

ACTAS DE LA JORNADA

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

*Avances y discusiones en torno a la
argumentación jurídica*

*Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)*

UMSA
UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO




EdUNLPam

ACTAS DE LA JORNADA

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

*Avances y discusiones en torno a la
argumentación jurídica*

*Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)*

Coorganizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de
la Universidad del Museo Social Argentino y la Facultad de Ciencias
Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa

UMSA
UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO



Jornada Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI

Actas de la Jornada Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI : avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica / editado por Juan Pablo Lionetti de Zorzi ; Helga María Lell. - 1a edición especial - Santa Rosa : Universidad Nacional de La Pampa, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

Edición para Universidad Nacional de La Pampa

ISBN 978-950-863-412-2

1. Derecho. I. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo, ed. II. Lell, Helga María, ed. III. Título.
CDD 340.11

AUTORIDADES DE LA EDUNLPAM

Rector

Oscar Daniel Alpa

Vicerrectora

Nilda Verónica Moreno

EdUNLPam

Presidente

Yamila Ethel Magiorano

Director de Editorial

Rodolfo Rodríguez

Consejo Editor de EdUNLPam

Gustavo Walter Bertotto

María Marcela Domínguez

Victoria Aguirre

Ana María T. Rodríguez / Stella Shmite

Celia Rabotnikof / Santiago Ferro Moreno

Lucia Colombato / Rodrigo Torroba

Paula Laguarda / María Silvia Di Liscia

Graciela Visconti / Alberto Pilati

Mónica Boeris / Ricardo Tosso

Griselda Cistac / Patricia Lázaro

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS, UNLPAM

Decano

Mg. Francisco Gabriel Marull

Vice Decana

CPN María Ignacia Monasterio

Secretaria de Investigación y Posgrado

Mg. Lucia Carolina Colombato

Secretario Académico

CPN Fernando Colli

Secretario Administrativo

CPN Mauricio Norberto Ferretti

Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación con los graduados

Abog. Rodrigo Torroba

Secretaria del Consejo Directivo

Sra. Alejandra Angélica Bauman

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UMSA

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Mariano Cúneo Libarona

Vicerrector de Posgrado e Investigación

Dr. Eduardo E. Sisco

Secretaria Académica

Lic. Leandra Martínez Rodríguez

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Santiago Ottaviano

Director de Gestión Académica

Dr. Leonardo Gargiulo

Director del Instituto de Investigación

Dr. Ernesto R. B. Polotto

Directora del instituto de orientación Vocacional

Dra. Roxana Boso

ÍNDICE

SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL POSITIVISMO JURÍDICO POST-HARTIANO.....	2
	<i>Natalia Scavuzzo</i>
LA ARGUMENTACIÓN POR ELUSIÓN: EL CASO DE LA FUERZA ARGUMENTAL DE LA DIGNIDAD	9
	<i>Helga María Lell</i>
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y BIODERECHO	16
	<i>Gabriel R. Juan</i>
ARGUMENTACIÓN Y DERECHOS SOCIALES: OTRA VEZ SOBRE LA RAZONABILIDAD.....	23
	<i>María Carlota Ucín</i>
UN VOTO EN DISIDENCIA EN EL CASO RIZZO	30
	<i>Matías Manuel Ringa</i>
EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE UN CASO DE ESTUDIO	40
	<i>Gisela Ferrari</i>
LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONALMENTE DEFICITARIA: ¿EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN O UNA VÍA ARBITRARIA PARA LA REVISIÓN DE CAUSAS?	51
	<i>Enlil Iván Herrera Pérez</i>
REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO. PERSPECTIVAS Y RETOS EN LA ARGUMENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y RETÓRICA	58
	<i>Christian Norberto Hernández Aguirre</i>
PROBLEMAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	66
	<i>Ricardo A. Guibourg</i>
MI VISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN O ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TIEMPOS DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	73
	<i>Rodolfo Luis Vigo</i>
EN HOMENAJE A DON IMERIO JORGE CATENACCI	78
	<i>Martin Böhmer</i>
LO RACIONAL Y LO RAZONABLE PARA IMERIO JORGE CATENACCI..	85
	<i>Juan Pablo Lionetti de Zorzi</i>
ARGUMENTAR EN TIEMPO DE PLATAFORMAS Y REDES	91
	<i>Alejandro Liberman</i>
UN ENCUENTRO DEFINITIVO.....	99
	<i>Laura Seminario</i>

Cómo citar: Scavuzzo, Natalia (2020). Sobre la argumentación jurídica desde el positivismo jurídico post-Hartiano. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL POSITIVISMO JURÍDICO POST-HARTIANO

Natalia Scavuzzo¹

Resumen

En *El Concepto de Derecho* Hart señala como herramienta metodológica esencial para la comprensión del derecho a la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Esta distinción ha dado lugar a un sinnúmero de debates que han generado grandes tensiones dentro del positivismo jurídico. Si bien la mayor parte de los debates se han centrado en la conceptualización, en la posibilidad de conocimiento y la objetividad del derecho, el presente trabajo busca indagar cómo esta distinción metodológica puede ser particularmente fecunda para la teoría de la argumentación jurídica. Particularmente, se busca destacar la importancia de la perspectiva o punto de vista a la hora de justificar la premisa normativa del silogismo judicial.

Introducción

Es conocido que el positivismo jurídico no es específicamente una teoría sobre la argumentación jurídica. No pretendo aquí debatir cuál es el objeto y los alcances del positivismo jurídico, ni hacer una defensa del mismo frente a otras formas de hacer teoría en el contexto jurídico². Lo que me interesa particularmente, en esta oportunidad, es retomar algunos elementos de la teoría analítica del derecho, que pueden rastrearse hasta la obra de Hart y han dado lugar a importantes debates en la teoría del derecho, que considero centrales para la construcción de una teoría analítica de la argumentación jurídica. Más aun, creo que su análisis puede ser de vital importancia en las reflexiones sobre la argumentación jurídica contemporánea donde podemos evidenciar, por un lado,

¹ Magister en Derecho y Argumentación Jurídica UNC, Argentina. Doctora en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica por la Universidad de Génova, Italia.

² Al respecto, véase, Chiassoni P., *El discreto placer del positivismo jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016.

una fuerte tendencia al naturalismo y, por el otro, a la moralización o totalización de nuestras prácticas argumentativas. Estas tendencias, lejos de aportar a la comprensión y el análisis de nuestras prácticas argumentativas, conllevan el riesgo de oscurecer las premisas de la argumentación y, sobre todo, de presentar como parte de una decisión justificada conforme a derecho a las elecciones discrecionales de los órganos decisores.

En este contexto, la idea central será llamar la atención sobre la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Se sostendrá que un camino fructífero para la teoría de la argumentación es aplicar esta distinción para construir una teoría de la argumentación jurídica analítica, que funcione como una verdadera herramienta para el análisis de los discursos justificativos en el contexto jurídico. Una teoría útil principalmente para controlar la forma de los argumentos, su estructura lógica, y detectar todas sus premisas (explícitas e implícitas). Pero también, una teoría útil para controlar las premisas sustantivas de la argumentación, no determinando ya su bondad, sin explicitando su contenido y los contextos dentro de los que constituyen razones aceptables.

Sobre la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo en Hart

En *El Concepto de Derecho* Hart sostiene que un elemento central para la comprensión de toda práctica social es la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo³. Hart adhiere la concepción según la cual toda actividad o práctica humana que se entienda con sentido es siempre una actividad gobernada por reglas. Para él cuando estamos frente a una regla, por un lado, podemos observar un comportamiento convergente que consiste en el aspecto externo de la regla. Y, por el otro, puede verse una actitud crítica respecto de este comportamiento (aceptación), que se expresa en la justificación de dicho comportamiento y en la crítica a los casos de desviación. Esta actitud crítica constituye el aspecto interno de una regla, propio de quienes ven en el seguimiento de dicho comportamiento un parámetro o pauta que guía y justifica la acción dentro al interior de una práctica social.

Ambos aspectos se reflejan en el uso del lenguaje, ya que es posible, según el punto de vista adoptado, formular enunciados internos o externos. Quien se encuentra en el punto de vista externo en relación a un conjunto de reglas que constituyen una práctica,

³ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

formula enunciados que hacen referencia a hechos de convergencia empíricamente constatables. Mientras que, quien acepta tales reglas formula enunciados internos, cuya corrección dependerá de la aplicación de estas reglas. Hart, por ejemplo, explica que cuando queremos afirmar que una regla pertenece a un ordenamiento jurídico debemos aplicar la Regla de Reconocimiento (que contiene los criterios de pertenencia a un ordenamiento jurídico específico). De esta forma, los enunciados que sostienen que una regla es una regla del sistema son enunciados internos en relación a la Regla de Reconocimiento del sistema en cuestión, son enunciados que implican o presuponen la aceptación de estos criterios de pertenencia.

Aunque las cosas parecen claras, en la teoría del derecho se ha debatido (y se debate aun) arduamente sobre el sentido y propósito de la distinción entre puntos de vista, y consiguientemente qué son y qué significan los enunciados internos y externos⁴. En la teoría del derecho ha sido la interpretación mayoritaria que estos enunciados hacen referencia al uso del lenguaje prescriptivo y descriptivo respectivamente. Sin embargo, otra lectura más sugestiva, más provechosa y, conforme entiendo, más acorde al ánimo filosófico de Hart sostiene que la distinción llama a considerar los contextos en los que los enunciados son proferidos, es decir cuál es el juego del lenguaje que les da sentido. Bajo esta lectura, cuando decimos que un enunciado es interno, estamos haciendo explícito cuáles son las reglas que se aceptan al proferirlo. Estamos indicando cuál es la práctica social, cuál es el contexto de hechos y de reglas, en el cual se le atribuye significado, no, en cambio, su fuerza ilocucionaria (i.e. si se trata de un enunciado descriptivo o prescriptivo)⁵.

La distinción entre puntos de vista tiene su origen en concepción del lenguaje que puede remontarse al segundo Wittgenstein⁶. Según esta el lenguaje es una práctica social reglada y para comprender un lenguaje es necesario aprender a utilizar las reglas que distinguen entre casos correctos e incorrectos de aplicación de términos. Esta perspectiva es tomada por Winch para la comprensión de otras prácticas sociales⁷. A partir de estos antecedentes podemos advertir que todo enunciado o acción tiene sentido solo al interior de una práctica. Por ejemplo, que levantar una mano sea un saludo o que

⁴ Cf. MacCormick N., *H. L. A. Hart*, Marcial Pons, Madrid, 2010; MacCormick N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1978; Raz J., *Practical Reasons and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999 [1975].

⁵ Scavuzzo, N., "Interpreting the legal discourse: Points of view, functions of language and legal sentences" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, Il Mulino, Boloña, 2018.

⁶ Wittgenstein, L., *Investigaciones Filosóficas*, Altaya, España, 1999 [1953].

⁷ Winch, P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Routledge, Londres, 2008 [1958].

mostrar una tarjeta roja signifique la expulsión del jugador del partido. El conocimiento de cualquier práctica (el ajedrez, el fútbol, los sistemas jurídicos, la ciencia, la crítica literaria o gastronómica, el budismo, etc.), en cuanto práctica social, requiere no sólo del conocimiento de ciertos actos, sino de la comprensión del significado que éstos tienen en cuanto parte de estas prácticas. El sentido de los actos y enunciados en toda práctica está dado, *constituido* por un conjunto de reglas (no en un sentido fundacional: las reglas son la explicación y la justificación de los usos que tienen lugar en una cierta práctica). Estas reglas son aquéllas que el emisor sigue al formular un enunciado dentro del contexto de la práctica y que los intérpretes siguen al comprender su significado. Estas reglas no son parte del enunciado sino que son presupuestas. Y, dado que éstas constituyen la práctica, son necesariamente presupuestas. Es por esto que la comprensión de la práctica implica el seguimiento de las reglas que constituyen esta práctica.

De esta forma, determinados enunciados solo tienen sentido en un contexto que les es propio. Esto puede ser útil para mostrar como un enunciado puede adquirir un sentido en un contexto y otro sentido muy diferente en otro contexto. Más aún, un enunciado puede consistir en una afirmación que esté justificada en un contexto, pero que no lo esté en otro. O puede expresar una norma que sea válida en un contexto, pero no lo sea en otro. La distinción entre enunciados internos y externos depende entonces de cuáles son las reglas que se sigue cuando se formula un enunciado (a qué práctica social pertenecen). Esta distinción metodológica está dirigida a explicitar cuál el conjunto presupuesto o usado, y así poder comprender el sentido de un enunciado. Su utilidad es la de poner en contexto las afirmaciones que pueden funcionar como premisas de nuestros argumentos.

La distinción entre puntos de vistas en el campo de la argumentación

Esta particular forma de entender la relación entre el derecho y el lenguaje, puede ser fecunda para el campo de la argumentación jurídica. En un sentido, parece evidente, que una aplicación de lo que he detallado muestra que las reglas específicas del juego de la argumentación jurídica dependerán de cada contexto, de cada cultura jurídica en particular. En algunos casos, dependerá también del área o rama del derecho en cuestión⁸.

Sin embargo, existe otra interesante consecuencia general que se relaciona con la justificación de las premisas del razonamiento en base al derecho. Pensemos, por

⁸ Pensemos, por ejemplo, como el argumento interpretativo de la analogía no es admisible en derecho penal pero sí en otras ramas del derecho.

ejemplo, en el caso más estudiado en este ámbito: la argumentación judicial. Generalmente, en los ordenamientos jurídicos modernos se exige que las decisiones sean motivadas (en el sentido de que deben darse razones que las justifiquen) en base al derecho⁹. El decisor debe argumentar que su decisión es una consecuencia de la aplicación de reglas que pertenecen al ordenamiento jurídico en cuestión. Cuando la decisión no se basa en el derecho tradicionalmente se entiende que las decisiones son el producto de la discrecionalidad del órgano decisor.

En la teoría de la argumentación contemporánea cada vez han tomado mayor relevancia teorías que proponen la coherencia como el elemento central destinado a justificar las decisiones judiciales¹⁰. Diversas versiones del coherentismo defienden que los principios constitucionales (generalmente expresados, en los textos constitucionales, pero no siempre) imponen la coherentización de los sistemas jurídicos¹¹. Sin embargo, la ambición de coherentizar el ordenamiento jurídico es problemática. Pensemos principalmente que, por un lado, en los ordenamientos jurídicos actuales confligen diversos fines y valores, diversas ideologías, lo que se traduce en inconsistencias axiológicas (i.e. que los sistemas no son coherentes). Pero, por otro lado, siempre es posible representarnos situaciones concretas en donde, aun considerando principios comúnmente aceptados, estos entran en conflicto¹².

