

ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL*

Rodolfo L. VIGO**

SUMARIO: I. *Los cambios en la Europa de posguerra.* II. *La argumentación jurídica, judicial y constitucional.* III. *Alcances de la argumentación jurídica-judicial y la absorción de la interpretación.* IV. *Nómina de argumentos.* V. *Tipos o clases de argumentos.* VI. *Metaargumentos o directivas.* VII. *Los argumentos como fuentes del derecho.* VIII. *Incorporación de los argumentos al derecho vigente.* IX. *Peculiaridades de la interpretación o argumentación constitucional.* X. *La teoría de la argumentación como elemento dinámico del sistema jurídico.* XI. *Funciones de la teoría de la interpretación o de la argumentación judicial.* XII. *Una teoría de la argumentación descriptiva o normativa.* XIII. *La argumentación y la razón práctica.* XIV. *Dimensiones del discurso argumentativo prudencial.* XV. *Las debilidades o riesgos de la argumentación jurídica.*

I. LOS CAMBIOS EN LA EUROPA DE POSGUERRA

Recordemos que la problemática de la argumentación comienza a instalarse en la agenda de la teoría del derecho en Europa continental a fines de la década de los cincuentas, impulsada paradigmáticamente por Perelman y Viehweg, alcanzara, sobre todo en las tres últimas décadas del siglo XX un notable desarrollo con Wroblewski, Kalinowski, Toulmin,

* Ponencia presentada en *el I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (Cancún, México, mayo de 2008).

** Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

Alexy, Aarnio, MacCormick, Atienza, Zacarías, Ollero y muchos más. Ella en última instancia y como más adelante precisaremos, viene a sustituir o absorber a la problemática llamada de la interpretación jurídica o metodología jurídica en tanto su centro de atención privilegiada y de desarrollo futuro, es el campo de las decisiones jurídicas-judiciales. Más allá de quienes y cómo comenzaron y se transitó ese nuevo camino, no caben dudas que se fueron produciendo después de la segunda guerra en la realidad del derecho y de los Estados, alteraciones variadas que tornaron inviable las teorías que al respecto se habían elaborados y/o prescriptos durante el XIX y la primera mitad del siglo XX. Después de Nuremberg —como advertirá el mismo Perelman— el derecho y la teoría del Estado en Europa ya no serán la misma, y esa nueva realidad torna necesaria una nueva teoría que permita comprenderla y orientarla.

Comienza así a desmoronarse el sólido y exitoso edificio que se había construido después de la Revolución francesa, y ,por ende, será cada vez más difícil: seguir identificando a la ley con el derecho; confiar en que la voluntad legislativa es infalible; mostrar piramidalmente el derecho como un sistema compuesto sólo por reglas completo, jerárquico y coherente; que el único saber jurídico es aquel que se limita a describir sistemática y aséptica al derecho positivo, o que los jueces son la boca de la ley y que nada crean para el derecho porque se limitan a aplicarlo silogísticamente. En definitiva, el Estado de derecho legal o “débil” deja paso al Estado de derecho constitucional o “fuerte” (Ferrajoli), la democracia formal se convierte en democracia sustancial y se instituye un tribunal como el poder constituido habilitado para controlar en nombre del Poder Constituyente a los demás poderes constituidos —incluido el legislativo—. La Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador en la que se privilegia a su parte orgánica o funcional como la más importante, y pasa a ser reconocida como la fuente de las fuentes del derecho y, al mismo tiempo, la más importante de ellas en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza y así en él operan principios, valores o derechos humanos, encomendándose a los jueces para que garanticen que en sus respectivas sociedades se los tomen en “serio”, haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes. Insistamos con una síntesis esquemática de los cambios que nos parecen más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX notoriamente alterado

respecto al escenario decimonónico: 1. La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo; 2. La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa; 3. Los derechos humanos se tornan operativos; 4. La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra; 5. El sistema jurídico entra en crisis; 6. Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológico; 7. La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos; 8. Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales, y 9. La rehabilitación de la razón práctica.

En esa nueva Europa resultará indigerible seguir sosteniendo una teoría de la interpretación jurídica formalista al modo de la originaria exégesis francesa o la perspectiva savigniana en la que los jueces repiten dogmáticamente la norma legal para el caso sin valoración ni creación alguna, o también resultará difícil apelar al decisionismo irracionalista y voluntarista de Kelsen o Ross en donde el juez crea su norma sin posibilidad de dar razones de esa elección meramente volitiva. Precisamente las teorías de la argumentación vienen a recuperar una racionalidad idónea para el campo de las conductas humanas, pues esa racionalidad práctica es capaz de enjuiciarlas por medio de juicios estimativos (es bueno o justo hacer eso), regulativos (debes hacer eso porque es justo o bueno) o imperativos (haz eso que es justo o bueno) (Kalinowski). La argumentación supone una ruptura con el modo más típico en que se entendió la razón en la modernidad y supone recuperar lecturas que se remontan a la filosofía antigua y medieval, por eso Perelman-Olbrechts al comienzo de su obra lo indican: “La publicación de un tratado dedicado a la argumentación y su vinculación a una antigua tradición, la de la retórica y la dialéctica griegas, constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes y que ha marcado con su sello la filosofía occidental de los tres últimos siglos”.¹ En síntesis, la recuperación de la argumentación para el quehacer de los operadores del derecho guarda coherencia con el nuevo contexto del derecho y el Estado que se configura en la Europa continental después de la segunda guerra.

¹ *Tratado de la argumentación*, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 30.

II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL

Un modo sintético y simple de entender la argumentación jurídica, en la que seguramente coincidirían buena parte de los autores antiguos y contemporáneos que se han ocupado del tema, sería que ella consiste en exponer argumentos o razones que avalen una posición en cuestiones jurídicas debatidas o dudosas a los fines de que la misma resulte más y mejor justificada y así logre vencer racionalmente a cualquier otra alternativa.

En la filosofía clásica encontramos amplia coincidencia con las actuales teorías de la argumentación jurídica. Por supuesto, toda la retórica y dialéctica aristotélica insistirá en asumirlas como artes (*technai*) que son “correlativas” y si bien no es un campo propicio para silogismos categóricos, a la dialéctica le preocupa razonar y obtener juicios que proporcionan certezas probables partiendo de “opiniones generalmente aceptadas” (*Tópicos*, I, 1, 100a), mientras que el acento de la retórica está en buscar lo idóneo para persuadir al destinatario o auditorio del discurso (*Retórica*, 1354a, 1355b). El Estagirita delinearé en torno al conocimiento y la verdad, dos caminos: el ámbito estudiado en los “Analíticos” de lo apodíctico y necesario que recurre a los silogismos demostrativos, y el espacio considerado en los “Tópicos” y la “Retórica” que apela a premisas verosímiles o probables aceptadas por todos, por la mayoría o los más sabios (*Tópicos*, I, 10, 104a, 8). En Cicerón encontramos una clásica definición de argumento como razón para ser creíble lo dudoso (*rationem quae rei dubiae faciat fidem*, “Tópica”, 8). Isidoro insistirá en la idea de la argumentación como discurso destinado a convencer de nuestras afirmaciones (*argumentatio fidem adsertionibus facit*, “Etimologías”, 2, 7, 1), lo que implica respaldar lo que afirmamos como rebatir la del adversario (*argumentandum est ita ut primum nostra firmemos*, “Etimologías”, 2, 7, 2). Tomás de Aquino nutriéndose de Isidoro, Aristóteles y Cicerón, vincula el argumento con la razón que procura alcanzar la razón del destinatario para que asienta lo que se afirma (*argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assentiendum alicui*, “De veritate”, q.14, a.2, ob.14) y en la “Suma Teológica” reconoce que el argumento posibilita que se vea racionalmente como cierto lo que es dudoso (*quandoque dicitur argumentum quaecumque ratio rei dubiae faciens fidem*, S. T., III, 55, 5c). En el Aquinate la argumentación nos instala en el terreno de la prudencia en cuanto “recta razón en el obrar” (*recta ratio agibilium*, S. T. II-II, q. 49, a.2.) que por ocuparse de “acciones particulares” que “se presentan en in-

finita variedad de modalidades... el hombre necesita de la instrucción” especialmente de “la gente experimentada” (S. T. II-II, q.49, a.3).

De esa manera esquemáticamente la argumentación jurídica supone: 1) un problema o pregunta en torno a cual es la conducta jurídica —prohibida, ordenada, permitida o habilitada— que corresponde definir o determinar, sobre la cual no existe una respuesta evidente o indiscutible; 2) una confrontación dialógica en la que se exponen discursivamente por medio del lenguaje propuestas de respuestas jurídicas para el caso en cuestión, y 3) la apelación a razones o argumentos en favor de alguna respuesta posible jurídicamente y contra-argumentos que intentan restar justificación jurídica a otras alternativas.

Por supuesto que hay muchos presupuestos posibilitadores y facilitadores de la argumentación, quizá los más importantes sean:

1. Libertad de los que dialogan para proponer soluciones y respuestas;
2. Cierta igualdad entre ellos;
3. Posibilidad de esgrimir argumentos que sean comprendidos por la razón del interlocutor;
4. Un lenguaje que posibilita esa comunicación dialógica, y
5. Disposición a aceptar el procedimiento y el resultado dialógico.

Recordemos la íntima conexión que destaca Alexy —por mencionar un autor paradigmático en el tema que nos toca— entre discurso o diálogo racional y derecho, a punto que éste viene a suplir o superar ciertas debilidades que conlleva el discurso y el respeto a las reglas que proveen a su racionalidad. En efecto, el profesor de Kiel advierte² que entre lo “discursivamente imposible” y lo “discursivamente necesario” se abre un espacio racional donde se necesita que el derecho fije medios para conocer una respuesta, disponga lo necesario para garantizar su respeto y además arbitre cierta organización que facilite el cumplimiento cooperativo de fines valiosos para la sociedad. El camino completo de la teoría alexyana parte de aserciones que acompañan la forma de vida más elemental y universal, y consiguientemente, la disposición para sostener discursivamente la corrección o verdad de aquellas frente a cualquiera que las pon-

² Cfr. el capítulo II de mi autoría: “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”, *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy), México, Fontamara, 2008.

ga en duda, pues “si en lugar de juicios y aserciones quedasen solamente sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasión, y en lugar de la corrección y la verdad se situarían manipulaciones eficaces y convicciones firmes”. La conclusión será: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del derecho” o “El discurso necesita del derecho para alcanzar legitimidad”, y finalmente: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”.

La argumentación jurídica se despliega en distintos ámbitos: académico, abogadil, legislativos, etcétera, aunque hay uno privilegiado que es el judicial. En efecto, son los jueces a los que la sociedad les ha encomendado un poder que consiste precisamente en decir el derecho autoritativamente en cada uno de los problemas jurídicos que son llevados ante sus estrados. La peculiaridad central de esa argumentación jurídica judicial consiste en que hay una respuesta que el juez pronuncia luego de desarrollarse un diálogo institucional acerca del problema o pregunta jurídica suscitada por las partes, y esa respuesta se dicta con la autoridad política del juez que obliga a las restantes autoridades y a la sociedad a que sea respetada. El juez tiene la función social y política de buscar racionalmente en el derecho la respuesta justa al problema que las partes le han llevado, o sea a él se le pide que escoja argumentativamente la mejor respuesta de aquellas que le ofrece el derecho vigente. Por otro lado, y como más adelante volveremos, el discurso judicial completo (especialmente sus *ratio decidendi*) queda incorporado al derecho vigente y disponible para ciudadanos y operadores profesionales del derecho a los fines de los eventuales problemas futuros y análogos a los resueltos.

