperar, de los propósitos o sea, de la voluntad del juzgador que crea la obra (y, por cierto, de su oficio y talentos para producir una obra de mayor o menor calidad).

Friedrich Schiller describe de una manera particularmente sucinta el juego entre lo dado, lo creado y lo querido.

Dice que somos movidos por dos impulsos contrapuestos que él denomina impulso sensorio e impulso formal. A su respecto señala que "El impulso sensorio... exige recibir su objeto; el impulso formal... exige crear su objeto"<sup>46</sup>. Agrega que el impulso sensorio contrarresta los excesos de la libertad: hay que atenerse a los datos recibidos. Y el impulso formal contrarresta los excesos de la pasividad: hay que dar a los datos un sentido. Agrega finalmente —en línea con nuestra tercera observación— que la voluntad da rumbo a este trabajo entrelazado del objeto que se recibe y el sentido que se crea. En sus palabras, "Una cosa puede referirse a nuestro estado sensorio...; esta es su cualidad física. O bien, puede referirse al entendimiento...; esta es su cualidad lógica. O bien, puede referirse a nuestra voluntad y ser considerada como un objeto de elección...; esta es su cualidad moral"<sup>47</sup>.

La referencia a Schiller no es caprichosa. Él comparte con la tradición retórica latina la preocupación por la formación de una persona que no aplica conocimientos sino que despliega capacidades. De hecho, según indican los estudiosos, en la época en que Schiller escribía sus Cartas sobre la Educación Estética estaba intensamente sumido en el estudio del *de Oratore* de Cicerón y de las *Institutio* de Quintiliano.

Este capítulo ha buscado resaltar aspectos a menudo no enseñados del rol que la narración y la argumentación cumplen en la producción de un juicio y, por tanto, de su lugar entre las capacidades que un abogado necesita desarrollar. Por una parte, no basta argumentar. La narración y la argumentación necesitan conversar para apoyarse mutuamente en la configuración de un texto que motive una decisión. Tanto la narración como la argumentación cumplen su función universalizando lo dado para permitirnos siquiera comprender los acontecimientos, cosa indispensable para poder juzgarlos. Finalmente, lo dado es el material sobre el cual se sobrepone con imaginación narrativa y argumentativa lo creado, al servicio de lo querido.

Lo interesante a tener presente en esto último es que las obras de la imaginación, incluidas las obras narrativas y argumentativas, cumplen su rol me-

<sup>46</sup> Schiller, Friedrich, *Cartas sobre la educación estética*, Carta decimocuarta, Madrid, Editorial Anthropos, 1990.

<sup>47</sup> Schiller, Friedrich, *Cartas sobre la educación estética*, Carta vigésima, Madrid, Editorial Anthropos, 1990.

nos por lo que las sostiene que por lo que son capaces de sostener; menos por ser discurso fundado que por ser discurso *fundante*. Son menos una demostración y más una pintura. Por cierto que el fundamento lo es todo en el ámbito cognitivo de lo *dado*. Es este, por ejemplo, el terreno de la prueba. Pero el ámbito cognitivo de lo dado no lo es todo en el ámbito de juzgar. Pesan también el ámbito imaginativo de lo *creado* y el ámbito volitivo de lo *querido*.

Pasemos al oficio de narrar y argumentar, ahora cada uno separadamente.