Las teorías “coherentistas” sostienen que la mejor argumentación es aquella que toma como base el argumento de la mejor explicación. Pero estas teorías no solo sostienen esto, sino que tienden a justificar la bondad de las premisas, es decir que justifican como una premisa normativa estándares que muchas veces dependen de la discrecionalidad del decisor. La teoría de la coherencia justifica decisiones conforme a derecho, pero también decisiones en los casos en que el derecho no establece una solución o establece una solución contradictoria. En estos casos la justificación coherentista permitiría justificar decisiones que exceden la justificación conforme a derecho, ocultando que algunas

⁹ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 231.

¹⁰ Cf. Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993 [1986]; Amaya, A., *The Tapestry of Reason. An inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Hart Publishing, Oxford, 2015; Pérez Bermejo J.M., “Alcune osservazioni sul valore della coerenza nei sistemi giuridici” en *Diritto & questioni pubbliche*, 2007.

¹¹ Ratti, G.B., 2007, “La coerentizzazione dei sistemi giuridici” en *Diritto & questioni pubbliche*, pp. 61-70.

¹² Llamados conflictos de instanciación (o antinomias en concreto), caracterizados por una imposibilidad fáctica, no normativa (como sería el caso de conflictos normativos o de antinomias en abstracto). Al respecto véase Navarro, P., Rodríguez J.L., *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 183.

decisiones son producto de una elección no sujeta a los estándares del derecho, es decir conforme a consideraciones sustantivas que no se encuentran efectivamente justificadas en derecho. Aquí el peligro: en estos casos el recurso a la coherencia parece esconder una forma de retórica argumentativa que disfraza de justificación jurídica a la elección discrecional de una decisión. Esto nos reenvía directamente al problema tradicional de la teoría del derecho de la identificación de los estándares normativos jurídicos y su independencia o no de otros estándares de conducta (a saber, por ejemplo, normas morales).

El riesgo de estas propuestas en el ámbito del razonamiento jurídico es que oscurecen en parte la diferencia entre la justificación de una decisión en virtud de ciertas premisas que se tienen por válidas según ciertas reglas de inferencia aceptadas y la justificación, a su vez, de estas premisas (su bondad)¹³. Es generalmente aceptado que la argumentación judicial puede reconstruirse en dos partes, la justificación interna y la justificación externa de la decisión. Es también aceptado que la justificación externa de las premisas consideradas no es una justificación deductiva. Pensemos por ejemplo en los múltiples argumentos utilizados para justificar las premisas normativas del razonamiento judicial. Entre ellos muchas veces, se alega que es evidente cuál es la norma aplicable, se sostiene que es necesario aplicar un estándar normativo por analogía para colmar una laguna o resolver una antinomia, se construyen normas implícitas, etc. Estos argumentos se relacionan con problemas de identificación e interpretación de las normas jurídicas.

En este paradigma es claro que la justificación interna es lógicamente controlable, mientras que la justificación externa no lo es. La justificación externa de la premisa normativa depende de la identificación de los estándares normativos que se utilizaran para resolver el caso, estándares que son internos a cada práctica jurídica y que, además, son dependientes de cuáles sean las reglas de interpretación e integración en una práctica jurídica dada. Esto hace evidente la existencia de espacio de significado que no puede colmarse en las prácticas sociales cambiantes, espacio en el que los casos se resuelven en base a la discrecionalidad del decisor.

Sin embargo, como vimos, la toma de decisiones en el derecho requiere justificar estas decisiones conforme a derecho. Podemos concluir que aun aceptando la relevancia de la coherencia, esta no justifica de por sí una decisión. Desde ya, sería tal vez una tarea

¹³ Wróblewski, J., *The judicial application of the law*, ed. por Bankowski, Z. y MacCormick, N., Kluwer, Dordrecht, 1992 [1972]; Wróblewski, J., “Justificación de las decisiones jurídicas” en *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001.

insensata buscar la justificación última de los principios últimos de cada dominio, por esto podríamos acordar que lo importante es al menos explicitarlos y reconocer sus limitaciones. Es por esto que en relación a la coherencia es importante explicitar los puntos de vista, los presupuestos, los valores o principios desde donde se identifican normas, se interpretan los hechos y se toman decisiones jurídicas. Lo relevante es explicitar el dominio, es decir con cuáles elementos estamos haciendo coherente nuestra decisión¹⁴.

Desde ya, que considerar y explicitar cuál es el contexto en el que nuestras afirmaciones cobran sentido y, en su caso, validez o aceptabilidad no hará que estas sean de por sí justificadas; pero este es el paso fundamental para que nuestros argumentos sean inteligibles y controlables, para hacer que las prácticas argumentativas sean transparentes. Esto es de esencial importancia en el ámbito de la argumentación jurídica dirigida a la justificación de decisiones judiciales, políticas y administrativas.

Estos son aspectos centrales para poder desarrollar una teoría analítica sobre la argumentación jurídica. Es claro que podría sostenerse que lo apenas expresado es una obviedad, un aspecto trivial. Sin embargo, creo que la potencialidad e importancia de este tipo de análisis se hace evidente frente a algunas propuestas contemporáneas en el campo de la argumentación jurídica.

¹⁴ Cf. Schiavello, A., “Tre osservazioni su Diez Tesis acerca de la coherencia en el derecho”, *Discussiones*, X, 2010., p. 172.

Cómo citar: Lell, Helga María (2020). La argumentación por elusión: el caso de la fuerza argumental de la dignidad. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA ARGUMENTACIÓN POR ELUSIÓN: EL CASO DE LA FUERZA ARGUMENTAL DE LA DIGNIDAD

*Helga María Lell*¹

Resumen

La Corte IDH suele traer a colación la dignidad como un elemento que da fuerza a un argumento. Los estándares de cumplimiento del trato acorde con la dignidad aumentan cuando esta es invocada y también se amplía la esfera de los tratos contrarios a ella. Este trabajo se aboca a los tratos que se condicen o no con la dignidad en el marco del discurso de la Corte IDH. Si bien este órgano usa la noción de dignidad, no la define ni describe características generales. Solo establece cuándo ella es menoscabada. Por esta razón resulta difícil conocer cuándo estamos o no en presencia de un trato que se condice con ella. De esta manera, en realidad, si bien la Corte invoca el respeto a la dignidad como un factor relevante que le da mayor peso a los argumentos, solo se detiene a señalar su contrario: los tratos que contradicen la dignidad.

Así, este trabajo aspira a mostrar cómo la argumentación toma su fuerza de un elemento que está presente como es la dignidad, pero al cual se hace referencia, paradójicamente, a partir de elusiones. A raíz de lo dicho, cabe preguntar: ¿es la fuerza de la elusión un recurso argumentativo? ¿Cuál es la estructura argumentativa más apropiada para dicho recurso?

Introducción

Se cuenta que Protágoras había dado clase de retórica a Evatlo. Como el discípulo no tenía con qué pagar los honorarios docentes, las partes acordaron que la deuda se saldaría

¹ Doctora en Derecho (Universidad Austral), Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa), Maestranda en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Diploma superior en Construcción de Proyectos y Metodología de las Ciencias Sociales (Conicet/Universidad Nacional de La Plata), Abogada (UNLPam). Investigadora asistente de Conicet. Coordinadora de Investigación y Posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Mail: helgalell@conicet.gov.ar

cuando este ganara su primer pleito. No obstante, nunca ejerció la abogacía. Cuando el maestro reclamó el cumplimiento de la promesa, Evatlo respondió que no tendría que pagar puesto que, o bien perdería el proceso y seguiría sin cumplirse la condición, o bien el tribunal decidiría a su favor. Este último supuesto sería muy paradójico dado que tendría que pagar y no pagar a la vez. Dado que el tribunal no pudo resolver la paradoja, no se llegó a ninguna resolución.²

La anterior anécdota ha sido traída a colación para mostrar que la argumentación puede transitar por diversos caminos. Una vía posible es presentar argumentos esclarecedores que aporten pruebas (que suelen ser calificadas como “científicas”), que establezcan un curso narrativo coherente, que presenten razonamientos deductivos de diversa índole o inductivos totalizantes, etc. Otra vía posible es la de lograr una presentación poco clara, a veces hasta paradójica, que, sea la opción que sea, termine en dar un resultado favorable para la posición propia, no por la fortaleza de los argumentos en sí mismos, sino porque existen elementos contradictorios, confusos, circulares, y hasta escurridizos, entre otros. Aquí se intentará mostrar que, en muchas ocasiones, la noción de la dignidad como parámetro evaluativo en relación con ciertos tratos se invoca para incurrir en la segunda vía, en el marco del discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³.

El tribunal antedicho suele traer a colación la dignidad como un elemento que da fuerza a un argumento (usualmente condenatorio de los Estados y, por lo tanto, agravante de la responsabilidad de estos). Los estándares de cumplimiento del trato acorde con la dignidad aumentan cuando esta es invocada y, por lo tanto, también se amplía la esfera de los tratos contrarios a la dignidad que son reprochables internacionalmente. De hecho, en 130 textos la Corte invoca la dignidad para ampliar los derechos de las víctimas y la responsabilidad de los Estados. La falta que resulta condenada parece más atroz cuando contraría la dignidad. No es solo violatoria de un derecho (por ej. la integridad física) sino que también atenta contra una nota esencial de los seres humanos.

Bajo la idea expuesta, en este trabajo me concentraré en los tratos que se condicen o no con la dignidad en el marco del discurso de la Corte IDH (casos

² La anécdota puede encontrarse en Burckhardt, Martin. “Retórica”. *Pequeña historia de las grandes ideas. Cómo la filosofía inventó nuestro mundo*. Madrid: Siruela, pp. 38-42.

³ A efectos de mantener la dinámica expositiva y respetar la extensión debida del trabajo, aquí no se realizarán las citas de los casos de la Corte IDH. Para una discusión detallada sobre las fuentes, contactar a la autora.

contenciosos y opiniones consultivas). Como podrá notarse, si bien este órgano usa la noción de dignidad, en realidad, no la define ni describe características generales de esta. Solo establece cuándo ella es menoscabada. Por esta razón resulta difícil conocer cuándo estamos o no en presencia de un trato que se condice o no con ella. De esta manera, en realidad, si bien la Corte invoca el respeto a la dignidad como un factor relevante que le da mayor peso a los argumentos, solo se detiene a señalar su contrario: los tratos que contradicen la dignidad.

Así, este trabajo aspira a mostrar cómo la argumentación toma su fuerza de un elemento que está presente como es la alusión a la dignidad, pero al cual se hace referencia, paradójicamente, a partir de elusiones. A raíz de lo dicho, cabe preguntar: ¿es la fuerza de la elusión un recurso argumentativo? ¿Cuál es la estructura argumentativa más apropiada para dicho recurso?

La dignidad y los tratos contrarios y acordes

Entre 1982 y 2018, la Corte IDH ha resuelto 372 casos contenciosos y emitido 25 opiniones consultivas. En 179 de estos textos aparece el término “dignidad”. En muchos de ellos, la Corte IDH se aboca a la cuestión respecto de los tratos que son acordes con la dignidad y aquellos que son contrarios a esta. Al respecto, señala que es una obligación de los Estados garantizar la dignidad y que ello implica el deber de respetar (es decir, una obligación negativa) y de adoptar las medidas apropiadas (esto es, una obligación positiva).

En cuanto a los tratos que se condicen con la dignidad, la Corte ha enumerado las siguientes: la mejora de las medidas procesales; respecto de personas privadas de libertad, la prevención razonable de situaciones que puedan lesionar los derechos protegidos; un proceso judicial; cuando por razones de salud y la no existencia de medios para una detención adecuada, se establece un arresto domiciliario; la solicitud y actuación conforme al consentimiento informado. Entonces, del universo de casos, solo podemos extraer 5 ejemplos.

Respecto de los tratos que son contradictorios con la dignidad humana, la Corte se ha detenido con más detalle y ha dado los siguientes ejemplos: en el marco de una detención, el uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el comportamiento de la persona detenida o que no se atenga a motivos legítimos, a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad; la acción por sí sola de meter a un detenido en el maletero, aunque no exista maltrato físico o de otra índole; la incomunicación de una persona por más de

36 días y el aislamiento del mundo exterior; las desapariciones forzadas; las detenciones ilegales; en el contexto de privaciones de libertad: producir ahogamiento, la intimidación con amenazas, las restricciones al régimen de visitas, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en una celda reducida sin luz natural; pésimas condiciones de higiene, dormir sobre periódicos, la falta de atención médica; los azotes, que no se permita trabajar o estudiar o tener alguna ocupación, encierro en celdas muy pequeñas, la desnudez forzada, que los reclusos deban hacer sus necesidades en baldes de recolección, el deficiente régimen de ejercicio, la falta de privacidad, la falta de interacción real (no virtual) con familiares y amigos, la falta de medidas para proteger la integridad física de agresiones de otros presos y guardias, la pena de muerte; violaciones sexuales; tratar a una persona como objeto susceptible de apropiación (en relación con niños y niñas separados de sus padres en el marco de conflictos armados), la entrega de niños a cambio de remuneración u otra retribución; no garantizar el derecho a la propiedad comunitaria que, a su vez, implica privar a los indígenas del acceso a medios de subsistencia tradicionales y a recursos para practicar la medicina según las propias costumbres; obligar a víctimas a cambiar varias horas con las manos amarradas, sin agua y sin alimento; colocarlas en el socavón previo a su eliminación para generar temor, angustia y dolor; y entrenamientos militares que sometan a angustias a los reclutas. Como puede notarse, la casuística es mayor cuando la Corte se detiene a analizar los tratos contrarios a la dignidad.

La primera cuestión para resaltar de lo anterior es que la Corte se detiene más en los casos contrarios a la dignidad que los que son acorde a ella. Ello es natural dada la función de este órgano jurisdiccional cuya intervención se da post violación. La segunda cuestión es que la estrategia discursiva es ostensiva, implica señalar los casos, mostrar dónde se contrarió la dignidad, pero no se explica por qué se ha cometido la falta. En tal sentido, se puede notar que hay cierto recurso a lo evidente. Con solo mostrar el caso, se ejemplifica el trato contrario a la dignidad. La Corte IDH no brinda parámetros genéricos para detectarlos a priori, aunque sí es posible hacer una enumeración de ellos. Los casos son extremos, aberrantes y en los que no queda duda de la afrenta a la dignidad. Ahora bien, cuando no son tan extremos, ¿cómo debe resolverse la duda? ¿Cuál es el límite demarcatorio entre los tratos que se condicen y los que contrarían la dignidad?