Pero pretendemos hablar a su vez de argumentación jurídica constitucional, y el rasgo central distintivo de ella reside en la apelación a argumentos o razones tomados de la Constitución, por supuesto asumida ésta en un sentido mucho más amplio que el mero texto constitucional. De esa manera esa argumentación constitucional puede ser esgrimida por distintos operadores y también por distintos jueces, aunque corresponde destacar que en los modernos Estados de derecho se han instituido jueces específicos a los que se les encomienda pronunciar autoritativamente la última palabra en esa materia de la argumentación constitucional. Por en-

de, así como hay un ámbito privilegiado para estudiar las características de la argumentación jurídica que es precisamente el judicial, también hay un ámbito privilegiado para estudiar la argumentación constitucional que es el de los jueces constitucionales y sus decisiones resolutorias. En definitiva, la argumentación constitucional es quizá uno de los temas más importantes de la materia constitucional, y a su vez, ella constituye la matriz de toda argumentación jurídica respecto al particular derecho vigente desde el que se argumenta.

III. ALCANCES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL Y LA ABSORCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

Desde nuestra perspectiva propondremos para la argumentación (o razonamiento) el mayor alcance posible abarcando la totalidad del discurso jurídico-judicial y así, también, a los distintos elementos del mismo: cada una de sus premisas, la conexión entre ellas, la conclusión y también específicamente a las razones o argumentos con las que se avala, justifica, fundan o motivan a aquellas premisas, pero además cuando hablamos de argumentación incluimos una teoría —explícita o implícita— que explica, regula y orienta dicha tarea judicial. Se reconoce que el término argumentación tiene los inconvenientes de ambigüedad de las palabras proceso-producto, y efectivamente con ella —reiteremos— podemos estar diciendo: *a)* el resultado o conclusión de la argumentación judicial; *b)* el proceso que ha conducido a la misma, con sus premisas, las conexiones entre ellas y los argumentos o razones que la justifican, o *c)* la teoría argumentativa que avala y constituye la matriz de la actividad cumplida.

Antes de entrar al propósito central de esta presentación, nos parece oportuno preguntarnos acerca de la vinculación entre argumentación e interpretación. De una manera rápida podríamos responder y concluir que el nuevo nombre de la interpretación es el de la argumentación. Más allá de las convenciones lingüísticas que pueden adoptarse, lo cierto es que el término interpretación quedó ligado entre los juristas al modelo iuspositivista normativista configurado en Europa durante el siglo XIX, y ésa es su principal debilidad, dado que han cambiado significativamente aquel derecho y el Estado que lo generaba, respaldaba y aplicaba. Consiguientemente, en las actuales sociedades pluralistas, democráticas y constitucionalizadas contemporáneas, a los jueces se les exige que a la

hora de brindar su respuesta jurídica autoritativa, expresen las razones o argumentos con los que justifican a la misma.

Se confirma que la tarea judicial no consiste, básicamente, en aplicar aséptica y silogísticamente una respuesta legal, sino en optar entre diferentes respuestas jurídicas que el derecho vigente pone a su alcance; pero lo que se pretende es que racionalmente justifique, motive o fundamente su opción haciendo conocer los argumentos que la avalan. Dicho de otra manera, ya resulta algo ingenuo o irreal suponer que los cuatro métodos interpretativos savignianos conducirán al juez a “la” respuesta legal prevista anticipadamente, pues la práctica jurídica actual, con sus sentencias con disidencias o las jurisprudencias contradictorias, confirma que la tarea judicial no consiste en “desentrañar el sentido contenido en la ley” y que se le reclama al juez que brinde argumentos justificatorios de la respuesta hallada o construida desde el derecho vigente. Esa asunción de la argumentación no implica un automático descarte de los desarrollos promovidos desde aquellas teorías decimonónicas de la interpretación jurídica, y una prueba de ello es que en la nómina de los trece argumentos que nos propone Perelman o los quince que sugiere Tarello están los clásicos cuatro o cinco métodos interpretativos delineados por la escuela iuspositivista decimonónica.

La argumentación es el nuevo nombre para explicar la tarea judicial que viene a reemplazar al decimonónico de la interpretación, y ello —reiteremos— porque el derecho y el Estado han cambiado sustancialmente, lo que torna difícil conservar aquel concepto cuando ya no refleja semánticamente lo que se pretendía. De todas maneras, recordemos que nos movemos en un terreno convencional en donde cabe insistir con la interpretación como sinónimo de la argumentación, y por ende, abarcando la actual tarea judicial de escoger y argumentar en favor de alguna de las respuestas ofrecidas por el derecho. También, otra alternativa sería conservar el término interpretación como una tarea incluida en la argumentación, específicamente aquella vinculada a los textos legislativos o más genéricamente a los textos normativos, como por ejemplo los seis cánones o argumentos interpretativos de Alexy: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Más allá de opciones terminológicas, paulatinamente se observa una creciente acogida del término argumentación, aunque no puede desconocerse cuanta inercia acompaña a la doctrina jurídica y lo que cuesta remover conceptos arraigados.

La definición clásica de la interpretación jurídica destacaba que ella era “desentrañamiento de el sentido de la ley” (o en Savigny: “la reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley” o “una operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad”), por lo que el juez debía identificar un cierto y determinado “sentido” siguiendo los métodos preestablecidos y prescriptos por la misma ley. Recordemos una vez más que la interpretación en ese paradigma decimonónico no supone “creación” del derecho en tanto consistía en la mera repetición de la misma para el caso por medio de un silogismo subjuntivo, en el que la premisa mayor era la solución genérica prevista por la infalible voluntad y razón del legislador, y la premisa menor el caso concreto que se subsumía en la hipótesis fáctica legal. La “boca inanimada de la ley” (Montesquieu) no requiere apelar a argumentos en tanto no hay lagunas jurídicas y hay una solución jurídica para cada uno de los casos jurídicos que se presenten ante los tribunales. Insistamos que la realidad que han impuesto los Estados de derecho constitucional es la de la pluralidad habitual de respuestas jurídicas a los diferentes casos, y ello se refleja en las mayorías y minorías de los tribunales como en las distintas orientaciones jurisprudenciales. Los jueces que deben dar respuesta cuentan con esa capacidad discrecional de elegir entre las diferentes respuestas posibles desde el derecho vigente, y, por ende, en aquellas sociedades democráticas se impone la necesidad de hacer públicas las razones o argumentos que justifican la elección. De una manera más correcta, habría que hablar no tanto y sólo de elegir respuestas ya disponibles, sino de la compleja tarea que cumple el juez a la hora de “fijar” el hecho que decide probado y también cómo en ese “ir y venir” (Engisch) al derecho vigentes va modelando, adaptando o recreando soluciones y respuestas jurídicas, con materiales jurídicos disponibles (argumentos) que encuentra en el derecho vigente. En la práctica jurídica-judicial no hay casos fáciles o ellos resultan irrelevantes, pues cualesquiera de los casos se pueden convertir en uno difícil, de ahí la importancia de la totalidad del *iter* recorrido judicialmente hasta la respuesta que autoritativamente se dispone o determina racional o argumentativamente.

Recordemos que una de las trece exigencias éticas establecidas en el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica aprobado en el 2006 por las 23 cortes Supremas iberoamericanas es el de la “motivación” que consiste en “expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión” (artículo 19).

IV. NÓMINA DE ARGUMENTOS

Esos materiales disponibles para el juez (o el jurista en general) en el derecho vigente constituyen los argumentos (o las razones) que soportarán sus decisiones o respuestas racionales, y al respecto hemos intentado elaborar la siguiente nómina a partir de enseñanzas doctrinarias, como de la lectura de jurisprudencia nacional y comparada. Por ende, lejos está de nosotros una pretensión de originalidad o de exhaustividad. La nómina es de “argumentos jurídicos” aunque correspondería distinguir, por un lado, aquellos que lo son *propio vigore* o *per se* en tanto su objeto es regular directamente conductas y definir su *status* jurídico, y por el otro, aquellos que son jurídicos *per accidens* en tanto asumen tal carácter sólo porque son usados por los juristas con una finalidad jurídica.³

Otra importante y obvia advertencia es que la clasificación tiene posibilidad de reformularse de manera de que algunos de los argumentos termine absorbiendo a otro u otros de los que a continuación se detallan, aunque hemos omitidos algunos dado su escaso uso o simplemente porque se lo emplea dentro de algunos de la nómina (por ejemplo el argumento a rubrica o el argumento *sedes materiae* que se abarcan dentro del genético o el sistemático). Como insistiremos después, la nómina y el peso de los argumentos dependerá de cada sistema jurídico y, por ende, el detalle que se consigna a continuación remite en buena medida o privilegiadamente —más allá de las posibilidades de generalización— al derecho argentino. El orden en la nómina de los argumentos que nos referimos a continuación no revela jerarquía o importancia entre ellos, y nos limitaremos a concretar una mínima consideración de los mismos con el único objeto de explicar su contenido esencial.

Una última e importante advertencia: es evidente que los argumentos tiene un uso positivo y también otro negativo, pues se pueden usar para justificar o para descalificar un discurso con base en que los viola o los ignora. En la nómina siguiente de los argumentos, la doctrina ligada al Estado de derecho legal los invocaba pero fundamentalmente para cumplir la función interpretativa del texto legal, mas ello ha quedado total-

³ Kalinowski G, “Introduction a la logique juridique”, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, París, 1965, p. 141; “Introducción a la lógica jurídica”, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 147.

mente desbordado en tiempos del Estado de derecho constitucional donde el derecho es centralmente una práctica argumentativa (Atienza).

1. *Autoritativo o normativo*

Es cuando el argumento se consume con la mera apelación de la misma autoridad que lo estableció en tanto cuenta con evidente competencia jurídica o poder normativo como para incorporar al derecho vigente a ese argumento. Así cuando se invoca una ley basta esa explícita referencia en la que está implícitamente presente de que ha sido una autoridad que la ha dictado con base en la competencia que tiene atribuida, y eso basta para justificar con la misma alguna de las premisas incluidas en el discurso judicial. En buena medida este argumento también puede llamarse normativo en función de que las normas se invocan habitualmente *per se*, sin ningún esfuerzo por justificar racionalmente lo que ellas disponen y limitándose a invocar la autoridad del que la dictó y su respectivo texto. No está de más recordar en este argumento la teoría de Raz en las que las normas se asimilan a razones para la acción.