Cabe resaltar que la Corte toma como una idea fuerza la dignidad, pero no brinda definición alguna. Destaca de manera permanente cuándo ella está ausente, pero demasiado pocas veces cuando sí está presente. Esto se debe no a un error sino a la

naturaleza de un órgano jurisdiccional que actúa post violación. La Corte se concentra en la violación a derechos humanos en primer lugar, algo que es normal en función de su competencia, y refiere a la dignidad de manera colateral, llega a ella como consecuencia y no como punto de partida. Lo interesante es que el tribunal, a pesar de la relevancia que le da a la dignidad en su discurso y a la fuerza que le otorga cuando pretende condenar ciertos tratos, no partiría de una noción de dignidad a priori desde la cual juzgar los casos. Por el contrario, es a partir de los casos en los que esta está ausente que se puede intuir una noción de dignidad.

Por lo antedicho, podemos notar que la noción de dignidad aparece, pero su contenido queda implícito, la definición o los parámetros evaluativos se eluden.

La estructura argumentativa

El recurso consistente en invocar la dignidad, pero de evadir su definición o brindar parámetros para mostrar cuándo un trato es acorde con o contrario a ella requiere una estructura argumentativa de tipo inductiva. Como se ha expuesto, es a partir de enumerar los casos en los que la Corte ha dicho que han existido tratos de uno u otro tipo que se puede intuir un núcleo semántico de esta que no es en absoluto claro. Es decir, podemos reconocer que una situación de detención mayor a 36 días es contraria a la dignidad, pero ¿y qué sucede con 35 días, 20 días, 10 días? ¿Cuál es el parámetro desde el cual deducir y evaluar los tratos dignos e indignos?

Además, la estrategia inductiva, respecto de este tema, actúa, principalmente, de manera “por el contrario”, esto es, a partir de hacer ostensible en qué ocasiones se encuentra ausente, más que mostrar cuándo está presente. Por este motivo es que encontramos una reducida casuística de tratos que se condicen con la dignidad y una muy extensa enumeración y ejemplificación de casos contrarios a ella.

Como señala Marafioti, la inducción se beneficia de su carácter práctico, de su asimilación al sentido común y de su relación directa con la vida cotidiana⁴. La enumeración, el inventario de conductas contrarias a la dignidad, puede ser como máximo provisoriamente completa puesto que la Corte, cada vez que emita una sentencia o una opinión consultiva, podrá generar nueva casuística a tener en cuenta y que, por ende, podrá alterar la conclusión resultante del inventario.

⁴ Marafioti, Roberto. “Las estructuras argumentativas”. Marafioti, Roberto (Comp.). *Recorridos semiológicos. Signos, enunciación y argumentación*. Buenos Aires: Eudeba; pp. 250-270.

Este tipo de estructura argumentativa es práctica, se basa en la observación de lo particular y procura extraer una conclusión general. No obstante, es poco rigurosa ya que la conclusión es probable y provisoria y, por lo tanto, un tanto débil. A pesar de estar afectada por ser endeble, en clave persuasiva, la inducción suele tener un efecto persuasivo, principalmente porque a partir de la casuística tangible ilustra, muestra, ejemplifica. No es clara, pero es concreta.

Cuando el órgano en cuestión no define, sino que analiza los conflictos que se traen ante sus estrados, no solo está actuando conforme a su competencia; también propone un estilo argumentativo que no parte de una definición general. Presenta un concepto como relevante y propio de la naturaleza humana, lo postula como evaluativo de tratos que son acorde con la dignidad o contrarios a ella, la dignidad es, entonces, un factor que cualifica ciertos tratos y que aumenta la responsabilidad y obligaciones estatales. No obstante, elude definirla y solo se detiene a señalar que un trato se condice o no con la dignidad. ¿Podemos saber con certeza qué es la dignidad? No. ¿Podemos intuir qué es? Con un amplio margen de error, sí. ¿Podemos realizar un control de convencionalidad con estos parámetros? Podría llegar a hacerse un control mínimo, pero no exhaustivo.

Consideraciones finales

El objetivo de este trabajo ha sido mostrar cómo la Corte IDH hace uso de la dignidad a partir de eludir su definición y toda otra característica que permita construir razonamientos deductivos. Asimismo, se ha partido de que la dignidad es invocada como un elemento relevante que da mayor fuerza a los argumentos, amplía derechos y aumenta la esfera de responsabilidad estatal. No obstante, al carecer de una descripción genérica de este concepto, es necesario transitar el camino que el mismo órgano realiza al exponer la dignidad. De esta manera, podemos percatarnos de que, en realidad, aunque el tribunal invoca esta noción, no otorga pautas sobre su semántica y se refiere a ella a través de calificar tratos como acordes con o contrarios a la dignidad. Esto conduce a indagar en la enumeración y, a partir de allí, inducir cuál podrían ser situaciones de dignidad o indignidad.

A partir de ello, podemos afirmar que la Corte IDH, si bien menciona en reiteradas ocasiones la dignidad, elude su definición. Permanece, así como una característica que los Estados siempre deben esforzarse para cumplir, pero cuyo umbral violatorio nunca es claro. Por lo tanto, la dignidad puede expandirse o retraerse en cada

caso. La Corte elude la definición y su estructura argumentativa para respaldar la calificación como digno o indigno a un trato se funda en una estructura inductiva, esto es, en una casuística que ejemplifica e ilustra, que permite construir y reconstruir un modelo, pero que siempre está sujeta a lo probable.

Cuando la Corte elude la definición de la dignidad, a partir de la estructura argumentativa inductiva habilita la intuición del auditorio.

Cómo citar: Juan, Gabriel (2020). Argumentación Jurídica y Bioderecho. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y BIODERECHO

Gabriel R. Juan¹

Resumen

La presente ponencia sostiene que, en casos de Bioderecho, la decisión que resuelve un problema no puede sustentarse únicamente en la concepción formal de la Argumentación Jurídica. A partir del análisis de un caso resuelto por la CSJN, la propuesta sugiere una fórmula colaborativa, que integra la concepción pragmática de la TAJ y la forma de argumentar propia de la Bioética, conocida como método narrativo y deliberativo.

Los sonidos del silencio

En Derecho, como en la música, los silencios suelen ser elocuentes. Pero, a diferencia de lo que sucede con la música, el relato jurídico no parece enriquecerse con la pausa. Antes bien provoca desarmonía, una sensación imprecisa similar a la de una pieza incompleta.

Quizá, eso es lo que sucede con la sentencia dictada en la causa “L., E. H. y ot. c/OSEP s/Amparo”², donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) rechazó el Recurso de Hecho interpuesto por una pareja, que petitionó a la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia de Mendoza (OSEP) la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida *in vitro* (FIV), mediante la técnica “inyección intracitoplasmática de espermatozoides” (ICSI), con “diagnóstico genético preimplantacional” (DGP). Los actores, E.H.L. y E.D.V., habían contraído matrimonio en el año 2009 y desde entonces comenzaron la búsqueda de un hijo sin resultados positivos. En el año 2011, luego de realizarse varios exámenes, se les diagnosticó una infertilidad primaria en función de un factor masculino (astenospermia moderada) y de un factor cervical test postcoital

¹ Universidad Nacional de Cuyo. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM); abogado especialista en Derecho de Daños (UNL) y en Derecho Constitucional (U. Salamanca). A cargo de la sección “Arte, literatura y derecho de familia” en Revista de Derecho de Familia, Editorial Abeledo-Perrot (Thomson Reuters-La Ley). Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Presidente de la Comisión de Filosofía del derecho y Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza. Abogado en ejercicio de la profesión. Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar

² CSJN, causa 3732/2014/RH1, “L.E.H. y otros c/OSEP s/Amparo”, 01 set. 2015, F.338-779.

negativo. Los ciclos de inseminación intrauterina no arrojaron resultados positivos, y el último terminó en aborto bioquímico. Ante el fracaso del tratamiento de “baja complejidad”, se les indicó fertilización asistida de “alta complejidad”, mediante la técnica ICSI, agregándole luego el DGP, pues los estudios indicaban que el Sr. L. tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación, y de otros por efecto intercromosómico. Esta afección podría originar embriones anormales causantes de infertilidad y/o nacidos con cromosomopatías. Con este último diagnóstico, solicitaron a la obra social la prestación aludida, que fue rechazada. La demanda de amparo se fundó en el derecho a la salud, la procreación y la vida familiar.

Rechazada en todas sus instancias provinciales, la causa llega a la Corte Federal donde tiene idéntica suerte. El máximo tribunal federal fundamenta la decisión en el hecho de que el DGP no estaba incluido dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO). De manera que el fallo no se introduce en el análisis de los derechos humanos (DDHH) involucrados. Dicho en términos propios de Argumentación Jurídica, la CSJN se ciñe con exclusividad a las reglas *infra* constitucionales, utilizando un criterio de argumentación formal.

Los derechos involucrados en este caso son numerosos. En efecto, la salud sexual y reproductiva es un derecho humano específico, que deriva del derecho a la salud en sentido genérico, que a su vez está relacionado con el derecho a la vida (arts. 3 y 25-1 DUDH; art. 4 CADH; art. 6 del PIDCyP; art. 5, ap. e, inc. IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; art. 11, párr. 1, ap. f y art. 12 de la CEDAW). A él se vinculan el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico,³ reconocidos por el art. 16, párr. 3, de la DUDH; el art. 23-1 del PIDCyP; el art. 17-1 de la CADH; el art. 10, ap. 1, del PIDESC. Son derechos fundamentales reconocidos expresamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo “Artavia Murillo c. Costa Rica”.⁴ Y tienen jerarquía constitucional (art. 75. Inc. 22). Además, la Constitución Nacional protege la salud y la vida familiar en los artículos 14 bis, 33, 41, 42, 75-18 y 75-19.

³ Corte IDH, causa “Artavia Murillo”, párr. 150.

⁴ Corte IDH, causa “Artavia Murillo”, párrs. 143 y ss.

En el ámbito del derecho interno infra constitucional, se destaca la Ley 26.862,⁵ cuyo objeto es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1), entre las que se incluyen tanto las técnicas de “baja” como las de “alta complejidad”, prevean o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). En relación con las coberturas específicas, están consagradas en el artículo 8 de la misma ley. La normativa prescribe asimismo que todo procedimiento o técnica no legislada podrá ser cubierto “con los criterios y modalidades” que establezca la autoridad de aplicación (Ministerio de salud de la Nación). Por su parte, el artículo 2 del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, define qué son las técnicas de alta complejidad.⁶

La Argumentación Jurídica y la argumentación bioética

Una primera lectura del fallo de la CSJN no habilita sostener que carece de racionalidad jurídica. Como se sabe, la *concepción formal* de la Argumentación Jurídica es un modo admitido para fundar decisiones, en especial en la resolución de casos fáciles. Sin embargo, cuando se trata de justificar decisiones que resuelven casos difíciles, como son los referidos a cuestiones bioéticas (aborto, TRHA, intervenciones genéticas, eutanasia), dado que en general involucran posibles afectaciones de los DDHH de las personas peticionantes, resultaría más apropiado complementarla con las restantes concepciones, en especial la “*pragmática*”.⁷

Más aún, la propuesta de esta ponencia consiste en integrar esta idea de Argumentación Jurídica con la forma específica de argumentar en Bioética. Sobre esto último, cabe destacar que, actualmente, las decisiones bioéticas no se toman con base en el “*criterio principialista*” originario, que consistía en jerarquizar uno de los cuatro principios rectores: justicia, autonomía, beneficencia y no maleficencia, y aplicarlo mediante un razonamiento deductivista.⁸ Tampoco en el posterior “*casuístico*”, donde se

⁵ Ley 26.862, B.O. 26/06/2013.

⁶ Son “aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.”

⁷ La teoría de la Argumentación Jurídica elegida es la elaborada por Manuel Atienza. Este autor desarrolla con amplitud tres concepciones argumentativas: formal, material y pragmática. Ver: Atienza, M., *Curso de argumentación jurídica*, 4ª reimp., Madrid, Trotta, 2016; Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, 5ª imp., Barcelona, Ariel, 2010; y Atienza, M., *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁸ Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1994), *Principios de ética biomédica*, versión española de la 4ª ed. (1989). Trad. de Teresa Gracia García, Barcelona, Masson, 1994.

parte del caso a decidir, que se compara con algún paradigma bioético del que surgen factores morales relevantes, que variarán de un caso a otro. En su reemplazo, surge el *método narrativo y deliberativo*. Narrativo porque asume relevancia la propia “voz” del individuo que solicita la práctica o por la información indirecta que se obtiene en caso de imposibilidad, siendo de ayuda en este caso la literatura.⁹ Deliberativo, pues procura obtener una decisión de consenso, de modo que no es diferente a la deliberación de la razón práctica en general, que se traduce en la secuencia valorativa: hechos, valores, deberes y normas.¹⁰

Este cruce argumentativo es una de las direcciones posibles de la argumentación contemporánea, pues, en gran medida, los conflictos más apasionados y de difícil solución se vinculan precisamente con casos como el reseñado, donde la Bioética se encuentra con el Derecho. Dicho de otra manera, casos de Bioderecho.

En este estadio es necesario efectuar algunas precisiones. En primer término, el Derecho no debe ser visto únicamente como un conjunto de normas positivas dictadas por la autoridad competente conforme el procedimiento previsto constitucionalmente, sino también, y tal vez de modo principal, como una práctica social dialógica (y, por tanto, intersubjetiva, lingüística y argumentativa). En mi opinión, esta perspectiva es la que mejor responde al Constitucionalismo, fenómeno que caracteriza a nuestro sistema jurídico constitucional-convencional. En segundo lugar, dado que dicha práctica dialógica la realizan sujetos morales (y, desde luego, políticos), la relación con la Bioética,¹¹ entendida como la ética de las ciencias de la vida, que conduce la acción humana ante ciertas situaciones vitales, parece indudable. Por último, del encuentro entre ambas disciplinas surge algo nuevo, el Bioderecho, al que se lo comprende desde la tesis de la síntesis (no de la confrontación) entre Bioética y Derecho.¹²

⁹ Ampliar en: López de la Vieja, Ma. T., *Bioética y Literatura*, Madrid, Plaza y Valdés, 2013, p. 53 y sig.

¹⁰ Gracia, D., “Teoría y práctica de la deliberación moral”, en Lydia Feito, Diego Gracia, Miguel Sánchez (editores), *Bioética: el estado de la cuestión*, Madrid, Triacastela, 2011, pp. 101-154.; Seoane, J. A., “Argumentación jurídica y bioética. Examen teórico del modelo deliberativo de Diego Gracia”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (AFD), XXXII, pp. 489-510, ISSN: 0518-0872, 2016 (p. 492 y sig.).

¹¹ El artículo 1.1 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por aclamación por la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005, expresa su contenido: “La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.”

¹² Figueroa Yáñez, Gonzalo, “Bioderecho”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Carlos María Romeo Casabona (Director), Cátedra de Derecho y Genoma Humano, versión web de acceso libre en: <https://enciclopedia-bioderecho.com>

A esta rama joven le compete la influencia recíproca entre las disciplinas. Por ejemplo, en Derecho de las familias, el desarrollo de las TRHA instaló un debate sobre filiación, alrededor de la noción “pluriparentalidad”, con el consecuente impacto sobre la identidad personal. Del lado de la Bioética, la posibilidad tecnocientífica “se topa con límites a la libertad de investigación o la prohibición de determinadas prácticas, que el Derecho le impone en forma coactiva.”¹³

Cómo argumentar en Bioderecho

Por razones de extensión omitiré referirme a las operaciones de “análisis” y “evaluación”. Sólo me circunscribiré a trazar un esquema sintético acerca de “cómo argumentar” en esta área, con el sentido colaborativo entre la concepción pragmática de la TAJ elegida y el método narrativo y deliberativo de la Bioética aludidos.

Desde luego, el punto de partida¹⁴ es común a toda labor argumentativa, y consiste en la **“identificación y análisis de un problema”**. Es oportuno recordar aquí las preguntas más frecuentes que la Bioética traslada al Derecho: ¿quién decide?, ¿qué daño o beneficio puedo causar u obtener con dicha decisión?, ¿cómo tratar a un individuo en relación con el “otro”? y ¿qué información se debe brindar y a quién? Se trata de interrogantes vinculados con la pregunta de la ética general: ¿qué debo hacer?¹⁵ En esta etapa, la TAJ se refiere al estado de la cuestión; a la identificación del asunto controvertido y la evaluación de los argumentos necesarios para su resolución. Como aporte de la argumentación bioética, a ello se puede agregar, también en forma resumida:¹⁶ a) la “identificación de los hechos del caso”, de acuerdo con el método narrativo; b) el relevamiento acerca de la “deliberación bioética sobre los hechos del caso”, v. gr., dictámenes de Comités de Bioética, normas deontológicas; c) la “identificación de los valores y deberes bioéticos” involucrados, que incluye la deliberación de especialistas sobre los diferentes cursos de acción posibles, y el que en definitiva haya sido considerado dialógicamente como el más óptimo.

En una segunda fase se prepara la **“propuesta de decisión”**, a la que seguirá una actividad de **“comprobación y revisión”** que, en argumentación bioética se denomina

¹³ Juan, Gabriel R., “¿Transhumanismo o ética humanista? Reflexiones desde la filosofía del Bioderecho”, artículo en prensa, PII UBA, 2020.

¹⁴ Van Eemeren reconoce cuatro fases en este momento: “confrontación”, “apertura”, “argumentación” y “cierre” (Van Eemeren, F., *La teoría de la argumentación: una perspectiva pragmatológica*, trad. Karina Wolf y Cristian Santibáñez, Lima, Palestra, 2019, p. 65 y sig.).

¹⁵ Atienza, M., “Juridificar la bioética”, en *Revista Isonomía*, Nro. 8, abril 1998.

¹⁶ A mayor abundamiento, el método deliberativo se puede ver en: Gracia, op. cit.

“*pruebas de consistencia*”. Esta tercera etapa de *comprobación, revisión y consistencia* contiene distintas subetapas: (i) de legalidad (que se realiza luego de la deliberación moral que dota de legitimidad a la decisión); (ii) de publicidad (exigencia del razonamiento práctico, que se vincula con la aceptabilidad de la decisión, en tanto hace pública sus razones); (iii) de temporalidad (tiende a asegurar que la decisión no es producto de un arrebato); (iv) de universalizabilidad (referida a la igualdad de trato); y (v) de realizabilidad (vinculada a las posibilidades técnicas, humanas, económicas, etc.).¹⁷

Por último, la cuarta etapa consiste en la “*redacción del texto*” (o “decisión final”, en términos bioéticos).

En el caso traído a examen, las dos primeras fases ya han sido expuestas. En cuanto a la etapa de *comprobación, revisión o consistencia*, la decisión de la CSJN presenta algunos inconvenientes, que giran principalmente sobre la *igualdad* que, en tanto principio y valor adjetivo de naturaleza ética y jurídica, direcciona la argumentación hacia la pregunta acerca de cómo tratar a un individuo (en el caso la pareja) en relación con “otros”. Dicho de otra manera, a quiénes se tratará de una determinada manera y a quiénes de otra, y por qué razón. Dado que la protección jurídica de los DDHH involucrados alcanza su nivel más alto: ¿es suficiente la justificación obtenida a partir de la aplicación de la racionalidad formal? ¿Se puede formular una regla con tal decisión? Si ambas respuestas son afirmativas, habrá que concluir que sólo las personas con medios económicos suficientes podrán acceder al DGP. En el paradigma constitucional convencional explicitado, esta discriminación es inadmisibles.

La necesidad de una TAJ, con notas consonantes o disonantes, a modo de conclusión

Al negar la prestación de salud, con fundamento único en la concepción formal de la TAJ, sin otra consideración argumental sobre los DDHH en juego, el fallo promueve una lógica del mercado, de tipo instrumental, que colisiona con nuestro sistema jurídico compuesto de reglas, principios y valores, entre cuyos fines de realización se encuentra el trato igualitario y no discriminatorio. La consecuencia que acarrea la decisión cuestionada es que el acceso al DGP sólo es posible para quienes poseen los medios materiales de asumir el costo de la práctica en forma particular. Teniendo en cuenta los derechos en juego, este tipo de argumentación es insuficiente y debe ser completada. El método narrativo y deliberativo puede ser una buena opción.

¹⁷ Seoane, op. cit., p. 499 y sig.

En derecho podemos aprender mucho de la música, pero no todo; al parecer, los silencios no son bienvenidos.

Cómo citar: Ucin, María Carlota (2020). Argumentación y derechos sociales: otra vez sobre la razonabilidad. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTACIÓN Y DERECHOS SOCIALES: OTRA VEZ SOBRE LA RAZONABILIDAD

María Carlota Ucin¹

Resumen

El control de razonabilidad con fundamento en el artículo 28 de la CN, se erige como un esquema argumentativo adecuado para el control del obrar o la omisión estatal. En particular, es posible valerse de la Ponderación o Principio de Proporcionalidad, desarrollado en sus tres subprincipios, para enriquecer dicho análisis. Y de esta manera poder valorar, en concreto, políticas públicas de tipo social involucradas a la hora de dar vigencia a los derechos sociales. Así, se hace posible superar uno de los escollos argumentales que se oponen a la intervención de los jueces en este tipo de materias. Además, se postula que si este tipo de análisis es vinculado con los aportes dados por el denominado “enfoque de derechos” tendremos un esquema más robusto de análisis que nos permitirá introducir un juicio más preciso sobre el obrar (o la omisión) estatal. Con ello, se introduce una racionalidad en los procesos que tengan por objeto derechos sociales, condición que a la vez, obra como legitimante del Poder Judicial.

Introducción

A partir del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos y de los desarrollos de los organismos internacionales con competencia jurisdiccional o consultiva, se ha desarrollado un *corpus* de valores y principios que dan contenido más preciso a los derechos recogidos en los tratados sobre la materia. Es entonces en base a tales

¹ Doctora en Derecho Procesal por la Universidad de Buenos Aires, Máster en Argumentación Jurídica (U. de Alicante), Esp. en Derecho Procesal Profundizado (U. Notarial Argentina). Directora de la Revista de Interés Público (ReDIP) de la FCJS de la UNLP, Profesora Adjunta ordinaria (por concurso) de Derecho Procesal Civil en la FCJS de la UNLP y Prof. Titular en la Universidad de Palermo. También es Docente de Posgrado en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidade Regional Integrada o Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo, Brasil. Se desempeña como relatora de la Procuración General de la SCBA. Contacto: me@carlotaucin.com

postulados que hoy se puede reconocer un enfoque teórico autónomo, identificado con la denominación de un “enfoque de derechos”².

En tal sentido, se piensa a los Derechos Humanos como programas que sirven de guía en el diseño de las políticas públicas de los Estados, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos³. Desde este enfoque resulta posible entonces, evaluar las políticas sociales a la luz de estos estándares. Con él se impone una mirada jurídica sobre los programas y políticas sociales para asegurar que las mismas sean la puesta en vigencia de los derechos humanos y no, meras concesiones graciosas de los gobiernos de turno. Así, si bien el lenguaje de los derechos no incide necesariamente sobre el contenido puntual de las políticas públicas, sí dice algunas cosas sobre su orientación general, brindando para ello un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación⁴.

En esa línea, capturando los estándares que se han ido elaborando en relación con los derechos sociales, se puede objetivar el contenido de las obligaciones estatales y por ello mismo, otorgar a los jueces herramientas concretas para la evaluación de la conducta de los Estados. Entonces, además de las obligaciones que surgen de la determinación del contenido de cada derecho en particular –según la jurisprudencia internacional y las observaciones generales específicas– existen obligaciones que resultan comunes a todos ellos.

Se alude así al “contenido mínimo” de los derechos o su “contenido esencial”, como umbral de respeto de los derechos, a partir del cual a su vez, surge la obligación complementaria de “adoptar medidas progresivas” para su mejoramiento, rechazando medidas “regresivas” y utilizando hasta el “máximo de los recursos disponibles”. Además, de garantizar el goce de los derechos en condiciones de “igualdad” y sin “discriminaciones arbitrarias”, garantizando la “producción de información” que facilite la “participación de los afectados” en el diseño de las políticas públicas así como el “acceso de éstos a la justicia” (Art. 2.1 del PIDESC y Observación General N°3)⁵.

² Pautassi, Laura (Organizadora), (2010) *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires

³ Idem, p. 16

⁴ Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editores del Puerto, Buenos Aires;

⁵ Courtis, Christian (2006), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Courtis (Comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, pp 3-52; Pautassi, Laura (Organizadora), (2010) *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires; p. 17.

Todos estos elementos conceptuales resultan de suma utilidad a los fines de establecer un adecuado control judicial aplicado a la revisión de políticas públicas, dando contenido concreto al “control de razonabilidad” que los jueces pueden realizar sobre las políticas sociales sometidas a su revisión. La evaluación de la proporcionalidad de una medida habrá de atender a la adecuación entre la medida analizada y el o los fines perseguidos al momento de diseñarla, cuidando de no alterar el derecho que se pone en vigencia. Entonces, en ocasión de revisar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*⁶, los jueces deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del “contenido mínimo” de los derechos, si representa un ejercicio “progresivo” de la regulación del derecho y si dispone por ejemplo, del “máximo de los recursos” estatales para el cumplimiento de tales obligaciones. También podrá evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la “igualdad”, la “participación” de los afectados y el “acceso a la información” y a la “justicia” de éstos.

Así, también cabe decir que estos elementos objetivos a ser evaluados indican el recorrido argumental que el juez tendrá que hacer en la decisión para demostrar además, la corrección de su decisión. Entonces, dando cumplimiento al deber de fundamentación –que puede entenderse parte del debido proceso adjetivo– los jueces habrán de hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para definir el sentido de la decisión. En esta misma línea, resulta interesante destacar, así como lo hace Bernal Pulido, que el análisis de la estructura del principio de proporcionalidad esclarece qué es lo que el Tribunal debe fundamentar y de qué manera debe hacerlo⁷.

Argumentación y derechos sociales

En el caso de los DESC nos encontramos con normas que presentan caracteres particulares. De hecho, en muchos casos presentan la forma de principios jurídicos, con un amplio margen de indeterminación. Es por ello que la tarea de “interpretación” en un sentido amplio de este término, consiste en la definición del contenido de la obligación en ellos impuesta. Justamente en este trance de definir los términos normativos de la obligación implícita en un derecho social, los estándares normativos de derechos humanos antes citados asumen un rol trascendente. Éstos, junto con la ponderación,

⁶ Alexy, Robert (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid.

⁷ Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, p. 172.

pueden colaborar para racionalizar la calificación que haga el juez de las circunstancias de la causa.

Consecuentemente, al momento de decidir sobre la violación de un derecho social, el juez habrá de proceder al análisis de los hechos a la luz del contenido normativo aplicable al caso. Pero como se ha dicho, éste último, justamente, tiene una textura abierta, que obliga a los aplicadores a definir su contenido. El ejercicio virtuoso, implicaría que el legislador o el administrador hubieran dictado las políticas públicas correspondientes, determinando el contenido del derecho en cuestión. En este caso, la determinación del contenido del derecho servirá de fiel para evaluar la razonabilidad de tal medida. Sin embargo, en nuestros países la mora del legislador en estas materias resulta un reflejo de nuestro carácter anómico. Por ello, en muchos casos, será el juez quien deberá proceder a tal determinación normativa a fin de valorar y sancionar la omisión del legislador.

Por su parte, asumiendo la distinción habitual para la teoría de la Argumentación jurídica, podemos pensar que existen dos momentos en el proceso intelectual del juez. La etapa “decisoria” y la “justificatoria”⁸. La primera etapa, que equivaldría al “contexto de descubrimiento” del ámbito científico, se configura con la búsqueda de la adecuada solución para el caso. Si bien ésta resulta menos atada a las formalidades de la lógica que habrá de guiar la justificación ulterior de la decisión, no deja de estar guiada por cánones racionales que orientan la decisión. Por ello su racionalidad se apoyará en el procedimiento del que deriva y también de las conexiones entre los enunciados.

En la etapa decisoria se debe determinar la norma aplicable como paso previo para la calificación de los hechos. Como se ha dicho, puede ser necesario integrar dicho elemento normativo con los estándares de protección de derechos humanos y eventualmente, recurrir a la ponderación para fijar los alcances del derecho. Una vez determinado este plexo, se podrán analizar los hechos alegados y probados en la causa. Esta prueba debe orientarse a la demostración del grado de satisfacción de los “niveles mínimos” de un derecho, o la “no discriminación” en el goce de ellos. Así como el uso del “máximo de los recursos disponibles” y la “adopción de medidas no regresivas”. Como se puede apreciar, estos estándares tienden a desplazar la carga de la argumentación y prueba a las autoridades demandadas.

⁸ Taruffo, con cita de Wasserstrom, Richard A, *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*, Stanford, 1961

Las fases (F) del proceso de decisión, vinculadas con las señaladas evaluaciones, son las que a continuación se explicitan.