2. *Principialista*

A partir de la distinción entre norma o regla y principio postulada en autores como Alexy o Dworkin, este argumento consiste en justificar invocando a un principio que forma parte del derecho vigente *per se o proprio vigore* —sin necesidad de test de origen o pedigree— desde el cual se puede inferir la exigibilidad jurídica de una cierta conducta como la mejor según las posibilidades jurídicas o fácticas implicadas en el caso. El operador jurídico respalda su premisa o conclusión desde ese principio jurídico que tiene una dimensión regulatoria y que goza de capacidad justificatoria, como cuando, por ejemplo, se apela en la jurisprudencia argentina al principio de dignidad para justificar el otorgamiento del derecho de réplica.

3. *Axiológico o moral*

Recurriendo a la distinción entre principio jurídico y valor, éste se identifica desde saberes filosófico morales o prácticos que trascienden lo

jurídico y, por ende, sus exigencias se proyectan sobre la totalidad de la ciudadanía y no sólo sobre las relaciones estrictamente jurídicas. El “valor” explicitado moralmente, también cuenta con fuerza justificatoria en relación con las premisas de un discurso jurídico que resuelve un caso (por ejemplo: el valor de la igualdad entre los seres humanos se proyecta al campo del derecho como el principio de la igualdad jurídica o ante la ley o el derecho). Recordemos con Nino que la argumentación jurídica deviene —en última instancia— en justificación moral o axiológica, y en éste terreno que trasciende a lo jurídico es propicio para apelar, por ejemplo a la igualdad o libertad a secas.

4. *Consecuencialista*

Con este argumento se procura justificar la premisa discursiva con base en que la misma implica —directa o indirectamente— consecuencias o efectos que se aprecian buenos o mejores que otros. Estas consecuencias pueden ser de orden jurídico o de otra índole como social, económica, cultural, etcétera, y son ellas las que respaldan el enunciado que invoca el argumentador jurídico. Sólo una visión jurídicista o insular pudo prescindir de este inevitable dimensión de toda decisión, atento a que un juez al decir prudentemente el derecho no debe dejar de apreciar todas las consecuencias que se derivan de su decisión. Así en la resolución de un caso el juez debe siempre considerar además de los intereses de las partes del proceso también los del todo social. El artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano impone que al decidir el juez debe procurar “atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.

5. *Genético*

El argumento consiste en apelar al origen o gestación de, por ejemplo, un cierta norma o acto, como cuando se traen a colación en favor de un determinado enunciado o premisa los trabajos preparatorios, la expresión de motivos o el modo en que se han comportado las partes en el proceso o en relación con un contrato, etcétera. Aquí el argumentador se remonta al origen del objeto jurídico a interpretar y procura formular una determinada interpretación o significado jurídico con base en ciertas expresiones, comportamientos o propósitos referidos a alguien que adquiere relevancia en el caso.

Este argumento coincide con el decimonónico o “savigniano” método interpretativo “lógico” que mandaba someterse a la voluntad del legislador, y más allá de ese ámbito reducido de su postulación o de las dificultades que implica su uso, nos parece que sigue resultando útil en el terreno de la argumentación jurídica.

6. *Lingüístico*

Cuando argumentamos necesitamos respaldar un enunciado y a veces lo hacemos invocando el lenguaje en sus diferentes dimensiones: semántica, sintáctica o pragmática. El lenguaje que se pone en juego podrá ser el “ordinario” o “corriente”, el “científico jurídico” (aquel construido por juristas y que exige para el que lo emplee alguna analogía con su origen, por ejemplo hipoteca) o el lenguaje “juridizado” (aquel tomado del lenguaje corriente pero asignándole un significado jurídico, por ejemplo cosa) según el problema que se trate. Las eventuales dudas o el resultado interpretativo se justifican por medio de argumentos tomados del lenguaje o la ciencia que lo estudia. Este argumento encuentra alguna resonancia con el viejo argumento lingüístico postulado por la exégesis francesa, aunque en este marco predominaba una matriz “mágica” del lenguaje, muy lejos de las complejidades destacadas por la semiótica o el giro lingüístico de la filosofía en el siglo XX.

7. *Doctrinario*

Aquí el respaldo o argumento es la opinión de algún o muchos doctri-narios. No hay aquí autoridad institucionalizada o explícitamente reconocida, sino que la fuerza justificatoria dependerá del reconocimiento que en esa sociedad se le brinda al que emite la doctrina o de la unanimidad de la misma. Precisamente como el problema supuesto en la argumentación no tiene una respuesta evidente, la apelación a la doctrina es un camino para sostener una determinada solución, aunque la frecuencia del uso de este argumento es muy variable según las diferentes cultura jurídicas. Recordemos que en Aristóteles los silogismos dialécticos recurren a premisas respaldadas por la opinión de los más experimentados o sabios.

8. *Jurisprudencial*

En este argumento contamos con una autoridad institucional —que es la de un juez o un tribunal— que por ello cuenta con una capacidad justificatoria superior a la doctrinaria. De todas maneras ella no constituye decisiones obligatorias genéricas porque en el supuesto que la tenga —por ejemplo en el caso de fallos plenarios, sentencias de casación, jurisprudencia constitucional, etcétera— quedaría asimilado al argumento autoritativo. Hay que advertir también que corresponde distinguir entre el “autoprecedente” del mismo tribunal que ya se pronunció en casos anteriores análogos; el “precedente vertical” provenientes de instancias judiciales superiores, y el “precedente horizontal” brindado por tribunales que se ubican en el mismo nivel que aquel que decide y argumenta.

9. *Lógicos*

Si la lógica es la ciencia y el arte del razonar que procura su corrección, puede concluirse que todo lo que ella enseña resulta operativo o aplicable en el razonamiento o argumentación jurídica en general y judicial en especial, incluso para algunas visiones la argumentación se reduce a esta dimensión formal o lógica. Más allá de estos reductivismos no cabe duda que rigen, por ejemplo, para el razonamiento judicial el necesario respeto a los primeros principios de la lógica o las reglas que regulan la inducción, la deducción, etcétera. Un uso muy habitual de este argumento es negativo en tanto normalmente se recurre al mismo para descalificar un discurso que no ha respetado las reglas de la lógica.

10. *Analógico*

El argumento remite a la semejanza de los casos o situaciones que cuentan con regulación o respuesta jurídica y el caso o situación que carece de ella, y por ende, se justifica proyectar el discurso o la solución ya empleada al nuevo problema (en la fórmula romana: *ubi eadem ratio, idem ius*). También en el marco de la teoría decimonónica se auspició este razonamiento dado que se podía presumir que si el legislador había brindado una solución a un determinado caso ella era aplicable para un caso análogo que el legislador no había tratado específicamente. Por su-

puesto, que aquí también omitimos considerar una serie de dificultades que trae aparejado el argumento, así por ejemplo determinar aquellos elementos que permiten afirmar que se trata de casos análogos o semejantes.

11. *A fortiori*

Sintéticamente el argumento apela a que si resulta autorizado o prohibido jurídicamente una cierta conducta o respuesta jurídica, corresponde una equivalente con “mayor razón” frente a una situación que es menos grave que la que esta prohibida (*a minori ad maius*) o está ya incluida implícitamente entre lo autorizado dado que es menos relevante (*a maiori ad minus*). Si el derecho concede un beneficio o permite ciertas conductas a quien por ejemplo hizo algo muy grave corresponda que lo conceda a quien hizo algo menos grave, y si el derecho prohíbe o impone sanciones a ciertas conductas muy graves están igualmente prohibidas aquellas que son menos graves.

12. *Apagógico*

Este argumento se emplea principalmente para descartar alternativas en tanto ellas suponen admitir un absurdo o algo irracional por su disvaliosidad, su ineficacia o su imposibilidad. Claramente una vez más vemos por detrás de la justificación de los argumentos la visión del derecho como algo racional o razonable, y por ende incompatible con aceptar absurdos en su seno. En perspectiva kalinowskiana el rechazo lógico al absurdo descansa en la llamada ley de Duns Scoto: “Si: sí p, entonces no p, entonces no p”, aclarando el profesor polaco que si se demuestra la falsedad de unas consecuencias ello conlleva la falsedad de la hipótesis a las que ellas remiten.

13. *A contrario*

En Perelman-Olbrechts este argumento se utiliza para impedir que se aplique una regulación a una especie distinta del mismo género de aquella especie a la que se ha dirigido expresamente la regulación. Kalinowski precisa que el argumento a contrario hace explícito el sentido de la expresión cuantificadora “solamente”, “únicamente”, “exclusivamente”, etcétera, y de esa manera queda abortada la alternativa de extender la solución jurídica a

una situación diferente de aquella expresamente prevista por el derecho. Insistamos que en la visión de la teoría interpretativa decimonónica, el presente argumento ha sido vinculado a la “letra de la ley”, sin embargo es posible una ampliación del mismo a todo el derecho, y no sólo limitarlo a un empleo negativo o descalificador de alternativas sino como justificativo de una respuesta.

14. *Sistemáticos*

Los cuatro argumentos que siguen remiten a la visión que el derecho constituye o se pretende que sea un sistema —fuerte o débil—, y por ende, exige o supone que no tiene contradicciones (coherencia), que su contenido cuenta con diferente jerarquía, que en él se encuentra explícita o implícitamente todas las respuestas jurídicas requeridas (plenitud) y que evita innecesarias redundancias (economía). Indudablemente también encontramos aquí fuertemente la presunción y la pretensión de que el derecho resulte una obra racional.

A. *Coherencia*

La presencia de un sistema supone que sus elementos no están en contradicción, y si el operador constata su existencia se impone resolverla eliminando una de las soluciones o contemplando alguna armonización. La visión sistemática del derecho impone que si el discurso denuncia o constata una antinomia se requiere necesariamente hacerse cargo de la misma y resolverla. En definitiva, el jurista puede apelar en su discurso a este argumento y con base en el mismo realizar la opción o compatibilización que supere la antinomia.

B. *Jerarquía*

También la visión sistemática del derecho supone que sus normas (reglas o principios) no están en el mismo plano y, por ende, existe entre ellas jerarquías, y consiguientemente, en el supuesto de constatarse una antinomia se necesita que la opción privilegie la más elevada o de mayor jerárquica. Sabido es que al respecto hay teorías que establecen, a gran-

des rasgos, las siguientes alternativas en materia constitucional (derechos humanos, principios o valores): una jerarquía rígida, otras que niegan la posibilidad de contradicciones, y también las que proponen una tarea de balanceo y jerarquización en cada caso.

C. *Plenitud*

El sistema jurídico presupone que los jueces no pueden abstenerse de fallar por la ausencia de respuesta jurídica, y por ende, la presencia de un problema jurídico implica necesariamente que llegado el caso los jueces deben brindarle una solución sin poder apelar a que no existe ninguna. Se trata de un argumento que habitualmente funciona como exigiendo la respuesta o impidiendo la ausencia de la misma, y así en la nomenclatura de Tarello se denomina argumento “a completitud”.

D. *Economía*

Otra característica que se pretende de un sistema jurídico bien formado es que no incurra en redundancias o reiteraciones, de esa manera si hay dos normas que dicen lo mismo puede procurarse establecer que se trata de hipótesis o respuestas diferentes. El decimonónico “postulado del legislador racional” incluía la pretensión de que el legislador no se reiteraba, y así, estaba justificado buscar en cada norma el alcance jurídico que corresponda, sin poder ignorar alguna de ellas con base en que resultaba una reiteración de otra en tanto brinda la misma solución al mismo supuesto. Más allá de ese antecedente, hoy cabe justificar en este argumento la búsqueda del sentido jurídico de la totalidad de las normas jurídicas —en general— incluidas en el mismo cuerpo o sistema regulatorio.