- F1/H: análisis de los hechos a partir de los cuales se invoca la violación de uno o varios derechos sociales, en busca de una *ratio decidendi*;
- F2/N: determinación del sentido y alcance de las normas *prima facie* aplicables, determinado los alcances de la obligación a cargo del Estado (delimitando los estándares normativos aplicables al caso y ponderación de principios en caso de corresponder);
- F3/C1: Valoración de la prueba y a partir de ella, de la conducta de la autoridad demandada a la luz de tales estándares (calificación jurídica de la conducta)
- F4/C2: Conclusión respecto de la razonabilidad de la medida o, incluso, en casos de omisión, declaración de incumplimiento estatal y elaboración de la orden de cumplimiento conforme al estándar que debe ser satisfecho.

Asimismo, sobre éstas, se habrá de construir la motivación de la sentencia, debiendo justificar cada uno de dichos pasos⁹. Esto determinará la estructura de la sentencia e indicará el esquema argumental que deberá abastecer la misma para cumplir con la carga de la motivación, que resulta, a su turno, garantía de legitimidad del ejercicio de la magistratura en cuestiones de índole política a la vez, que garantía del debido proceso de los ciudadanos.

En la fase dos (F2), de determinación normativa, será necesario poner el mayor énfasis, pues es aquí donde se desenvuelve el mayor poder discrecional de los jueces. La determinación precisa de los estándares empleados, así como la indicación explícita del juicio de proporcionalidad realizado es un recaudo fundamental de las decisiones adoptadas en casos de derechos sociales. Se habrá de exponer la valoración de tales estándares conforme las normas protectorias de índole constitucional o convencional invocadas. Es decir, el Principio de Proporcionalidad, desenvuelto en sus tres sub-principios, indica que los jueces habrán de justificar sus conclusiones luego de analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida en cuestión. Y en coincidencia con ello, estimo que el principio de proporcionalidad en conexión sustantiva con los estándares proporcionados por el Derecho de los Derechos Humanos suministra un esquema argumental para la demostración de la corrección de las decisiones judiciales.

⁹ Taruffo, Michele (2011), *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid.

Todo ello demostrando que la decisión final por la que eventualmente se imponga una conducta determinada a las autoridades políticas no responde al capricho de un juez “activista” sino que deriva de las premisas normativas del sistema jurídico y de los valores que lo guían. Desde esta mirada, la sentencia podría verse como un aporte concreto al diálogo deseable entre los poderes estatales, exponiendo una justificación que se podría dirigir a un auditorio universal, en términos perelmanianos, buscando la demostración de su corrección¹⁰.

Algunas conclusiones

Las decisiones judiciales que dirimen cuestiones políticas, como las que emergen en la adjudicación de los derechos sociales, deben cumplir con una carga justificatoria reforzada. Argumenté acerca de la posibilidad de aplicar los desarrollos de la doctrina de defensa de los Derechos Humanos, en particular los sociales, para poder establecer estándares normativos que, aplicados a la actividad decisoria, aporten elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sometidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales.

Entonces, la utilización de dichos estándares, junto con los restantes criterios de interpretación de las normas, resulta de utilidad para enmarcar la actividad justificatoria de los jueces. El hecho de explicitar los estándares normativos con los que se dará contenido a los derechos sociales, contribuye a dejar en claro cuáles han de ser los hechos que se deben acreditar en la causa. Pero a la vez, este modo de hacer explícito el contenido de un principio constitucional, indica cuáles son las premisas que el juez debe justificar adecuadamente. De esta forma, se contiene la discrecionalidad judicial imponiendo un recorrido argumental que resulte no sólo coherente en términos lógicos, sino también ajustado materialmente a los valores constitucionales vigentes.

Con estas breves líneas me he propuesto abrir el debate sobre la necesaria adecuación de las formas del razonamiento judicial para el tratamiento de los derechos sociales. La judicialización de estos derechos pone en evidencia una variada gama de problemas teóricos y prácticos, muchos de los cuales se relacionan con la falta de desarrollo de categorías conceptuales suficientes para darles tratamiento efectivo a sus notas particulares. Sin embargo, no puede asentirse a la inercia que parece querer

¹⁰ Perelman, CH., Olbrechts – Tyteca, L. (1989), *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid; pp. 71-78 y Taruffo, Michele (2011), *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, p. 361.

derivarse de tales obstáculos. Estimo, en cambio, que debe ser la Academia la que discuta y provea los instrumentos adecuados para encauzar la actividad de los magistrados dentro del cumplimiento de su deber de ser custodios de la Constitución, sin olvidar a su paso, el deber de guiar su obrar hacia la “corrección” como si realmente dirigiera su argumentación hacia un “auditorio universal”.

Cómo citar: Ringa, Matías Manuel (2020). Un voto en disidencia en el caso Rizzo. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

UN VOTO EN DISIDENCIA EN EL CASO RIZZO¹

Matías Manuel Ringa²

Resumen

En esta ponencia se incorpora un voto en disidencia en una de las sentencias más representativas y famosas de los últimos 15 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN): el caso “Rizzo”. Para expresar esta disidencia se utilizaron diferentes teorías del derecho, entre ellas la teoría positivista de Hart.

I. Introducción

En esta ponencia postularé un voto de disidencia en una de las sentencias más representativas y famosas de los últimos 15 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN): el caso Rizzo³.

La sanción de la ley n° 26.855 y el decreto del Poder Ejecutivo n° 577/2013 establecieron el sufragio universal para la elección directa de los representantes, de los jueces y de los abogados de matrícula federal, en el Consejo de la Magistratura. Ante esta situación, la CSJN invocó diferentes argumentaciones jurídicas en torno a la interpretación de nuestra Carta Magna: una de las más importantes fue la supuesta voluntad originaria de los Constituyentes que ellos mismos han logrado sintonizar para iluminarse en el dictado de la sentencia.

¹ Esta ponencia es una versión modificada de un trabajo presentado en la materia de posgrado “Teorías del Derecho” de la Universidad de Palermo a cargo del Dr. Eduardo Esteban Magoja. En este sentido, agradezco al Dr. Ricardo Guibourg y al Dr. José M. Monzón por sus comentarios y observaciones los cuales posibilitaron mejorar y completar este trabajo. También doy gracias a las discusiones y debates desarrollados en el Seminario sobre Hart de la Asociación Costarricense Filosofía del Derecho y Filosofía Práctica, ya que me permitió profundizar las lecturas sobre el autor mencionado.

² Docente en las materias Interpretación Constitucional, Teoría General y Filosofía del Derecho y colaborador de las materias Sociología del Estado de Derecho y TGD frente al riesgo global (UBA).

³ CSJN, “Estado Nacional s/interpone recurso por salto de instancia en autos: ‘Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855, medida cautelar (expte. n° 3034’”. Fallos: 336:668.

Para expresar mi disidencia a este fallo emblemático⁴ del siglo XXI utilizaré autores y teorías reconocidas en el ámbito jurídico y que la CSJN no utilizó al dictar sentencia en el caso Rizzo.

Ellas son: la teoría positivista de Hart⁵; la teoría contractualista de Rousseau⁶; y las teorías de la argumentación jurídica. Para esto último, me basaré en el análisis desarrollado por el jurista español Manuel Atienza en su obra “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”⁷. Esto a los fines de brindar otro enfoque a los análisis de fallos que nos tiene acostumbrados la dogmática jurídica.

A continuación desarrollaré el marco teórico de los autores mencionados para despejar cualquier incompreensión o duda del contenido del voto ficticio hartiano.

II. Marco teórico

En el libro “El concepto de derecho”⁸, H.L.A. Hart nos invita a reflexionar sobre los conflictos que tienen los juristas al intentar encontrar una definición única del derecho y, a su vez, nos incita a ver la multiplicidad de respuestas que existen a este interrogante.

Para superar esta crisis conceptual, Hart desarrolla su teoría del derecho con un enfoque innovador y enmarcado dentro del gran repertorio del positivismo jurídico. En este sentido, el gran maestro Nino situó a éste autor en el positivismo metodológico o conceptual que tiene como una de sus notas distintivas el entender al derecho como “un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa”⁹.

A su vez, el principal propósito de Hart en su obra es “hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales”¹⁰.

Su teoría cuestiona aquellas ideas que sostienen que la obligación jurídica puede ser comparada con las órdenes coercitivas a través de amenazas y por la cual una persona

⁴ Considero que este fallo es emblemático porque pone en discusión un tema central de la teoría constitucional: la representación política del Poder Judicial.

⁵ Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, tr. G.R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

⁶ Véase Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*. Discursos. Buenos Aires: Losada, 2013.

⁷ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 268 p.

⁸ Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, 1998, 332 p.

⁹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2010, p. 43.

¹⁰ Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, p. 21.

“se vio obligado a hacer algo”¹¹. Existe una diferencia entre esto último y la “aserción de que tenía la obligación de hacerlo”¹² que es lo que predomina en un sistema jurídico moderno. También cuestiona aquellos teóricos que sostienen que la obligación jurídica tiene sustento en la “probabilidad o riesgo de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un “mal” a manos de otros en caso de desobediencia”¹³.

Para apartarse de estas opiniones, propone una teoría que incluye un nuevo punto de partida entendiendo al derecho como unión de reglas primarias y secundarias. La primera “prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. (...) imponen deberes; (...) se refieren a acciones que implican movimiento o cambio físicos”¹⁴. En la otra regla “dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias con respecto a ellas. (...) confieren potestades, públicas o privadas. (...) prevén actos que conducen no simplemente a movimientos o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”¹⁵.

A su vez, para determinar la falta de certeza y el otorgamiento de validez del ordenamiento jurídico, el autor agrega tres categorías más en el marco de las reglas secundarias: la regla de reconocimiento (“Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”¹⁶); la regla de cambio (“es aquella que faculta a un individuo o cuerpos de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”¹⁷); y la regla de adjudicación (“consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”¹⁸). Y para que haya condiciones mínimas de existencia del sistema jurídico, las reglas mencionadas en este párrafo “tienen que ser generalmente obedecidas” por la comunidad y “tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial”¹⁹.

¹¹ *Ibíd.*, p. 104.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*, p. 101.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*, p. 117.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 121.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 120.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 145.

También es importante tener en cuenta la diferenciación que hace Hart con respecto al criterio supremo y la de regla última. Por un lado, el criterio supremo se vincula a la idea de que sus reglas “son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios”²⁰. Y en cambio la regla última “no son reconocidos si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”²¹, pero “da al sistema de reglas sus criterios de validez”²². En este sentido, el profesor de Oxford aclara que no confiere ninguna potestad ilimitada al poder legislativo, como podría deducirse al interpretar las categorías mencionadas.

Otra teoría del derecho que utilizaré complementariamente en el voto ficticio hartiano es la teoría de la argumentación jurídica. El profesor Atienza nos explica que naturalmente el derecho es en esencia una práctica de la argumentación jurídica y que “la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad”²³. En otros términos, es imposible imaginarnos que en las sociedades modernas no se argumenten las decisiones gubernamentales, es decir, tienen que aducir las razones de las decisiones adoptadas en el ámbito público. En este sentido, este autor establece una clasificación entre la argumentación que se desarrolla en el ámbito legislativo, en la dogmática jurídica y en la instancia judicial en la resolución de casos. Teniendo en cuenta esta última clasificación, Atienza recalca la idea de que la teoría de la argumentación jurídica dominante se concentra en los asuntos relativos “a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia”²⁴.

Por otro lado, nos explica, para entender el proceder argumentativo y la decisión judicial, la diferenciación entre el contexto de descubrimiento y de justificación. En la primera instancia (descubrimiento) es una cuestión meramente psicológica del juez que lo lleva a idear alguna solución para el caso concreto. Esto no está sujeto a un control racional. Y en cambio en el contexto de justificación el juez tiene que justificar y argumentar su sentencia o decisión. Tiene que seguir determinados criterios racionales y lógicos que puedan ser sometidos a un control. La teoría de la argumentación le interesa esta última categoría (justificación).

²⁰ *Ibíd.*, p. 132.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, p. 137.

²³ Atienza, *Op. Cit.*, p. 1.

²⁴ *Ibíd.*, p. 2.

En particular me interesa el análisis que desarrolla en torno a la justificación interna (la lógica de validez deductiva) y la justificación externa (argumentación material no deductiva o inductiva). El primero “se ocupa de los argumentos desde el punto de vista de la correccional formal de estos”²⁵, y dicho argumento puede ser válido o inválido. El otro supuesto es “la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas” y “hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”²⁶. Estos argumentos pueden ser sólidos o insólidos. Y, por otro lado, desde la pragmática un argumento puede ser persuasivo o no persuasivo. Por ende, en el contexto de justificación el juez tiene que brindar argumentos de tres clases que están íntimamente interrelacionados: argumentos lógicos, sólidos y persuasivos. Para hacer una analogía, podríamos decir que estos tres planos se condicen con la estructura del lenguaje.

Por último, utilizaré en el voto ficticio la teoría contractualista rousseauiana, en especial, la idea de voluntad general que desarrolla en la obra “El contrato social”. Allí el ginebrino especifica que la voluntad general es la que va a establecer las leyes: “no es necesario preguntar a quién compete hacer las leyes, pues éstos son actos de la voluntad general”²⁷. Esto debe ser diferenciado, según Rousseau, del gobierno que es el sector público que va a resolver las cuestiones particulares de los ciudadanos y la ejecución de las leyes: “¿Qué es entonces el gobierno? Un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su recíproca correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política”²⁸.

A continuación, formularé el voto ficticio con las herramientas teóricas descriptas en este capítulo.

III. El voto hartiano

El señor Ministro Don Hartiano en disidencia dijo:

En cuanto a los antecedentes del caso y a la naturaleza de las cuestiones constitucionales cuyo examen se promueve en el recurso extraordinario, corresponde dar por reproducida la descripción efectuada en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación (párrafos I y II). Asimismo, seguidamente esgrimiré nuevos argumentos para la resolución de este caso.

²⁵ *Ibíd.*, p. 8

²⁶ *Ibíd.*, p. 26.

²⁷ Rousseau, *Op. Cit.*, p. 82.

²⁸ *Ibíd.*, p. 106.

Nuestra Ley Fundamental nos confiere una regla de adjudicación para determinar si en un caso particular se ha infringido el principio de supremacía constitucional (artículos 31, 116 y 117 CN). Pero para ejercer esta función no es necesario apelar a un pensamiento historicista de cómo deliberaron los Constituyentes la redacción de la constitución ni en una metafísica aristotélica de la justicia²⁹, como lo han señalado en el voto de la mayoría de esta CSJN (considerandos 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26).

Estas explicaciones constituyen una formulación propia de un contexto de descubrimiento, es decir, como si pudiéramos determinar la psicología del constituyente para idear alguna solución para resolver este caso concreto. En este aspecto coincido con lo manifestado por el Dr. Zaffaroni en su voto cuando dice: “No es cuestión de invocar la voluntad del constituyente, como siempre que se apela a la famosa voluntad del legislador (...) Si, por el contrario, se apela a la imagen de un legislador imaginario, abstracto, nos acercamos demasiado a la invocación del espíritu, que no suele ser más que el cabo con que los del muelle intentan vanamente alcanzar a la nave” (considerando 12).

Para superar esta posición necesitamos apelar a una justificación con criterios racionales y lógicos que puedan ser sometidos a un control por parte de los otros poderes del Estado y de la sociedad toda, quienes en última instancia nos debemos como funcionarios judiciales.

A estos fines, la teoría de la argumentación nos ofrece las herramientas conceptuales necesarias para realizar una interpretación de estas normas jurídicas en conflicto con argumentos lógicos, sólidos y persuasivos. En este sentido, se debe emitir una sentencia desde esta perspectiva para no involucrar otros elementos subjetivos ajenos a nuestra actividad judicial y que, a su vez, se interprete a la ley desde un aspecto más racional.

En otros términos, podemos decir que el proceder interpretativo judicial es necesariamente un proceder argumentativo. Y publicitar racionalmente esto último de la mejor manera posible es una exigencia de nuestro sistema republicano de gobierno (artículo 1 de la CN).

También es forzoso que toda sentencia sea coherente y tenga una unidad de sentido, según la teoría de la argumentación. El primer sentido de esta coherencia es la narrativa. Ella suministra un test de verdad o de probabilidad en cuestiones de hecho y prueba plantadas en la causa y acerca de las cuales no es posible obtener una prueba

²⁹ Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: Las Cuarenta, 2014, libro V, pp. 161-204.

directa por medio de la observación inmediata. El segundo sentido es la coherencia normativa, que establece que dos o más normas son coherentes si pueden ser explicadas en base a una serie de principios generales. Estas ideas tienen en su base la concepción del derecho como una empresa racional que nos permite darle al sistema normativo una integridad y una eficacia.

Por lo tanto, para poder administrar eficazmente esta enorme empresa del derecho es imperioso recurrir a tópicos en nuestro trabajo interpretativo y argumentativo. Y que nos den, a su vez, las directrices de cómo resolver los casos con una base de justificación sólida.

En este sentido, es claro que el principio aplicable a este caso, aquel que debe anteponerse a cualquier contradicción y que nos ilumina para resolver este conflicto, es el principio de soberanía del pueblo establecido en el artículo 33 de la CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

A partir de esta caracterización, es necesario ponderar con mayor énfasis el principio de la soberanía del pueblo, porque es el fundamento de todo nuestro sistema jurídico y político. Cuando analizo los principios me refiero también a lo que plantea Habermas³⁰: los principios imponen un deber a los jueces a la hora de resolver los casos. Estos tienen un carácter deontológico, a diferencia de lo que dice Alexy cuando se refiere que los principios son teleológico.

Más allá de esa aclaración es significativo que consideremos la ley de ponderación que plantea Alexy. Esta establece que cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o la afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro.

Esto también se enmarca en los requisitos y fines de un Estado social de Derecho, ya que la sanción de las leyes y la práctica argumentativa del Juez debe estar atado a las exigencias que están presentes en los principios formales de cualquier sanción normativa. Esto son: a) la generalidad; b) la publicidad; c) la no retroactividad; d) la claridad; e) la no contradicción; f) la posibilidad de cumplimiento; g) la estabilidad; y h) la congruencia.

³⁰ Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 1998.

Coincido en este aspecto con el Magistrado Zaffaroni cuando aclara que “la ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución Nacional navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación de poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez” (considerando 12).

Por eso es necesario analizar, en primer lugar, lo que expresamente establece el artículo 114 de nuestra ley superior (CN) -primer y segundo párrafo- como criterio supremo de nuestro ordenamiento jurídico: “El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.”

Por otro lado, se debe determinar si la reglamentación de ese artículo de nuestra Carta Magna es compatible con la ley 26.855 que dictó el Congreso Nacional como regla última de validez en esta materia. En este sentido, su artículo número dos establece: “Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición: 1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar. 2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar. 3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar. 4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por

cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría. 5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo. (...)”

Del análisis de estas normas jurídicas surge, en primer lugar, que el artículo 114 de la CN instituye una regla de reconocimiento al Congreso Nacional al establecer que será derecho aplicable en esta materia aquella que emane de una “ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Por otro lado, confiere una regla de cambio al instaurar un procedimiento específico para que las reglas primarias del sistema normativo de la integración del Consejo de la Magistratura puedan modificarse a través de este órgano político parlamentario.

Habiendo hecho estas aclaraciones conceptuales -de vital importancia para resolver este caso- me enfocaré nuevamente en el conflicto principal que le toca resolver a este tribunal. En este sentido, lo importantes es partir siempre desde un pensamiento cetético, es decir, abordar el problema mismo que nos atrae en cuestión, porque el derecho es llanamente dilemático.

Entonces, aquí hay dos principios constitucionales en pugna: la independencia judicial y la soberanía del pueblo.

En el voto de la mayoría aclaman, en este caso trágico, la independencia judicial como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico a través de una interpretación corporativa: “(...) la elección de los representantes de los jueces, abogados y académicos o científicos no pueden realizarse por sufragio universal, sino que debe efectuarse en el ámbito de sus respectivos estamentos. (...) con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial. Para ello, se ha buscado reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto al poder que ostenta, por un lado, el sector político y, por el otro, el estamento técnico. Esto es, que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa” (considerando 28).

Como ya he adelantado, no se puede optimizar más el principio de independencia judicial por sobre la soberanía del pueblo, que es en última instancia el fundamento último de nuestro sistema jurídico y político. En otro orden de ideas, se puede decir que se le confiere a la voluntad general la competencia para dictar las leyes que sean necesarias, para regular estos asuntos y otros a través de nuestros representantes. Por lo cual, este

tribunal no puede legislar por sobre la voluntad general ponderando un principio que, si bien debe estar armonizado con todo el sistema, no puede tampoco subordinarse a la independencia judicial que como se ha demostrado fácticamente no se ve afectado. Aquí coincido nuevamente con el análisis expresado por el Dr. Zaffaroni cuando manifiesta que “La independencia externa del Poder Judicial nunca se ha sostenido que sea afectado porque los jueces sean nombrados y removidos por órganos de los otros poderes, integrados conforme a partidos políticos” (considerando 16).

Por todo lo manifestado, voto que se debe hacer lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y se resuelve revocar la sentencia apelada. Costas por su orden, en virtud de la complejidad de los temas debatidos y de las opiniones. Notifíquese.

IV. Reflexiones finales

En esta ponencia se intentó analizar un caso concreto del siglo XXI a la luz de algunas teorías del derecho para brindar una perspectiva distinta a lo que la dogmática jurídica nos tiene acostumbrados en sus habituales comentarios de la jurisprudencia.

Creo que es un ejercicio útil para poder reflexionar y cuestionar las decisiones de los Supremos y de los otros tribunales de justicia en general. Ojalá lo haya logrado.

Cómo citar: Ferrari, Gisela (2020). El uso del derecho extranjero y del derecho internacional en la argumentación judicial: Análisis de un caso de estudio. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE UN CASO DE ESTUDIO

Gisela Ferrari¹

Resumen

En las últimas décadas se ha producido una marcada transformación del derecho público. El surgimiento de un diálogo constitucional global y de una comunidad internacional de jueces, así como la aparente inevitabilidad de tener en cuenta la jurisprudencia extranjera y la internacional al decidir casos constitucionales en una era de globalización y de mayor interconectividad, ha generado un interés creciente en la disciplina del derecho constitucional comparado, que se está posicionando como un campo importante en la literatura jurídica. Sin embargo, aún son escasos los análisis detallados de la práctica de los tribunales de recurrir a fuentes jurisprudenciales extranjeras e internacionales en la argumentación de sentencias.

El trabajo tomará como caso de estudio las noventa y tres sentencias en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha referido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El análisis tendrá como objetivo evaluar el uso del derecho internacional en la argumentación de la CSJN —un uso que está marcada aunque no necesariamente enlazado con el uso de referencias a tribunales extranjeros—. Específicamente, observará el grado de complejidad de las referencias y el rol que cumplen dentro de la cadena de argumentación del tribunal. En consecuencia, el estudio permitirá iluminar y matizar las virtudes y los problemas de las referencias al derecho

¹ Abogada (Universidad Católica Argentina) y Máster en Derecho (London School of Economics and Political Science). Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina y becaria doctoral del CONICET. Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y docente de la Diplomatura en Derechos Humanos de la Universidad Austral. Editora Jefe de Revista Internacional de Derechos Humanos.

extranjero e internacional en la argumentación de sentencias judiciales, y señalar algunos lineamientos que deberían seguirse al momento de incluir esas referencias.

I. Introducción

En las últimas décadas se ha producido una marcada transformación del derecho público. El surgimiento de un diálogo constitucional global y de una comunidad internacional de jueces, así como la aparente inevitabilidad de tener en cuenta la jurisprudencia extranjera y la internacional al decidir casos constitucionales en una era de globalización y de mayor interconectividad, ha generado un interés creciente en la disciplina del derecho constitucional comparado, que se está posicionando como un campo importante en la literatura jurídica. Sin embargo, aún son escasos los análisis detallados de la práctica de los tribunales de recurrir a fuentes jurisprudenciales extranjeras e internacionales en la argumentación de sentencias.

En el marco de mi investigación doctoral, tomé como caso de estudio las noventa y una sentencias en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El análisis tuvo como fin evaluar el uso de referencias a tribunales internacionales en la argumentación de la CSJN—un uso que está relacionado con el uso de referencias a tribunales extranjeros, como se verá—, con el objetivo de iluminar y matizar las virtudes y los problemas de las referencias al derecho extranjero e internacional en la argumentación de sentencias judiciales. Específicamente, se estudiaron las justificaciones que la CSJN ha dado para acudir a sentencias del TEDH; la consideración del contexto y los hechos de los casos citados; la posible existencia de errores debidos a una falta de comprensión del sistema europeo; la utilización de citas de otros tribunales juntamente con referencias al TEDH; ciertas cuestiones técnicas (como la completitud de las citas y la calidad de las fuentes consultadas); el rol de las citas dentro de la cadena de argumentación del tribunal; y el impacto que habían tenido las sentencias europeas en las líneas jurisprudenciales de la CSJN en las que había una mayor concentración de citas del TEDH.

Por la brevedad de esta presentación, se me hace imposible explorar con detalle los resultados, por lo que me concentraré en algunos lineamientos generales.

II. Algunos datos sobre la naturaleza y el contexto de las citas

La CSJN ha citado al TEDH en un total de noventa y una sentencias desde 1987, año en que aparece la primera referencia al tribunal. La doctrina del TEDH ingresa a la jurisprudencia de la CSJN en virtud de una nota a fallo de Augusto M. Morello² que comentaba el caso *Christou* (1986)³. En la nota, el autor recibía con agrado la solución adoptada por la mayoría de la CSJN en la sentencia, y recordaba lo resuelto por el TEDH en el caso *Buchholz* (1985), en línea con lo resuelto por el tribunal argentino. Un año más tarde, el tribunal debió integrarse enteramente por conjueces para evitar un conflicto de interés en el caso *Vila* (1987)⁴. Mientras la mayoría resolvió distinto al caso *Christou*, el conjuez Benchetrit Medina se inspiró en esa sentencia, en el comentario de Morello y en el TEDH para disentir. Así, la primera cita del TEDH aparece en un voto disidente de un conjuez, y se refiere al significado de la garantía de “plazo razonable” contenida en el artículo 6.1 del Convenio Europeo⁵. La jurisprudencia del TEDH sobre el tema terminaría dando forma, al menos a primera vista, a la interpretación de la CSJN sobre el artículo 8.1 de la Convención Americana, que se ocupa de esa misma garantía. También se convertiría en el tema más recurrente en el que la CSJN ha hecho referencia al TEDH.

En efecto, los temas en los que el TEDH ha sido más citado son, en orden decreciente, los siguientes: a) el derecho a un juicio sin demoras indebidas y el concepto de plazo razonable; b) la libertad de expresión y de prensa; c) la garantía de juez imparcial en materia penal; d) el debido proceso en relación con la obligación de extraditar; y e) el debido proceso y el derecho de defensa en el juicio penal.

Al principio, la CSJN argumentaba que, debido a que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se encontraba aún en una etapa inicial, era útil emplear la del TEDH para interpretar la Convención Americana cuando los artículos americanos y europeos en cuestión contaban con una redacción similar. Puede verse, en este punto, algún paralelo con la utilización de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para interpretar la Constitución argentina en los inicios de la CSJN. De modo similar, aquí la CSJN considera que ante la falta de suficiente desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre la Convención, era conveniente acudir al modelo europeo, que además se había utilizado como inspiración al momento de redactar el documento americano. El TEDH podía ayudar, entonces, a interpretar el alcance de las

² A. M. MORELLO, “El amparo. Una vuelta por sus fueros”, *Diario de Jurisprudencia Argentina* No. 5480, 1 de setiembre de 1986.

³ CSJN, “Christou, Hugo c. Municipalidad de Tres de Febrero” (1986), *Fallos* 308:155.

⁴ CSJN, “Vila, Juan Diego” (1987), *Fallos* 310:576.

⁵ *Ibid.*, voto en disidencia del conjuez Benchetrit Medina, considerando 1.

obligaciones internacionales que surgían de esa Convención para el Estado argentino, en aquellos puntos en que la redacción era similar, hasta tanto la práctica del sistema interamericano avanzara lo suficiente. No obstante, más tarde, a medida en que la jurisprudencia de la Corte IDH evolucionaba, la CSJN continuó refiriéndose a los criterios del TEDH, a veces junto a referencias a la Corte IDH.

La CSJN ha brindado una variedad de razones para citar decisiones del TEDH. Entre ellas, que la Convención Americana y Europea de Derechos Humanos estaban redactadas de manera similar⁶; que la Corte IDH o la Comisión Interamericana se habían referido al caso del TEDH al que hacía referencia la CSJN, o habían considerado la jurisprudencia del TEDH como una guía valiosa de interpretación de modo general, sin haber mencionado el caso específico que citaba la CSJN⁷; que la propia CSJN había considerado en casos anteriores la jurisprudencia del TEDH como una guía valiosa de interpretación⁸; que la cuestión jurídica por resolver o los hechos del caso eran similares a los tratados por el TEDH en la decisión citada⁹; que la sentencia del TEDH a la que se hacía referencia era renombrada o bien conocida respecto de la cuestión jurídica a resolver¹⁰; que las partes o el tribunal inferior habían mencionado casos del TEDH en favor de sus argumentos¹¹; y finalmente que, en general, era considerado valioso o conveniente “referirse al derecho comparado”¹².