15. *Teleológico*

Se invoca para justificar el discurso atento a que con el mismo o su solución se está sirviendo a un determinado fin, ya sea éste intrínseco al derecho o procurado por alguna norma jurídica. La capacidad justificatoria del argumento consiste en que se está avalando un discurso por que con el mismo se facilitará la obtención de un cierto fin. En dicho argu-

mento se emplea una lógica propia de los razonamientos técnicos o pragmáticos en el sentido de que el medio en cuestión resulta escogible o defendible en razón de que se orienta a la obtención de un determinado fin, aunque habitualmente también se incluye una consideración ética del fin en tanto se le considera bueno, correcto o justo. Aquí también comprobamos que este argumento desborda la visión reducida que lo asimilaba a la *ratio legis*.

16. *Sociológico*

El argumento consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce a ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etcétera. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídico, pero lo decisivo que es visible a los ojos de un observador o un miembro de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en las que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera.

17. *Comparativo*

Aquí el respaldo lo brinda algún derecho comparado o extranjero, pues se trata de apelar a otro derecho distinto del de la sociedad en la que se argumenta para intentar traer una solución jurídica establecida en el mismo o respaldar la que se propone. En la cultura judicial argentina es muy común, especialmente a nivel de la Corte Suprema nacional, el apoyar el discurso en soluciones proporcionadas por el derecho extranjero de aquellas sociedades a las que se las considera más desarrolladas o que pueden ser ejemplos. El modo habitual de recurrir a este argumento es considerar que se torna conveniente importar una determinada solución que ya ha sido consagrada en otro derecho.

18. *Histórico*

También se encuentra entre los argumentos invocables el aducir en favor de un cierto resultado o premisa que lo posibilite la historia de la sociedad, de una institución o de una norma. Aquí también nos encontramos frente a la posibilidad de identificar este argumento con el sociológico, pero la diferencia puede apoyarse en que éste último remite a circunstancias de la vida social presente mientras que el histórico se identifica con un tiempo pasado. No es extraño que los juristas al considerar una determinada regulación jurídica se remontan a sus orígenes y al modo en que fue desarrollándose a lo largo del tiempo, o también emplear en el discurso referencias al pasado no jurídico.

19. *Retórico*

Recordemos que en la enseñanza clásica la retórica era una ciencia y un arte cuyo objeto era persuadir, y a ella se recurría cuando la solución más que apodíctica o necesaria era meramente probable o verosímil. Precisamente en Aristóteles aparecen reconocidos argumentos retóricos como invocar un ejemplo, alguna inducción incompleta, el destinado a suscitar ciertas emociones, el que recurre a una premisa probable como si fuera necesaria, el argumento *córax*, el argumento retorsivo, etcétera. No es extraño en el discurso jurídico encontrar calificativos que son empleados por su fuerza emotiva dirigidos al *pathos* del auditorio, o incluso encontrar sentencias judiciales donde el respaldo llega a ser una poesía.

20. *Religioso*

Hay derecho en ciertas sociedades que cuentan con elementos específicamente religiosos en tanto resultan asumibles desde una cierta fe o revelación. Más allá que en nuestro ámbito cultural no es común apelar a dogmas o consideraciones estrictamente religiosos, existen sin embargos ciertos problemas en los que inevitablemente aparece esa dimensión que se acepta como algo dado o creído sin sometérsele a un análisis racional, por ejemplo en los casos de testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusión de sangre o cuando se ha invocado cierta convicción religiosa para justificar la objeción de conciencia o para incumplir con cierta exigencia legalmente establecida.

21. *Científico no jurídico*

No se trata estrictamente de un argumento jurídico dado que su objeto lo constituye información proporcionada desde afuera del derecho y con el aval que proporciona alguna disciplina científica, sin embargo, su juridicidad es claramente accidental en función de que es usado por los juristas y a los fines de resolver un problema de esa índole. Pensemos en las demandas de filiación cuando se trae a colación el informe de histocompatibilidad aportado al proceso como justificativo de acoger dicha acción, en la pericia que determina una enfermedad o en la que establece el nivel de ruido ambiente en un establecimiento industrial.

22. *Empírico, probatorio o fáctico*

Aparece cuando se aduce como argumento el material probatorio acumulado, como por ejemplo testimonios, documentos, etcétera, y si bien en un sentido amplio tendríamos que incluir aquí las pericias, pensamos que cuando éstas tienen un valor definitorio (por ejemplo pruebas de ADN) pasaría al tipo de argumento anterior. El discurso del abogado y del juez necesariamente se nutre de argumentos tomados de la prueba incorporada al proceso, pero también este argumento se hace presente cuando se apela a máximas de experiencias o presunciones *hominis*. En definitiva, este argumento resulta imprescindible para la justificación de las premisas o enunciados fácticos que forman parte del discurso jurídico.

23. *Conceptual o definicional*

Es el argumento que consiste en definir un cierto término y a partir de esa definición se argumenta para establecer o proponer una determinada solución. Somos conscientes que hablando en un sentido estricto este argumento puede ser absorbido por el argumento lingüístico o el autoritativo, sin embargo, dado la relevancia que tienen las definiciones y los conceptos en el derecho nos parece que es conveniente su señalamiento separado. Recordemos que Alchourrón-Bulygin entre los distintos elementos que reconocen en un sistema jurídico están precisamente los “enunciados no normativos pero que influyen en los efectos normativos

de otros enunciados”, y el ejemplo más importante lo constituyen las “definiciones o postulados de significación”.

24. *Pragmático*

Si quisiéramos vincularlo al modelo decimonónico este argumento se conecta con la tesis comprendida en el postulado del legislador racional de que éste no hace regulaciones inútiles o ineficaces, por ende, debe favorecerse que lo dispuesto efectivamente rija o se aplique. Debemos confesar nuestras propias dudas al incluir expresamente este argumento dado que pensamos que fácilmente se puede considerar incluido en algunos de los ya considerados o funciona subsidiariamente de otros, es que en definitiva, se privilegian las alternativas de facilitar la operatividad de la regulación en la medida que ella resulte valiosa (en Perelman aparece fuertemente conectado con el argumento consecuencialista).

V. TIPOS O CLASES DE ARGUMENTOS

La variedad de los argumentos señalados precedentemente —insistamos: sin pretensión de exhaustividad y la posibilidad de la absorción entre ellos— pueden ser agrupados en base a múltiple criterios como los siguientes:

1. En sintonía con una clasificación más clásica de la razón desde la que se justifica, podrían clasificarse entre: *a)* argumentos teóricos (por ejemplo matemáticos); *b)* argumentos prácticos: procedimentales (por ejemplo debido proceso) o sustanciales (dignidad humana), y *c)* técnicos (para alcanzar un cierto fin).
2. Habermas habla de argumentos morales, éticos y pragmáticos.
3. Kalinowski: *a)* argumentos de coacción o lógicos; *b)* argumentos de persuasión o retóricos, y *c)* propiamente jurídicos: presunciones, ficciones, etcétera.
4. Atienza propone una interesante clasificación de esquemas argumentativos que conforme a la ambigüedad y extensión del tema puede abarcar a los mismos argumentos: *a)* subjuntivo, *b)* finalista y *c)* ponderativo.

5. Argumentos: *a)* propiamente jurídicos en tanto se generan o apelan a cuestiones directamente vinculadas con las conductas obligatorias, prohibidas o permitidas (un contrato abusivo), y *b)* jurídicos por accidente en tanto se generan fuera del derecho pero se lo usa con un propósito jurídico o por un jurista (un informe de ADN).
6. Argumentos o razones: *a)* de autoridad; *b)* materiales; *c)* críticas; *d)* interpretativas, y *e)* fácticas (Summers).
7. Argumentos vinculados a las premisas regulatorias y a las premisas fácticas.
8. Argumentos perentorios y no perentorios o *prima facie*.
9. Argumentos derrotables o no derrotables.
10. Argumentos principales o auxiliares.
11. Argumentos completos o incompletos.
12. Argumentos *prima facie* o definitivos.
13. Argumentos necesarios, posibles o imposibles.
14. Argumentos formales o sustanciales.
15. Argumentos sinceros o hipócritas.
16. Argumentos evidentes o no evidentes.
17. Argumentos originarios o derivados.
18. Argumentos consensuado o no consensuado.
19. Argumentos decisivos o irrelevantes.
20. Argumentos consolidados o inéditos.
21. Argumentos sectoriales, sistémicos o metasistémicos o universales.
22. Argumentos obligatorios o disponibles.
23. Argumentos correctos o incorrectos.
24. Argumentos deductivo o no deductivo.
25. Argumento valioso o disvalioso.
26. Argumentos válidos o vigentes, etcétera.

VI. METAARGUMENTOS O DIRECTIVAS

Uno de los problemas que enfrenta la argumentación jurídica es que ofrece al jurista una nómina extensa de argumentos, pero el uso de ellos suscita una gran variedad de problemas, entre los cuales destaquemos: ¿cuántos y cuándo hay que usar en cada caso?, ¿cómo se establece el peso de ellos?, ¿qué jerarquía tienen dentro del mismo discurso?, ¿qué exigencias de coherencia deben satisfacerse?, etcétera. Precisamente, en orden a

este campo de problemas generados en el uso de los argumentos apuntan las teorías sobre la argumentación jurídica, en tanto ellas tienen por objeto explicar, regular y orientar el uso de esos argumentos. El que argumenta lo hace a partir de una cierta teoría del derecho —aunque no sea consciente de ello— pero lo que necesita inexorablemente para usar aquellos argumentos es de ciertas directivas o metaargumentos que orienten su trabajo argumentativo en orden a lograr que el mismo se cumpla de la mejor manera. Si bien una teoría de la argumentación desborda esa temática, ésta constituye habitualmente el corazón de la misma. Recordemos algunas exigencias referidas a la argumentación jurídica-judicial que regulan a la misma desde un plano general o sin entrar al contenido de los argumentos. Sin pretensión de exhaustividad indiquemos las siguientes:

- 1) saturación: deben apelarse a la totalidad de los argumentos disponibles;
- 2) ponderación: los argumentos tienen un peso abstracto y también uno concreto (Alexy);
- 3) universalización: lo que se resuelve para el caso vale para todos los casos análogos;
- 4) consistencia: no se debe entrar en contradicción con la práctica argumentativa de la comunidad jurídica profesional en la que se argumenta;
- 5) coherente: narrativamente y con los usos lingüísticos de la comunidad;
- 6) persuasiva o aceptable: no basta utilizar los argumentos disponibles sino expresarlos de la manera más persuasiva;
- 7) eficacia: los argumentos deben orientarse al problema que se pretende responder y resultarse eficaces para resolverlo;
- 8) sincera: el que argumenta debe intentar o contar con la motivación de hacer justicia a través del derecho (Habermas);
- 9) controversial: el que argumenta no debe perder de vista que está inmerso en un diálogo en donde se hace prevalecer algún punto de vista sobre el otro;
- 10) valiosa: la elección entre las respuestas disponibles debe ser la que se considera la mejor, pues no da la misma cualquiera de ellas;
- 11) lógica: sin violar las reglas de la misma.