En múltiples ocasiones, se menciona más de una justificación para referirse al TEDH. Por el contrario, en otras tantas, no se proporciona razón alguna. Esta ausencia de justificación cuenta con dos variantes. En la primera, la CSJN simplemente anuncia la cita afirmando: “En similar sentido, el TEDH ha sostenido que...”¹³. Esto ocurre principalmente cuando el tribunal ya ha argumentado y determinado su posición sobre cómo decidirá el caso, y luego agrega una serie de alusiones a tribunales extranjeros o internacionales a

⁶ Entre otros, CSJN, “Bignone, Reynaldo Benito A.” (2017), *Fallos* 340:549, disidencia del juez Maqueda, considerando 9.

⁷ Entre otros, CSJN, “Benítez, Aníbal L.” (2006), *Fallos* 329:5556, considerando 15.

⁸ Entre otros, CSJN, “Fabbrocino, Mario” (2000), *Fallos* 323:3699, disidencia de los jueces Nazareno, Boggiano y López, considerando 29.

⁹ Entre otros, CSJN, “Barra, Roberto E. T.” (2004), *Fallos* 327:327, voto concurrente del juez Vázquez, considerando 14.

¹⁰ Entre otros, CSJN, “Amarilla, Juan H.” (1998), *Fallos* 321:2558, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, considerando 11.

¹¹ Entre otros, CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo” (2007), *Fallos* 330:3248; “Quesada, Hugo Ramón” (2013), expte. núm. Q.62.XLIII.ROR.

¹² Entre otros, CSJN, “González de Delgado” (2000), *Fallos* 323:2659, voto concurrente del juez Petracchi, considerando 8.

¹³ Véase, por ejemplo, CSJN, “Fernández Prieto, Carlos Alberto” (1998) *Fallos* 321:2947, disidencia del juez Petracchi, considerando 9.

favor de esa línea de argumentación, razón por la cual las citas del TEDH generalmente vienen acompañadas con referencias a otros tribunales¹⁴. La segunda variante se da cuando —siguiendo una especie de estilo académico, en que se proveen referencias en sustento de una afirmación—, sin explicación alguna, luego de una afirmación se agrega entre paréntesis la referencia a una o más sentencias del TEDH¹⁵, o una serie de referencias a la jurisprudencia de la propia CSJN entre las cuales se encuentra una del TEDH¹⁶.

Sin excepción, la CSJN ha concordado con las decisiones del TEDH que ha citado; en todo caso, sostuvo que por algún motivo no eran “aplicables” al caso en cuestión. En la mayoría de las sentencias relevadas, la CSJN solo hace referencia al estándar de interpretación del TEDH que desea “importar” o mencionar. En veintiocho casos, se refiere también a los hechos de la decisión citada (en algunos¹⁷, lo hace para destacar que los hechos son similares a los del caso a resolver; en otros, se apunta que son diferentes¹⁸). Finalmente, solo en tres ocasiones el tribunal ha admitido que la interpretación a la que hace referencia se ha creado en una jurisdicción con un contexto jurídico, institucional, o cultural diferente¹⁹.

III. El rol de la cita dentro del razonamiento del tribunal

a. Citas decorativas

Lejos de tratarse de una excepción, las citas “decorativas” son la regla. En otras palabras, en la mayoría de las sentencias relevadas, las referencias al TEDH no constituyen eslabones relevantes en la cadena de argumentación del tribunal: si uno las eliminase del texto de la sentencia, el razonamiento y la conclusión a los que arribaría el tribunal permanecerían iguales. Además, se observa que no necesariamente hay una relación entre el grado de complejidad de las referencias y su relevancia en la argumentación del

¹⁴ En aproximadamente tres cuartas partes de los casos relevados, la CSJN no cita solo al TEDH sino que añade referencias a otros tribunales extranjeros o internacionales, u organismos de derechos humanos. Los tribunales y organismos que más se citan junto con el TEDH son el Tribunal Constitucional de España y de Alemania, la Corte IDH, la Comisión Interamericana y la Corte Suprema de Estados Unidos.

¹⁵ Por ejemplo, “Caracotche, Juan Ignacio” (1998), *Fallos* 321:342, considerando 4.

¹⁶ Por ejemplo, CSJN, “Brugo, Jorge Ángel” (2009), *Fallos* 332:2559, voto concurrente del juez Maqueda, considerando 13.

¹⁷ Entre otros, CSJN, “Quantín, Norberto Julio” (2012), *Fallos* 335:2150, considerando 15.

¹⁸ Entre otros, CSJN, “Gramajo, Marcelo E.” (2006), *Fallos* 329:3680, voto concurrente del juez Petracchi, considerando 44.

¹⁹ CSJN, “Dessy, Gustavo G.” (1995), *Fallos* 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, considerando 9; “Llerena, Horacio L.” (2005), *Fallos* 328:1491, voto concurrente del juez Petracchi, considerando 44; “Nicolini, Jorge C.” (2006), *Fallos* 329:909, disidencia del juez Lorenzetti, considerando 9.

tribunal: incluso entre las citas “decorativas” se encuentra una variedad de grados de elaboración diferente.

Entre las más pobres, no hay mención de los hechos ni de la doctrina de los casos europeos que supuestamente fueron resueltos en forma similar a lo que proponen los jueces argentinos. Nos encontramos ante las ocasiones mencionadas en las que, al final de una oración, aparece una referencia del TEDH entre paréntesis, o bien citas al final de un párrafo en las que se invocan los precedentes de la CSJN sobre el tema que se discute, más las referencias del TEDH que se incluyeron en el precedente invocado. Es común que en los casos que versan sobre algún tema en que se citó al TEDH, la CSJN reitere que en el pasado se sentenció de acuerdo a los lineamientos del TEDH o que se los incluyó en los considerandos.

En algunas oportunidades, las citas son un poco más elaboradas, pero demasiado vagas: no aportan ningún dato de relevancia para la solución del caso; a veces, al punto de que podrían utilizarse para argumentar el caso en direcciones muy diferentes. Por ejemplo, en *Aquino* (2004), se sostiene que “[e]n este último sentido, resulta de cita obligada la Corte Europea de Derechos Humanos: ‘Eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático’”²⁰.

Finalmente, hay una gran variedad de referencias extensas y detalladas que, sin embargo, no tienen peso real sobre el razonamiento de la CSJN. En la mayoría de estas sentencias, el tribunal ya ha argumentado y determinado su posición sobre cómo decidirá el caso, y luego agrega una serie de alusiones a tribunales extranjeros o internacionales a favor de esa línea de argumentación. En ciertas ocasiones, los propios jueces admiten el rol decorativo del “estudio comparado” en la argumentación llevada a cabo en la sentencia²¹. Lo dicho es suficiente para resolver adecuadamente la cuestión planteada, pero se considera necesario pasar revista del estado de la cuestión en otras jurisdicciones.

b. Citas que tienen peso en la cadena argumentativa de la sentencia

En diecinueve sentencias, no obstante, la CSJN se refiere a una o más decisiones del TEDH para extraer una serie de principios o de estándares que luego aplica a la solución del caso. Aquí también se pueden apreciar diferentes grados de elaboración y de detalle; sin embargo, lo que comparten estas citas es el rol que cumplen dentro del razonamiento del tribunal: los estándares —que en algunos casos surgen solo de decisiones del TEDH y en

²⁰ CSJN, “*Aquino, Isacio*” (2004), *Fallos* 327:3753, considerando 12.

²¹ CSJN, “*Pellicori, Liliana Silvia*” (2011), *Fallos* 334:1387, considerando 8.

otros de una combinación de citas de varios tribunales extranjeros o internacionales— se utilizan para construir un marco de interpretación que luego se emplea en aquello que se debe resolver.

Entre otros ejemplos, en *Microomnibus Barrancas de Belgano* (1989)²², se emplea el estándar que surge de *Airey* para interpretar el artículo 8.1 de la Convención Americana. En *Amarilla* (1998)²³, se extraen los principios de *Lingens* y de *Castells* sobre la expresión de opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros, para luego emplearlos en la apreciación de los hechos del caso. En *Arisnabarreta* (2009)²⁴, se analizan casos del TEDH y del Tribunal Constitucional español para crear un “esquema interpretativo” que permita delimitar conceptualmente cuándo puede entenderse que existe dilación indebida en el trámite de un proceso que se traduzca en denegación de justicia.

c. Citas que se utilizan para “dialogar” con los tribunales inferiores o con las partes

Finalmente, se destacan algunas sentencias en las cuales las referencias del TEDH sirven para “dialogar” con las partes o con los tribunales inferiores. En ciertas ocasiones, la CSJN ha citado al TEDH con tanta frecuencia en una determinada materia que las partes e incluso los tribunales inferiores incluyen en sus argumentos los principios desarrollados por el TEDH. En las sentencias relevadas, se observó este fenómeno en casos relacionados con la garantía de juez imparcial en materia penal, con el derecho a un juicio sin demoras indebidas y el concepto de plazo razonable, y con el debido proceso en relación con la obligación de extraditar.

En sentencias sobre esas materias, la CSJN ha llegado a corregir a las partes y a los tribunales inferiores en su interpretación de los estándares del TEDH y en cómo debían aplicarse en el caso en cuestión. Por ejemplo, en *Telleldín* (2009)²⁵, la CSJN corrigió la interpretación que un tribunal inferior había hecho de la jurisprudencia del TEDH sobre la garantía de imparcialidad en el proceso penal, y en *Kipperband* (1999)²⁶, la disidencia de Petracchi y Boggiano hace lo mismo con el concepto de plazo razonable. De forma

²² CSJN, “Microómnibus Barrancas de Belgano” (1989), *Fallos* 312:2490, considerandos 6 a 8.

²³ CSJN, “Amarilla, Juan H.” (1998), *Fallos* 321:2558, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, considerandos 11 a 14.

²⁴ CSJN, “Arisnabarreta, Rubén” (2009), *Fallos* 332:2159, disidencia parcial del juez Lorenzetti, considerandos 15 a 19.

²⁵ CSJN, “Telleldín, Carlos Alberto” (2009), *Fallos* 332:1210, considerando 11.

²⁶ CSJN, “Kipperband, Benjamín” (1999), *Fallos* 322:360, disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 13.

similar, en un caso sobre la garantía de juez imparcial, la CSJN soslayó la omisión del tribunal inferior de considerar los criterios del TEDH al resolver, a la vez que enfatizó que su postura sobre el asunto está basada en esos criterios²⁷.

En tres oportunidades²⁸, la invocación del TEDH por parte de los tribunales inferiores o de las partes ha provocado que los jueces de la CSJN se vieran en la necesidad de explicar por qué cierta decisión o conjunto de decisiones del TEDH no eran “aplicables” al caso que se debe resolver, en un ejercicio similar al que efectúan los jueces del *common law* al llevar a cabo el *distinguishing*. Así, contrastaron los hechos del caso a resolver respecto de los hechos de la sentencia del TEDH invocada, a fin de determinar si había similitud entre ellos y el “precedente” debía ser “aplicado”. Este tipo de sentencias permite adquirir dimensión del papel que ostenta —o parece que ostenta— la doctrina del TEDH en la jurisprudencia de la CSJN sobre determinadas materias.

IV. ¿Existe una influencia del TEDH sobre la CSJN?

La investigación doctoral apuntó a determinar, por un lado, el rol de las citas dentro de la argumentación del tribunal, teniendo en cuenta las sentencias individualmente; por otro lado, se buscó apreciar el impacto que habían tenido las sentencias europeas en las líneas jurisprudenciales de la CSJN en las que había una mayor concentración de citas. Como las noventa y una citas se encontraban principalmente en determinados temas, era esperable observar una influencia relevante en la posición de la CSJN sobre esas cuestiones. De hecho, como se mencionó, el propio tribunal habla de la jurisprudencia del TEDH en algunas de sus sentencias como si así lo fuera. Sin embargo, el análisis de las líneas de jurisprudencia dio como resultado que no hay un impacto significativo de la doctrina del TEDH en la CSJN.

Por ejemplo, si se hace un repaso por la jurisprudencia de la CSJN sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, puede apreciarse que, en materia de límite a la duración de los procesos, el *leading case* es *Mattei* (1968), en el cual la CSJN sostuvo por primera vez que el respeto a la dignidad humana y el derecho a un juicio justo requerían evitar demoras procesales excesivas²⁹. Los principios expuestos en *Mattei*

²⁷ CSJN, “Sr. Procurador General c. acusación Daniel E. Freytes” (2013), *Fallos* 336:145, considerando 13.

²⁸ CSJN, “Quiroga, Edgardo” (2004), *Fallos* 327:5863, voto concurrente del juez Fayt, considerandos 26 y 27; “Llerena, Horacio L.” (2005), *Fallos* 328:1491, disidencia parcial de los jueces Belluscio y Argibay, considerando 6; “Mazzeo, Julio Lilo” (2007), *Fallos* 330:3248, voto en disidencia del juez Fayt, considerandos 9 a 13.

²⁹ CSJN, “Mattei” (1968), *Fallos* 272:188.

reaparecieron en muchos otros casos posteriores; entre ellos, *Mozzatti* (1978), en el cual el proceso penal había tomado más de veinticinco años, y la CSJN declaró por primera vez que la acción penal había prescrito debido a la duración indebida del proceso³⁰. En esos casos subsiguientes, cuando correspondía, la CSJN consideró la complejidad del caso, la conducta del imputado, la conducta de las autoridades estatales y aquello que estaba en juego para el imputado³¹. Esos principios son, en esencia, los que aparecen en posteriores referencias a la jurisprudencia del TEDH sobre el tema a partir del caso *Vila* en 1987.

V. Reflexiones sobre el uso del derecho internacional (y extranjero) en la argumentación constitucional

El examen de estas sentencias ha arrojado algunos resultados preocupantes acerca del uso de referencias a tribunales internacionales (y extranjeros) por parte de la CSJN.