Además de estas directivas o metaargumentos jurídicos genéricos, es posible delinear otros más específicos para ciertos campos del derecho, como por ejemplo para el derecho constitucional. De ello nos ocupamos en un trabajo que precisamente lleva por título “Directivas de la Interpretación Constitucional” y que ha sido publicado en México⁴ por lo que no afrontaremos a esa cuestión. Como se podrá comprobar esas “directivas” son orientadoras del argumentador que tiene que construir su discurso apelando a los argumentos disponibles. Nos limitamos en esta oportunidad a remitir al mismo recordando solamente esa nómina de las directivas:

1. Optimización de la eficacia jurídica de la Constitución;
2. La sistematización de la Constitución;
3. La Constitución como parte del sistema jurídico;
4. Fidelidad no estática al poder constituyente;
5. Contenido y proyecciones políticas;
6. Contenido axiológico;
7. *Self-restraint*;
8. Fundamentación apropiada y trascendencia de los considerandos o fundamentos;
9. Apertura al derecho comunitario e internacional;
10. Medir las consecuencias del resultado interpretativo, y
11. Estabilidad relativa de los precedentes constitucionales.

VII. LOS ARGUMENTOS COMO FUENTES DEL DERECHO

El tema de las fuentes del derecho asumió con el Estado de derecho legal no solo características especiales sino adquirió enorme relevancia y trascendencia. El mismo Savigny advierte la decisividad del cambio y lo señala:

La enumeración de las fuentes del derecho, tal como se encuentra en varios pasajes de los jurisconsultos romanos, no se funda en ninguna idea sistemática... La enumeración (de las fuentes) que, por lo demás, responde perfectamente al espíritu práctico de los romanos, servía al juez de indi-

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa.

cación para saber en dónde había de encontrar los medios para resolver una cuestión de derecho.⁵

Así por vía de los Códigos se instituye autoritativamente una teoría de las fuentes reducida o centrada en la jerarquía de la ley, en tanto —como sin ambages lo afirmará Windscheid—: “Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho” (Zuleta 107). Por ende, sólo el Poder Legislativo y la manifestación de su voluntad (la ley) tiene capacidad para establecer el derecho, encomendándole a los jueces para que lo apliquen estrictamente y al poder administrador para que lo ejecute y reglamente sin alterarlo.

Por supuesto que la aparición del Estado de derecho constitucional y democrático ha implicado la crisis radical de aquella teoría y no obstante el mantenimiento de la misma en los códigos, se ha ido configurando una práctica jurídica muy distante de la misma. La realidad jurídica demuestra una crisis de la ley vinculada a una presencia del derecho más allá de la ley que se encuentra en buena medida en principios y valores cuyo reconocimiento no depende ya de los Estados soberanos y cuya vigencia se encomienda en última instancia a jueces, pero a su vez ese pluralismo jurídico también se genera por debajo del Estado en tanto la asume la sociedad y sus integrantes sectoriales o individuales. En términos de teorías jurídicas nos parece atinada la conclusión sintética de Antonio E. Pérez Luño: “el positivismo entraña una concepción formalmente monista y vertical del sistema de fuentes del derecho en función de la ley, y el realismo implica, de hecho, un monismo centrado en la actividad judicial; el iusnaturalismo responde a un enfoque pluralista y horizontal de las fuentes del derecho”.⁶

En definitiva, se impone hoy reformular una teoría de las fuentes que resulte más funcional —explicativa y orientativa— de esa nueva realidad que algunos llaman premoderna en tanto retoma para Europa continental muchas características de la etapa anterior a la codificación y la teoría decimonónica. A ese respecto, nos parece que el ámbito de la argumentación o la racionalidad del derecho como así también el momento final que se le asigna al Poder Judicial en esa tarea de determinación del derecho son dos datos decisivos para responder a la pregunta de dónde y cómo hay que ir a buscar

⁵ *Sistema de derecho romano actual*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, t. I, p. 122.

⁶ *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, 1993, p. 52.

el derecho. Aún cuando pueda entenderse como algo exagerado o reductivo hablar del derecho como un “concepto interpretativo” (Dworkin), lo cierto es que de ese modo se pone de resalto que el derecho no es una realidad para ser contemplada y descripta sino que requiere del saber prudente que lo vaya determinando en función de circunstancias históricas cambiantes, y además, para que esa determinación sea propiamente humana y al servicio de la sociedad y sus integrantes se requiere que resulte de un discurso dialógico argumentativo.

Conforme al desarrollo precedente no puede sorprender la conclusión acerca de la posibilidad de asimilar los “argumentos” con las “fuentes del derecho”. A ese respecto, apelamos a una tesis sustentada por Aarnio a partir de la cual puede reconstruirse la definición de las fuentes del derecho como: “argumentos utilizados por los jueces a los fines de dictar sentencias válidas”. De ese modo se reconstruye ese concepto y se vincula a la repuesta que se le requiere o debe dar el jurista en torno a un problema jurídico concreto, y precisamente, él va a buscar respuestas justificadas racionalmente cuya “fuerza” dependerá de la calidad de los argumentos aducidos a su favor. Por supuesto que las fuentes del derecho o los argumentos no sólo se emplean por los jueces, pues también los legisladores, los constituyentes, administradores, empresas, sindicatos, etcétera, recurren a ellas cuando crean derecho, pero para conocer la nómina de las mismas en esa particular sociedad corresponde ir a los tribunales que tienen la función encomendada por la ciudadanía de decir el derecho en última instancia.

Varias observaciones y precisiones orientadas a evitar malas interpretaciones de aquella definición: *a)* los argumentos no están “inventados” por los jueces sino que están disponibles para ellos, amén de que hay también argumentos indisponibles y también otros a los que necesariamente según el caso debe recurrirse; *b)* la apelación a “argumentos” y conforme lo ya señalado, nos instala en el campo de lo racional; *c)* los argumentos posibilitan sentencias válidas o sea conformes al sistema jurídico al que se incorporan y excluye la posibilidad —atento a la presencia de la razón— de una disvaliosidad extrema en el mismo; *d)* la nómina de los argumentos se va estableciendo por la jurisprudencia constitucional que tiene la última palabra acerca de cual es el derecho vigente en esa sociedad, y *e)* si bien la jurisprudencia constitucional cumple un papel autoritativo en la nómina de los argumentos,

la comunidad de los profesionales del derecho tiene un papel insustituible en orientar o validar aquella nómina.

Si repasamos la nómina de los 28 argumentos indicados arriba cabe precisar que no todos son “fuentes del derecho” en un sentido estricto. A ese respecto advirtamos que los mismos pueden clasificarse al menos distinguiendo tres grupos: *a)* argumentos que constituyen en sí mismos o permiten derivar de manera directa una respuesta deóntica o una regla para las conductas jurídicas implicadas en el caso (autoritativo, principialista, axiológico, doctrinario y jurisprudencial); *b)* argumentos que operan auxiliariamente en la justificación de una respuesta deóntica o una regla para conductas jurídicas (consecuencialista, genético, lingüístico, lógico, analógico, *a fortiori*, apagógico, a contrario, sistemático, teleológico, sociológico, comparativo, histórico, retórico, religioso, conceptual y pragmático), y *c)* argumentos que sólo justifican enunciados fácticos en orden a acreditar la verdad —como correspondencia— de los mismos (científico y probatorio o fáctico). A tenor de dicha clasificación no caben dudas que el primer grupo de cinco argumentos asume el rol estricto de fuentes del derecho en tanto de cualquiera de ellos es posible que el jurista obtenga de manera directa o más o menos fácil respuestas jurídicas concretas en torno a lo que está jurídicamente prohibido, permitido u obligatorio; pues en cada uno de ellos el jurista puede identificar una regla o explicitarla directamente. En cuanto al segundo grupo de veintiún argumentos serían fuentes del derecho en un sentido amplio o lato en tanto ellos se hacen presente en el discurso argumentativo en orden a posibilitar o justificar una respuesta o una regla jurídica que defina el estatus deóntico jurídico en torno a una cierta conducta; no constituyen por sí mismos dichos argumentos la respuesta o la regla sino que se usan como medio para justificar o posibilitar su determinación; ellos resultan materiales disponibles en manos del jurista para alcanzar la respuesta o la regla pretendida pero sólo con ellos ninguna respuesta podría lograrse. Finalmente, el tercer grupo de argumentos no son en ningún sentido fuentes del derecho dado que ellos no aparecen en el discurso argumentativo vinculados a las premisas regulatorias sino a las premisas fácticas, descriptivas o asertivas en orden a establecer la verdad de los enunciados fácticos postulados.

VIII. INCORPORACIÓN DE LOS ARGUMENTOS AL DERECHO VIGENTE

Habiendo identificado las fuentes del derecho con la nómina de los argumentos empleados judicialmente, y especialmente aquella presente en la jurisprudencia constitucional, corresponde preguntarnos por el valor de esos precedentes en donde están aquellos argumentos o cómo se incorporan los mismos al derecho vigente o qué consecuencias trae aparejados el usar o no la nómina de argumentos. El modo sintético de responder a esas preguntas puede ser diciendo que los argumentos —especialmente aquellos que son o aparecen respaldando ratio *decidendi*— quedan formando parte del derecho vigente y, por ende, disponibles a ser aplicados por los operadores del derecho.

Por supuesto que puede ocurrir que sean usados o no dichos argumentos, pues normalmente ocurre que en el derecho vigente sobre el mismo problema están disponibles distintas respuestas y/o argumentos, incluso algunas a fuerza de no ser usadas terminan desapareciendo de aquel derecho. Asimismo ello puede explicarse también con la clásica terminología de las fuentes del derecho, de manera que frente a los mismos casos —lo que se constata fácilmente en la jurisprudencia— los juristas buscan las respuestas —algunas veces coincidentes o contradictorias— en las mismas. A ese respecto será la fuerza de los argumentos o las directivas sobre argumentación o meta-argumentos la que guiarán la selección de los juristas en orden a lograr que racionalmente triunfe su propuesta de respuesta en el diálogo jurídico que suscitan los casos. Yendo específicamente al ámbito judicial el propósito de validar una respuesta o promover su seguimiento estará ligada a la nómina de argumentos como a las directivas aludidas.

IX. PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN O ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Se ha debatido sobre la misma, y así algunos la consideran igual a la legal, un autor tradicional de esa perspectiva es Forsthoff y aquí en México la ha defendido Rolando Tamayo. Sin embargo, parece predominante la opinión que reconoce diferencias o subraya sus peculiaridades, aunque están los que hablan de diferencias meramente cuantitativas y otros que destacan diferencias cualitativas.

Por nuestra parte nos inscribimos entre aquellos que además de coincidencias se encargan de reconocer especificidades y diferencias que van desde aquellas meramente cuantitativas hasta las cualitativas. A ese respecto, nos parece importante reconocer que tales diferencias pueden ser :

Por el objeto: la Constitución si bien es derecho su contenido lo desborda hasta contener el ethos de esa sociedad en la que rige (Nino, Dworkin), pero, además, su especificidad viene ligada también por su autor, su estructura y pretensión de permanencia.

Por los sujetos: ésta es una diferencia contingente en tanto hay sistemas que le encomiendan a ciertos jueces especiales su aplicación jurídica, de todas maneras recordemos que en la perspectiva alexyana resulta más confiable el derecho surgido del Tribunal Constitucional respecto al Parlamento en función de las posibilidades de generar un mejor dialogo racional.

Por el modo de operarla: su particular contenido caracterizado por principios o valores (recordemos que Zagrebelsky asimila la norma con la ley y a los principios con la constitución) requiere del operador determinadas directivas o metaargumentos (especialmente ponderación) y consiguientemente, una particular teoría argumentativa.

Por las proyecciones o efectos del resultado argumentativo: si al operar la Constitución en orden a su concreción o resolución de problemas jurídicos por medio de respuestas formuladas con argumentos obtenidos de ese material jurídico, de algún modo alteramos o enriquecemos al derecho vigente y a la respectiva teoría argumentativa, deben destacarse las consecuencias transversales o invasivas que conlleva esa argumentación constitucional, pero además su contenido moral y político trasciende a esos campos como ningún otro resultado argumentativo, y

Por el tipo de sentencias o cómo se dice el derecho: recordemos la gran variedad y especificidad de esas sentencias constitucionales, tales como las: interpretativas, aditivas, admonitorias, las que declaran la inconstitucionalidad pero no la validez, etcétera.

X. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN COMO ELEMENTO DINÁMICO DEL SISTEMA JURÍDICO

Según Alexy una caracterización completa de los sistemas jurídicos debe identificar, por un lado, las reglas y los principios, pero estos dos tipos

de normas constituyen los elementos estáticos de aquéllos, por lo que una visión completa del sistema debe computar la teoría de la interpretación o argumentación conforme a la cual se operan aquellas especies de normas, por lo que la misma resulta ser el elemento dinámico del sistema. De esa manera todo sistema jurídico define —explícita o implícitamente— una teoría o un modo conforme al cual se auspicia o se obliga a que se operen las reglas y los principios. Esa teoría se configura en una especie de matriz en donde se construyen o descubren las respuestas y los argumentos jurídicos que necesitan los casos que se llevan a los juristas. Las reglas —normas y principios— son elementos o materiales jurídicos que funcionan como fuente de respuestas jurídicas según los consejos o mandatos incluidos en la teoría de la interpretación o argumentación propia de ese sistema jurídico. Desde esa perspectiva si reducimos el conocimiento del sistema a sus elementos estáticos, pero ignoramos cómo hay que operarlos para inferir o construir con ellos respuestas jurídicas, estaremos —en tal supuesto— imposibilitados de operar como jurista en dicho sistema. Es probable que teniendo esa visión estática o fotográfica del sistema estemos en condiciones —en algún sentido— de enseñar o describir al mismo, pero si carecemos de la visión dinámica o la película del sistema no podremos ejercer ninguna práctica jurídica, como por ejemplo aquella que despliegan abogados o jueces. De esa manera, a igualdad de normas y principios pero diferente teoría interpretativa o argumentativa, las respuestas que en aquellas encontrarán los juristas serán diferentes. Si cambiamos las reglas pero no la teoría con las que las operamos, lo más probable —como ha ocurrido en variadas circunstancias— es que ésta torne ineficaces a las nuevas reglas porque terminarán operándose como las antiguas.

El derecho y la cultura jurídica configurada en Europa en el siglo XIX obviamente que no fue una excepción a aquella caracterización alexyana del sistema jurídico, y así en los libros primeros del Código Civil se definió la teoría de la interpretación jurídica, además de las indispensables definiciones que ella requiere, tales como un concepto de derecho, un sistema de fuentes del derecho, el alcance de la jurisprudencia, etcétera. Sin embargo, ahora se levantan muchas voces, especialmente de constitucionalistas —Lucas Verdú, Crisafulli, Pizoruzzo, etcétera— reivindicando el contenido de aquellos libros primeros como materia constitucional. Es cierto que si algún espacio del derecho vigente hay que reconocerle competencia para aquellas definiciones, ése es el derecho constitucional; pues

le corresponde al *higher law* establecer: cuál será el “poder” de los jueces; si se prescribirá una visión sistémica del derecho en cuyo seno se definirá la validez de las reglas; si la nómina de las fuentes del derecho será exhaustiva y girará en torno a la ley. Quizá pueda explicarse aquella pretensión del codificador civil a partir de la no juridicidad de la Constitución europea decimonónica, pero todo ello hoy —en tiempos del Estado de Derecho constitucional y de democracia sustancial— nos resulta como absolutamente alejado de la realidad.

En efecto, es en la Constitución el espacio del derecho vigente en donde deben generarse aquellas definiciones genéricas y específicas constitutivas de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica que se prescribirá o aconsejará a los juristas que operarán ese particular sistema jurídico. En el derecho constitucional se define medularmente las características centrales de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica vigente para ese sistema jurídico y, a su vez, es la teoría de la interpretación o argumentación constitucional el campo privilegiado para conocer las grandes líneas de esa teoría con la que se operará todo el derecho vigente, más allá de peculiaridades. La pregunta acerca de cómo hay que operar con y desde un cierto sistema jurídico debe dirigirse —reiterémoslo— centralmente a los constitucionalistas, y es analizando el trabajo específico de éstos donde se definirán las características centrales de la teoría de la interpretación o argumentación jurídica general aceptada o aconsejada para ese sistema. Es cierto que luego habrá adaptaciones para problemas o ámbitos específicos, como por ejemplo: la interpretación de los testamentos, de los tratados, de las normas impositivas, etcétera, pero primero debe reconocerse en el campo de la jurisprudencia constitucional la teoría de la interpretación o argumentación jurídica genérica o a secas de ese sistema jurídico, con su teoría del derecho incluida implícitamente. Así estudiando aquella podrá reconocer si puede operarse el derecho con argumentos axiológicos, argumentos comparativos, argumentos doctrinarios, etcétera, y también saber que directivas o metaargumentos pueden emplearse respecto a la variedad y tensiones entre los argumentos jurídicos disponibles. La interpretación o argumentación jurídica es un problema en el que está implicado todo jurista, pero para su dilucidación requiere introducirse al ámbito del derecho constitucional y de la interpretación o argumentación consitucional.

XI. FUNCIONES DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN O DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Dicha teoría cumple importantes e indispensables funciones para el derecho y los juristas, y al respecto nos parece importante señalar las siguientes:

La primera ya está mencionada, pues ella implica establecer la nómina de las fuentes del derecho, o sea los materiales o argumentos con los que los juristas podrán brindar sus respuestas jurídicas, e incluso podríamos decir que el derecho finalmente es un concepto interpretativo (Dworkin).

La segunda: ella cumple la función de validar a la regla jurídica en tanto ésta resultará correcta e integralmente justificada y, por ende, logrará que se incorpore al derecho vigente sea como disponible u obligatoria.

En tercer lugar, se posibilita el control de la decisión jurídica, en tanto habilitará a su crítica por considerarse que resulta inconsistente, insuficiente, irracional, etcétera, pues si la decisión no cuenta con argumentos no hay propiamente posibilidad de crítica.

En cuarto lugar, se enriquece el derecho en cuanto alcanza su máxima determinación al brindarse una respuesta jurídica a un caso concreto, pues el derecho es dicho en su máxima concreción y así sabremos mucho mejor cuales son nuestros derechos y deberes.

En quinto lugar, se humaniza o moraliza el derecho dado que la autoridad intenta dar las razones por las cuales se niega un derecho o se impone un deber; ya no se justifica invocándose meramente su origen o por silogismos asépticos, sino mostrando los argumentos que la justifican y apelan a la razón del destinatario para logra su aceptación.

En sexto lugar, fomenta la estabilización del derecho en tanto si la decisión cuenta con razones suficientes y sólidas es probable que se reitere el criterio, favoreciendo la previsibilidad.

En séptimo lugar, se favorece una cierta pedagogía jurídica en función que el destinatario de la decisión conoce no sólo lo que debe hacer sino de dónde se infiere o cuánto respaldo tiene ese deber o derecho.

En octavo lugar, el derecho operado racionalmente se impregna de racionalidad, lo cual favorece el trabajo de los teóricos del derecho cuando deben explicarlo o comprenderlo.

XII. UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DESCRIPTIVA O NORMATIVA

En buena medida a instancias de las teorías iuspositivistas, especialmente analíticas, se ha asociado el saber con la descripción dado que ésta es el ámbito propio de la ciencia, mientras que la perspectiva normativa se remite a lo axiológico, o sea, a lo irracional; el científico —sentenció Austin— se limita a exponer diciendo como son las cosas y no es su tarea la de censurar diciendo lo que está bien o mal. Resultan procedentes traer en este punto a colación las críticas que Nino llevó a cabo contra los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Alchourron y Bulygin en tanto ellos no sólo resultaban poco fructíferos para los juristas, eludiendo preguntas habituales que planteaban los juristas, sino que se privaban de formular propuestas de mejoras del mismo, como las interpretaciones de *lege ferenda*.

A ese respecto nos parecen atinadas las consideraciones que formula Finnis en tanto que la mejor descripción necesita de elementos valorativos, así la mejor descripción de un partido de fútbol es aquella que reconoce entre una buena, regular y mala jugada. Sin perjuicio de esa dimensión valorativa o prescriptiva que conllevan las teorías en el campo de las “cosas humanas” (Aristóteles), ella requiere de la realidad dado que los juicios jurídicos no pueden formularse sin el conocimiento de lo empírico e histórico. Es interesante para aventar, sobre todo, ciertos prejuicios apelar a la autoridad de Tomás de Aquino cuando hablando de la ley —aunque podría extenderse a cualquier otra formulación normativa— advierte que ella no está para prohibir todos los vicios ni prescribir todas las virtudes, atento a que debe establecerse a tenor del tono ético vigente en esa particular sociedad. Una vez más lo aconsejable es recurrir a la aludida razón prudencial sin incurrir en un universalismo irreal ni tampoco en un casuismo no crítico, pues ella tiene criterios proporcionados por la antropología que enseña los bienes que el derecho debe favorecer o promover en la vida social pero que deberán proyectarse en un tiempo y lugar determinados.

XIII. LA ARGUMENTACIÓN Y LA RAZÓN PRÁCTICA

Siendo la argumentación el uso de argumentos proporcionados por la razón a los fines de justificar una respuesta jurídica en un problema discutible o no evidente cuyo objeto es definir el estatus deóntico jurídico de una conducta, es claro que ella implica algún reconocimiento a la razón práctica en tanto se confía en que el campo de las conductas huma-

nas es propicio para una elección racional o cognoscitiva en términos de lo mejor, lo más bueno, justo o correcto. Cierta cognitivismo y objetivismo ético está implícito en aquellos que postulan la argumentación jurídica (Atienza), o sea que el jurista cuando decide lo hace de manera racional y está en condiciones de justificar con razones a esa decisión. Consiguientemente, aquellos autores que rechazan la razón práctica —como Kelsen o Ross— o desconfían de la misma —como los críticos— y se limitan a reconocer en los actos interpretativos puros actos de voluntad o decisión, pues así están impedidos de defender una teoría argumentativa, o a lo sumo ella quedará reducida a pura fachada o retórica en búsqueda de la persuasión, la dominación o el uso político. También los que defienden o pretenden una teoría de la interpretación reducida a una tarea meramente lógica o formal —desde los exegetas franceses hasta los ius-informáticos decisorios pasando por Bulygin o Alchourrón— no se entusiasmarán por la razón práctica dado que su objeto queda remitido —en la opinión de ellos— al emotivismo o la irracionalidad.

Pero entre los autores que avalan algún tipo de razón práctica hay distintos niveles de confianza en la misma. Así, Dworkin confía en que el juez Hércules alcance una respuesta correcta en cada caso, de ahí la acusación que le formula Aarnio de ultra racionalista. Alexy opta —en opinión que compartimos con algunas precisiones— por la tesis de la respuesta correcta como “idea regulativa” en tanto ella orienta al esfuerzo del operador del derecho aunque no tenga certeza absoluta cuando la alcanza. De todas maneras en sintonía también con Alexy, cabe agregar que si bien la teoría argumentativa se mueve en un terreno dialógico y de lo verosímil y probable, ella permite establecer el campo de lo racionalmente posible, lo racionalmente necesario y lo racionalmente imposible. Dicho esto de otra manera, la razón práctica permite fijar un límite a las posibles respuestas correctas, y así hay respuestas inequívocamente erróneas, incorrectas o injustas, como también pueden conocerse aquellas respuestas inequívocamente verdaderas, correctas o justas. Fuera de ese campo de la “injusticia extrema” —para seguir con Alexy— o del “coto vedado” —en Garzón Valdez— o de ciertos “bienes humanos absolutos”—apelando a Finnis— hay un amplio campo para la argumentación donde debe confiarse a razones o argumentos que avalen nuestros puntos de vista y sean aceptados por la razón del destinatario convenciéndolo.

La existencia de respuestas concretas o circunstanciadas correctas obtenidas por la razón práctica no implica que podamos demostrarlas en

sentido estricto (de la misma manera que podemos demostrar los grados a los que hierve el agua), pero sí mostrar argumentos o razones que las justifican. Corresponde advertir que ello es posible porque la razón cuenta con algunas verdades prácticas primeras evidentes; un modo rápido quizá de reconocerlas sean identificándolas con los derechos humanos fundamentales universales e inalienables. Compartimos en este punto lo que enseña uno de los últimos trabajos de Alexy donde responde negativamente a la posibilidad de hablar de derechos humanos sin ningún presupuesto metafísico. Los mismos tratados internacionales de derechos humanos están formulados con conceptos que remiten a una convicción ética cognitivista y objetivista indisponible, en tanto ellos invocan reconocimiento (no creación) y se los declara universales e inalienables; de ese modo si alguien dispone contra ese núcleo ético indisponible estará comprometiendo la existencia jurídica de eso que intenta hacer surgir al derecho.

Sino habría ninguna posibilidad de establecer algún límite a las respuestas correctas poco sentido tendría hablar de verdad práctica, respuestas correctas verosímiles o probables. Pero como hay verdades éticas primeras y evidentes es posible el esfuerzo de la razón práctica argumentativa prudencial a la hora de pretender respuestas jurídicas plenamente circunstanciadas y concretas. La prudencia en la perspectiva clásica —no en la kantiana— cumplía esa función de puente entre lo universal y necesario, y lo concreto y contingente. Precisamente queremos, inicialmente, advertir que la razón práctica tiene sus primeros principios necesarios, verdaderos y universales conocidos por evidencia analítica (sindéresis), los que en definitiva garantizan la practicidad de cualquier otro juicio, en tanto el objeto de aquellos es prescribir necesariamente el “bien”, o sea “que el bien debe hacerse y el mal evitarse”. Pero el bien que el hombre procura lo hace en el campo histórico y circunstanciado por eso se requiere su determinación por medio de la prudencia. Respecto de ese juicio prudencial ya no tenemos verdades absolutas y necesarias, sino que el mismo se inscribe en el terreno de lo verosímil o probable por lo que el consejo de Aristóteles, Aquino o Finnis es recurrir a “lo más frecuente” y al juicio de los *pronimos o spoudaios*, o sea de aquellos experimentados en la sabiduría del “buen vivir”.

La razón práctica argumentativa jurídica que postulamos es no sólo sustancialmente prudencial, sino que ella requiere de un ámbito dialógico metodológico o procedimental en orden a que por ese camino se alcance la respuesta jurídica concreta al problema planteado. Necesitamos de una

razón práctica “sustancial” y también “procedimental”, y así claramente Finnis se encarga de definir siete “bienes humanos absolutos” pero también nueve reglas del método de la razón práctica que deben seguirse a la hora de establecer —en tiempo y espacio— el derecho justo o correcto. El mejor derecho no sólo transita dentro de ciertos márgenes, sino lo hace respetando ciertas reglas racionales que conducen de la mejor manera al mejor y más humano resultado jurídico. En ese orden de recuperar una razón práctica que es prioritariamente sustancial, pero que, sin embargo, se proyecta al plano procedimental o estructural reivindicando diálogo o intercambio y ponderación puede resultar oportuno el aval de Kalinowski: “las premisas de todos los razonamientos jurídicos ... pueden ser escogidas —y lo son de hecho la mayor parte de las veces— por intermedio de un diálogo, es decir, en el curso de una controversia que regulan la dialéctica y la retórica”.⁷

XIV. DIMENSIONES DEL DISCURSO ARGUMENTATIVO PRUDENCIAL

Ha quedado afirmado en el punto inmediato anterior que la matriz del discurso judicial destinado a resolver o dar la respuesta jurídica a un caso concreto es de la razón práctica prudencial, y por ende, su materia es lo contingente y lo circunstanciado en donde no caben silogismos categóricos para obtener conclusiones necesarias. Nos proponemos en este punto indicar la complejidad de dicho discurso, en donde sin perjuicio de que su matriz será prudencial y jurídica, se incluyen en el mismo distintos razonamientos, argumentos o razones que provienen de distintos ámbitos cognoscitivos. De algún modo en la clasificación de argumentos reseñada en el punto 5 ello ya ha quedado señalado, aunque ahora pretendemos mostrar explícitamente la presencia de distintos tipos de saberes en el discurso argumentativo.

1. *Dimensión autoritativa*

El discurso argumentativo jurídico se construye desde y para un cierto derecho vigente, por ende, el se nutre ab initio de ciertos argumentos que se

⁷ “Le raisonnement juridique: état actuel de la question, bilan et perspective”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, núm. 7, 1972, p. 40.

aceptan simplemente porque han sido establecidos o determinados por las autoridades competentes. En la clasificación de Kalinowski corresponden a los razonamientos o argumentos puramente jurídicos o jurídicos extralógicos basados en presunciones, prescripciones, ficciones, etcétera, establecidas por la ley. Estos argumentos son conocidos especialmente por la ciencia jurídica y más allá de un control racional negativo de los mismos, corresponde que sean aceptados por los juristas que operan en ese derecho.

2. Dimensión axiológica o ética objetiva

Ya hemos advertido que las teorías argumentativas suponen un cierto cognitivismo y objetivismo ético, pero explicitando nuestras convicciones señalemos: *a)* la verdad en el saber práctico no es como en el saber teórico que se establece por la conformidad del entendimiento con la cosa conocida; *b)* obrar bien o conforme a la verdad es obrar conforme a la razón; *c)* todo hombre con uso de razón y experiencia conoce —precisa Finnis—⁸ por evidencia ciertos bienes humanos básicos o primeros principios prácticos básicos que expresan “las formas básicas del bien humano” y que constituyen el sustrato de valorativo de todos los juicios morales”; *d)* el derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover o no perjudicar a esos bienes básicos (una de las nóminas finnisiana es: vida, juego, amistad, razonabilidad práctica, conocimiento, experiencia estética y religiosidad) en los que está comprometido el *human flourishing*; *e)* esos primeros principios son premorales en tanto son los fines básicos de la existencia humana, pero requieren que el hombre con su razón y libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones; *f)* a los efectos de obtener una moral o derecho razonable o correcto Finnis se encarga de precisar nueve exigencias que expresan el método de la razón práctica que conduce a esa finalidad, y *g)* en el plano de los primeros principios cabe hablar de universalidad y necesidad pero ya en las conclusiones que la razón infiere de los mismos se incrementa la practicidad e historicidad del saber y también los riesgos de error.

⁸ Cfr. mi libro *El iusnaturalismo actual* —de M. Villey a J. Finnis—, México, Fontamara, 2003, pp. 105-148.

3. *Dimensión lógica*

Esta ciencia especulativa o teórica debe ser respetada por todo razonamiento en orden a su inteligibilidad y corrección. La llamada “justificación interna” del discurso por Alexy, precisamente apela al respeto de la lógica en las conexiones que se establezcan entre las premisas del mismos. También Kalinowski incluye entre los tres tipos de raciocinios jurídicos a los de “coacción intelectual” o “lógicos”. En definitiva, aquí tenemos la presencia del saber teórico o especulativo en tanto la lógica no tiene por finalidad prescribir o valorar conductas, y consiguientemente, posibilita una certeza absoluta, necesaria o universal sin excepciones.

4. *Dimensión dialéctica*

Recordemos que para el Aquinate al hablar de prudencia puede abarcarse en la misma tanto cuando se “razona basándose en principios necesarios” de ciencias especulativas, o cuando se razona con “verdades probables” formadas de opiniones que “da origen a la dialéctica” o cuando desde “ciertas conjeturas deduce una sospecha o una leve persuasión” que es lo “propio de la retórica” (S. T. II-II, q.48, a.1). Indicamos específicamente esta dimensión para subrayar la necesidad de recurrir dialógicamente en el discurso jurídico a “lo más frecuente” (Aristóteles) o al juicio de los hombres experimentados o sabios; conscientes de que no es posible habitualmente pretender razonamientos necesarios o demostrativos dado que versa sobre realidades contingentes y el silogismo dialéctico (siguiendo la regla que la conclusión no puede ser más fuerte que la premisa más débil) sólo nos brinda conclusiones “probables” (“Tópicos”, Libro I, capítulo I). Sin duda que los aforismos jurídicos son en muchos casos verdades consolidadas en experiencia jurídica muy generalizada que algunos asimilan a tópicos o “lugares comunes” para razonar y justificar.

5. *Dimensión retórica*

Este arte abocado a la persuasión resulta de enorme importancia para el jurista que define argumentativamente una solución jurídica para el caso que lo convoca. Mientras que la dialéctica está vinculada a un diálogo

animado por la búsqueda de la verdad práctica del discurso para el caso, en la retórica el empeño se orienta al persuadir y de ahí la importancia de los sentimientos (*pathé*) y la disposición del auditorio no sólo al comienzo del discurso sino también al momento final del epílogo o peroración. A tales fines es propio de la retórica establecer lo que necesita el rétor para inspirar confianza en el auditorio, lograr que éste se mantenga atento y bien dispuesto, el orden y belleza del discurso, etcétera. La retórica opera como una técnica que usa el rétor para persuadir al auditorio y de ahí la importancia de su adaptación al mismo, aunque destaca Aristóteles que “La retórica es útil porque por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios” (“Retórica”, libro I, 1).

6. *Dimensión científica no-jurídica*

En el discurso se incluyen normalmente afirmaciones o juicios sobre hechos, y es posible arrimar al respecto argumentos o razones provistas desde el campo de las ciencias no jurídicas en orden para demostrar la verdad o falsedad de las mismas. Fundamentalmente a través de peritos se le suministra al argumentador saberes que resultan categóricos o necesarios en tanto avalan la verdad con certeza absoluta sobre proposiciones asertivas. En este terreno la verdad de la que se habla es propia de lo saberes teóricos o especulativos, o sea la teoría de la correspondencia (Taruffo) en tanto que será verdadero el enunciado fáctico en la medida que afirme lo que ocurrió o lo que son las cosas. En definitiva en el proceso se polemiza sobre hechos del pasado y las partes intentan que a través de la prueba se esclarezca cuales de los juicios sostenidos por las partes es el verdadero, debiendo subrayarse —como la sostiene Taruffo— que la verdad es condición de la justicia.

7. *Dimensión técnica o artística*

Entre los saberes prácticos que conducen los comportamientos humanos además del ético está el técnico-artístico, y mientras aquel tiene por objeto dirigir los comportamientos hacia el bien humano éste se ocupa de la producción de cosas no humanas buscando que sean bellas o útiles. Sin duda que el discurso argumentativo judicial tiene exigencias técnicas establecidas por el derecho o la práctica jurídica que deben conocerse pa-

ra que su obra exterior (la sentencia) resulte válida y eficaz, así, por ejemplo, hay una determinada estructura en la decisión, estilos lingüísticos, modos de argumentar, etcétera. No se trata de saber decidir lo justo sino saber plasmarlo en un fallo, y este saber hacer o producir “buenas sentencias” se aprende haciéndolo. Ese saber factible o productor procura la perfección de la obra y por eso es indiferente la calidad moral del que la produce (puede ser un buen pintor quien es una mala persona); además está muy ligado a lo concreto y su adquisición a la práctica, aunque provee una certeza superior a la prudencia, y así mientras que es propio de la prudencia el dudar, aconsejarse o deliberar ello no es apropiado para el artista atento a que sería muy incompetente aquel artista o arquitecto que para interpretar una música o levantar una pared requeriría consejo sobre qué debe hacer (Tomás de Aquino: “El arte no delibera”, *In II Physic*, n. 8). El derecho es un fenómeno cultural fuertemente institucionalizado, y ello conlleva una técnica especial (una técnica legislativa, una técnica judicial, etcétera) que sólo los que lo practican logran familiarizarse con la misma y hacer “buenas” obras jurídicas.

8. *Dimensión prudencial*

Con acierto el Código de Ética Judicial para Iberoamérica define que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho” (artículo 35) pero para ello se requiere que el jurista acierte en la elección racional que le cabe hacer entre las respuestas jurídicas disponibles. Ese acierto en terminología clásica —no kantiana— era el objeto del juicio prudencial que la razón práctica establece en cada caso. El prudente se ocupa de los actos humanos libres y concretos pero no con el objeto de saber sobre ellos en consideración general o universal sobre cuales son buenos o malos, sino con el propósito de conducirlos o definir cuales de aquellos que están disponibles para concretarlos es el más bueno o correcto. El jurisprudente en particular, no es un intelectual del derecho sino un experto en identificar las soluciones posibles y mejores a los problemas que ponen bajo su competencia en orden a conseguir la justicia. Ese saber prudencial (o “recta razón en el obrar”) se nutre principalmente de: *a*) memoria o experiencia (advertía Aristóteles que es posible un joven con dominio de las matemáticas, pero será muy difícil encontrar uno prudente); *b*) circunspección o conoce exhaustivamente las

circunstancias; *c*) docilidad para recibir enseñanza de aquellos más sabios; *d*) precaución para no actuar con ligereza o apresuradamente; y *e*) sagacidad, para responder a lo imprevisto o novedoso. Al tener que decidir sobre lo que alguien debe hacer frente a múltiples posibles y contingentes alternativas, el prudente no pretende conocer demostrativamente y con certeza absoluta, más bien es consciente que se mueve en un terreno discursivo en donde el conocer acentúa al máximo su practicidad (la razón práctica es “cada vez más defectible a medida que desciende a lo concreto”; S. T. I-II, q.94, a.4), y por ello, caben las excepciones y nuevas adaptaciones a las conclusiones racionales y prescriptivas que se alcanzan respecto de un caso particular. Al prudente no se le pide que defina o teorice sobre la justicia o lo que debe hacer en universal el depositario, sino que determine cual es la conducta justa para ese sujeto aquí y ahora.

9. Dimensión ética subjetiva

El discurso argumentativo prudencial escoge racionalmente entre alternativas, pero esa razón tiene vinculación con las disposiciones éticas o apetitivas asumidas por el argumentador. Tan es así que “la rectitud del juicio puede darse de dos modos: uno según el perfecto uso de razón; otro, por cierta connaturalidad con las cosas sobre las que se va a juzgar” (S. T. II-II, q.45, a.3), este último tipo de saber se adquiere con la práctica reiterada de ciertos modos de actuar lo que va tornando fácil y agradable el realizarlo. Aristóteles llama metafóricamente al buen juez “justicia animada” o “encarnada” en tanto cuenta con ese saber “connatural” de justicia a través de una prolongada práctica de discernir con acierto los conflictos jurídicos. En la filosofía clásica la verdad práctica no consistía en correspondencia con la realidad (pues ésta no estaba aún dado que era el acto que debía hacerse) sino en su concordancia con la disposición o apetito recto u orientado al bien del hombre, y así llega a escribir el Aquinate: “el virtuoso es norma en las obras humanas, porque bueno es aquello que apetece el virtuoso” (*In I Sent.*, d.17, q.1, a.4, ad.2). La verdad práctica del juicio prudencial es facilitada por una voluntad que quiere y se orienta al bien (“el bien está contenido bajo la verdad, en cuanto que es una cierta verdad entendida; y la verdad está contenida bajo el bien, en cuanto que es un cierto bien deseado”, S. T. I, q.82, a.4,

ad.1), y así la certeza que provee el juicio prudencial es intelectual pero también afectiva o vital,⁹ por eso quien tiene arraigado los hábitos de la injusticia, cobardía o parcialidad le costará muchísimo el conocer y operar con justicia, valentía o imparcialidad. El *phronimos* que practica el bien cotidianamente no sólo se le facilita el juicio prudente sino —en opinión aristotélica— resulta más creíble en la ciudadanía: “a las personas buenas les creemos más y con mayor rapidez, en general, en todos los asuntos pero principalmente en aquello en que no hay evidencia sino una opinión dudosa” (“Retórica”, libro I, capítulo2).

XV. LAS DEBILIDADES O RIESGOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Ya hemos hablado de las funciones beneficiosas que genera la teoría argumentativa, pero también corresponde señalar sus debilidades y riesgos que le son inherentes. Entre las debilidades o riesgos corresponde indicar las siguientes:

1. *El riesgo de circularidad*

Dado que si los jueces van definiendo las fuentes del derecho, la pregunta obvia es acerca de cual es la juridicidad que constituye a ciertas personas como jueces. Sin embargo, ese problema efectivamente lo afrontan las teorías estrictamente iuspositivistas judicialistas como la de Ross, pero aquellas teorías que admiten la razón práctica y cierta juridicidad dada, intrínseca e indisponible superan la dificultad en función de que el derecho resulta algo constitutivo a la vida humana y social y su institucionalización es simple proyección o concreción de aquella juridicidad primera u originaria.

2. *La escasa atención que se le presta a la argumentación judicial en nuestros ámbitos académicos*

Somos conscientes y lo hemos denunciado con insistencia que nuestro mundo académico sigue enseñando el derecho y la teoría interpretativa de cuño decimonónico. Más aún, los mismos operadores jurídicos repiten las definiciones de aquella matriz pero luego operan el derecho alejado de la misma. A pesar de las dificultades de revertir académicamente

⁹ Ramírez, Santiago, *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1979, p. 198.

aquel paradigma, ello no es imposible y existe abundante desarrollo doctrinario que puede dotar a los operadores de una apropiada teoría que respalde su actuación profesional jurídica. En este punto los posgrados y las escuelas dependientes de los poderes judiciales pueden ser un excelente ámbito para desarrollar esa tarea.

3. *El riesgo de la pérdida de seguridad jurídica*

Dado que las normas jurídicas generales sancionadas y publicadas quedan libradas a la aceptación argumentativa de los jueces, ello suscita una crisis respecto a la seguridad jurídica. Recordemos que la teoría de la argumentación no descarta a las normas sino que ellas quedan incluidas entre otros argumentos aunque sin precisar *a priori* su valor, pero tampoco descartando que tengan una fuerza superior a los restantes argumentos. Por otro lado, pensamos que no es posible alcanzar la prometida seguridad jurídica que venía con el modelo decimonónico, y más bien ese fue un postulado dogmático carente de realismo y de un concepto integral de la validez jurídica. Asimismo, hay una seguridad jurídica que el derecho debe y puede brindar, pero para ello se requiere satisfacer otras variadas exigencias (por ejemplo mejorar las leyes).

4. *La judicialización de la teoría jurídica*

Ya hemos dicho que no se postula una tesis como la del realismo jurídico norteamericano en donde el derecho es lo que los jueces dicen que es, sino que se trata de asumir realistamente y sin dogmas o prejuicios que la institución judicial ha sido diseñada con el poder jurisdiccional, o sea para decir el derecho y decirlo en última instancia, por ende, le corresponde ese papel final y definitorio de muchas cuestiones teóricas y prácticas, entre ellas la nómina de las fuentes del derecho. No se está postulando que la jurisprudencia absorba a todas las otras fuentes del derecho, sino que a ella le corresponde un papel final y definitorio, pero limitado y en algún sentido previsible.

5. *La pérdida de una teoría de las fuentes del derecho propuesta científicamente con pretensiones de universalidad*

Sin perjuicio de que cabe un concepto suficientemente general o universal de fuentes del derecho, pensamos que su nómina o detalle es algo histórico y ligado a tiempo y lugar. Nos parece que esa tesis es empíricamente constatable y la misma incluye identificar reiteraciones y coincidencias en la nómina. De todas maneras para conocer el listado de las fuentes respectiva sólo procede ir a buscarlo en la jurisprudencia, y especialmente en la constitucional.

6. *Las decisiones judiciales libradas a la irracionalidad*

En la medida que ignoremos las teorías de la argumentación y las posibilidades que hoy ofrece la razón práctica tanto procedimental como sustancial, cualquier invocación a valores se entenderá como algo irracional. Sin embargo, es prudente como mínimo antes de rechazar las propuestas en el campo de la razón práctica estudiarlas y apreciarlas sin perjuicio. Señalemos el ejemplo de la teoría alexyana con sus 28 reglas que pretenden controlar procedimentalmente la racionalidad de los juicios prácticos.