En primer lugar, las justificaciones brindadas por la CSJN para acudir a la jurisprudencia del TEDH revelan al menos dos cuestiones. Por un lado, una tendencia a mostrar que su opinión es compartida por uno o más tribunales prestigiosos, a demostrar a través de citas que existe una especie de consenso sobre el tema a fin de otorgar una mayor apariencia de legitimidad a lo decidido en la sentencia. Por otro lado, la ausencia de justificaciones en algunos casos muestra cuán naturalizada está la práctica en la CSJN: cuenta con tantos años de historia en la jurisprudencia del tribunal que no sorprende que los jueces no se sientan obligados a justificar por qué se refieren a decisiones de cortes extranjeras o internacionales en apoyo de sus argumentos.

En segundo lugar, las citas incompletas, erróneas o confusas, lejos de tratarse de un caso excepcional y aislado, abundan en las sentencias relevadas. La CSJN, por la naturaleza de la función jurisdiccional y por la trascendencia institucional de sus pronunciamientos, tiene una obligación esencial frente a la ciudadanía: la fundamentación adecuada y clara de sus decisiones. En esa fundamentación, si decide apoyarse en sentencias dictadas por tribunales extranjeros o internacionales, tiene como mínimo la obligación de ser transparente respecto de esas fuentes y de publicar los datos relevantes para su identificación. En algunos casos, por el contrario, se lleva a cabo un estudio de derecho comparado detallado y extenso, como ocurre en *Carranza Latrubesse* (2013)³²,

³⁰ CSJN, “Mozzatti” (1978), *Fallos* 300:1102.

³¹ Véase G. F. TROVATO Y A. DONNES, “La extensión de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable a los procesos administrativos sancionadores. Primeros pasos de la Corte Suprema y el posterior desarrollo de la jurisprudencia”, RDP 2016-7, 14 de julio de 2016, pp. 1336 y ss.

³² CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo” (2013), *Fallos* 336:1024.

pero su inclusión en la sentencia dificulta la comprensión del razonamiento del tribunal. Complica algo que debería ser más sencillo, solo para lograr una mayor sensación de legitimidad de lo resuelto. Esto me lleva a la siguiente conclusión.

En tercer lugar, si tenemos en cuenta que las citas son en su mayoría decorativas, cabe preguntarse si las sentencias judiciales son el lugar adecuado para este tipo de demostraciones de erudición. Como se ha mencionado, se observa una especie de analogía con el estilo académico, en los casos en que un jurista busca mostrar que un criterio es compartido entre ciertos autores. La diferencia es que cuando es un tribunal el que apela a estas muestras de erudición o búsquedas de “refuerzo” de sus argumentos en otras cortes y organismos, coarta indirectamente su propia autoridad para decidir casos, pues lo que comunica en última instancia a la ciudadanía es que su propia elaboración y fundamentación del caso es insuficiente. Incluso si esto no ocurriera, las citas decorativas complican la comprensión de las sentencias: alargan sus textos y dilatan sus líneas de argumentación, que se vuelven más difíciles de entender. En relación con esto, surgen algunas preguntas importantes: ¿quiénes son —o deberían ser— los destinatarios de las sentencias de la CSJN? ¿Existe un “derecho a entender el derecho” por parte de los ciudadanos? Y si es así, ¿este tipo de sentencias lo respeta?

En cuarto lugar, es corriente que en los casos que versan sobre algún tema en que se citó al TEDH, la CSJN reitere que en el pasado se sentenció de acuerdo a los lineamientos del TEDH o que se los incluyó en los considerandos. Sería razonable que la CSJN tome prestado un estándar como ayuda ante un caso difícil o nuevo, pero una vez sentado su propio criterio, ¿no bastaría con citar su propio precedente? De hecho, según Huertas, eso es lo que hizo la CSJN con la jurisprudencia estadounidense en sus primeros años³³. Hoy pareciera que la adopción de un principio, si es tomado de un tribunal prestigioso como el TEDH, es inescindible de su génesis: aunque se trate de una línea jurisprudencial consolidada —y aunque verdaderamente no haya tenido una influencia decisiva en la forma de resolver de la CSJN, como se ha visto— la CSJN repite incansablemente que el estándar se creó acudiendo al TEDH. La razón es evidente: lo relevante parece ser invocar la presencia del TEDH, de modo de aumentar la legitimidad

³³ La autora observa que “[c]uando los principios aportados por el constitucionalismo de los Estados Unidos ya fueron incorporados al plantearse por primera vez un tema, con posterioridad el Tribunal se basa en su propia jurisprudencia y no en la doctrina original que le sirvió de inspiración”. M. M. M. HUERTAS, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 189.

de los argumentos del caso a decidir y del precedente de la CSJN que se invoca en apoyo de esos argumentos.

El resultado de esa invocación constante queda a la vista: en algunas ocasiones, la propia CSJN se ve en la necesidad de explicar por qué tal o cual “precedente” del TEDH se aplica o no se aplica al caso que debe decidir. Por supuesto, la CSJN de ningún modo está obligada a “aplicar” ningún “precedente” del TEDH. No obstante, la misma CSJN lo provoca al reiterar las citas del TEDH en casos sobre las mismas materias, al indicar a un juez inferior que omitió tomar en cuenta determinada sentencia, o al corregir a una parte respecto de cómo debe interpretarse un pronunciamiento del TEDH. La forma de argumentar de los jueces parece descansar sobre una cierta noción de que se trata verdaderamente de precedentes. Vuelve así razonable sostener que, para ser coherente con *sus* propios precedentes, debe aplicar los del TEDH —o explicar por qué no lo hace—

Estos hallazgos son contrarios a casi todo lo que se dice sobre cómo los jueces deberían usar materiales extranjeros en sus decisiones y sobre los beneficios del “diálogo judicial”. Revelan que las referencias son en su mayoría decorativas. Señalan un uso libre y fácil de las citas, para aumentar la *legitimidad* en lugar de la *calidad* de las decisiones. Implican que la autoridad que la CSJN enviste sobre una interpretación constitucional no es suficiente, o al menos puede mejorarse significativamente cuando proporciona pruebas de que su interpretación es compartida por un “mejor tribunal”. Esto explica por qué la CSJN tiende a recordar que el estándar que aplica al caso ha sido tomado del TEDH, incluso cuando se trata de un principio establecido por su propia jurisprudencia: las citas tienen menos que ver con el contenido y más con el origen de ese contenido. También demuestra por qué a veces es suficiente incluir una cita vaga que no se refiere a las particularidades del caso ni obliga al tribunal a tomar una determinada dirección. Las referencias no se incluyen por su contenido o su dimensión intelectual, sino por la legitimidad que confieren a la decisión frente a las partes, frente a otros jueces (del propio tribunal, de los tribunales inferiores y de los tribunales extranjeros o internacionales), y frente al público en general (tanto nacional como internacional).

Cómo citar: Herrera Pérez, Enlil Iván (2020). La motivación constitucionalmente deficitaria: ¿exigencia de motivación o una vía arbitraria para la revisión de causas?. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONALMENTE DEFICITARIA: ¿EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN O UNA VÍA ARBITRARIA PARA LA REVISIÓN DE CAUSAS?

Enlil Iván Herrera Pérez¹

Resumen

La jurisprudencia constitucional peruana concebía como vicios de motivación de las resoluciones a los defectos en la motivación (interna o externa) así como a la insuficiencia de la misma. Sin embargo, a partir de la sentencia 01747-2013-PA/TC crea la figura de la “motivación constitucionalmente deficitaria”, vicio en el cual se incurre por excluir a un derecho fundamental en una controversia, por atribuir erróneamente un contenido a un derecho, o por realizar una “mala ponderación”. El autor evalúa si esta figura creada por el Tribunal Constitucional peruano impone en la jurisdicción ordinaria un deber de motivación realizable, o si, por el contrario, crea una vía arbitraria para la revisión de causas al extender el deber de motivación a un deber de encontrar “la única respuesta correcta” para cada caso planteado. La conclusión que se sostiene es que por “motivación constitucionalmente deficitaria” el Tribunal Constitucional establece un estándar de motivación *inalcanzable* (o “alcanzable” por mera *coincidencia*) que desfigura la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales, permitiéndose a sí mismo una vía libre y arbitraria para avocarse a causas resueltas con las que discrepen.

La motivación de las resoluciones en la jurisprudencia peruana

A diferencia de otros actores, a los jueces –y órganos que realicen actividad jurisdiccional- no se les presume la *ausencia de arbitrariedad*, sino que se les exige que

¹ Maestro en Derecho por la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna (Perú). Abogado en ejercicio, titulado con felicitación pública por la Universidad Privada de Tacna (Perú). Actualmente cursa el programa de Doctorado en Derecho en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna (Perú).

la manifiesten –entre otros- motivando sus resoluciones judiciales². Una garantía que se ve *afectada por vicios de motivación*, clasificados como (1) motivación defectuosa en sus dimensiones interna –si la resolución presentaba un discurso incoherente, o si incurría en un error lógico inferencial- y externa –por inconsistencia de las premisas fácticas o normativas-; e (2) insuficiencia de la motivación –por falta motivación, insuficiencia manifiesta, o por incurrir en una motivación de mera apariencia. Clasificación a la que se agregaría una denominada “motivación constitucionalmente deficitaria”, concebida estos últimos años por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, “TC”) como aquellos:

“[...] errores en la justificación de una decisión debido a la exclusión de un derecho fundamental (no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse), a una mala delimitación de su contenido protegido (al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía) o a que la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental.”³

“Errores” que constituyen el objeto central de preocupación y consiguiente evaluación en el presente trabajo, bajo la interrogante de si esta figura creada por el TC impone en la jurisdicción ordinaria un deber de motivación *realizable*, o si, por el contrario, crea una vía arbitraria para la revisión de causas al extender el deber de motivación a un deber de encontrar “la única respuesta correcta” para cada caso planteado. Para tal propósito se propone desarrollar cada uno de tales “errores” conceptualizándolos y evaluándolos por separado, para finalmente realizar un balance general.

1. Errores de exclusión

Según el TC, se incurre en este tipo de errores cuando se *excluye* en una causa la aplicación de un derecho fundamental que resultaba relevante en el caso concreto. Los argumentos que sustentan la calificación de este tipo de errores como vicios de

² Como explícitamente se exige en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

³ Tribunal Constitucional (TC), *Sentencia recaída en el expediente 01747-2013-PA/TC*, ver el fundamento jurídico 4.3. Al respecto, debe revisarse conjuntamente Espinosa-Saldaña, E., *fundamentos de voto contenidos en el expediente 00987-2013-PA/TC*.

motivación, se centran básicamente en las tesis de la supremacía⁴ y de la omnipresencia de la Constitución⁵, aspectos característicos del modelo del Estado Constitucional.

Un típico ejemplo de este tipo de errores, sería el caso Lüth [BVerfGE 7, 198] en el que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania argumentaría por la eficacia de los derechos fundamentales en toda área del Derecho, estableciendo como criterio jurisprudencial que: “El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerGG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil”⁶. Un objetivo de lo que parece perseguir este tipo de errores de exclusión.

Partiendo de dicho razonamiento el juez ordinario tendría que preguntarse ¿qué derechos fundamentales resultan relevantes en el caso concreto? Lo que llevaría a preguntarse si ¿existe un catálogo definido de derechos fundamentales que actúe como una *vara de medición* para cotejar si el juez ordinario ha tomado en cuenta “todos los derechos fundamentales de aplicación relevante” en el caso concreto? Claramente la respuesta es negativa, y revela una problemática compleja. Esto, debido a que, si bien la Constitución peruana enumera una serie de derechos fundamentales, también contiene una cláusula de *numerus apertus*, que sólo permite resaltar la multiplicidad de posibilidades respecto de normas de derechos fundamentales. La pregunta es si al juez ordinario se le exige *conocer o considerar* únicamente las normas de derechos fundamentales explícitas y aquellas previamente adscriptas⁷, o si también se le exige *conocer o considerar* aquello *potencial y adscribible*. Si esta última fuese la respuesta, entonces se estaría exigiendo que los jueces tengan una capacidad “sobrehumana” como el juez “Hércules” de Dworkin⁸, quien puede (y debe) tener pleno conocimiento de las diversas fuentes existentes en el mundo jurídico y lo que lo faculta a conocer la respuesta

⁴ Enfocado sobre el rol del Poder Judicial, argumenta que “los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley”, como anotan Gastón Abellan & García Figueroa en *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 24.

⁵ Según la cual no podrían concebirse espacios del sistema jurídico exentos de la vigencia de la Constitución, sistema cuya interpretación y aplicación debe hacerse en consonancia y coherencia con la Constitución, pues esta sería la manera de concretizar su vigencia y supremacía tesis asimilada por el propio TC en sentencias previas (cfr. 05854-2005-PA/TC, FJ. 12). Vid. Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*. 2ª ed. (J. M. Seña, Trad.). Barcelona: Gedisa, 2004; Hesse, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. (P. Cruz Villalon, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁶ Schwabe, J. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, 2009, p. 202.

⁷ En términos de Alexy, que también habrían sido asimilados por el TC en los *expedientes 0895-2001-AA/TC y 1417-2005-PA/TC*. Cfr. Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*

⁸ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, 2ª Ed. (M. Gustavino, Trad.). Barcelona: Ariel, 1989.

correcta para cada caso y así verificar la verdad de las proposiciones jurídicas que establece en su razonamiento⁹.

Ello no parece ser admisible materialmente. Por otro lado, si lo que se exige sólo se enfoca en normas explícitas y aquellas previamente adscriptas tal exigencia sí podría ser sostenible. Sin embargo, una interrogante que podría plantearse en este escenario es si el problema de *error de exclusión de un derecho* podría entenderse como un problema de determinación de la norma aplicable al caso. Si la respuesta resultase afirmativa entonces este tipo de errores, según el segundo escenario descrito, podrían ser asimilados como deficiencias en la motivación externa.

2. Errores de delimitación

Este segundo tipo de errores acontece a razón de que, pese a considerarse el derecho o derechos relevantes para decidir el caso concreto, a tal derecho o derechos se le atribuye un contenido más amplio –errores de delimitación por exceso- o más restringido –errores de delimitación por defecto- del que “constitucionalmente le corresponde”, sea en cuanto a los atributos, potestades, privilegios o inmunidades que se desprendan de tal o cual derecho¹⁰. La diferencia con los errores de exclusión es que, en este caso, pese a identificarse el derecho o derechos aplicables, su aplicación resulta deficiente a razón de una interpretación errada de su contenido –sea por exceso o defecto.

Esta aparente exigencia de *rigidez* lleva preguntar si ¿los derechos fundamentales tienen un contenido determinado? El TC parece afirmar ello, de otra manera no podría ser posible un *error en la delimitación del contenido de un derecho*. Un razonamiento que bien podría partir de la tesis de la única respuesta correcta¹¹ según la cual el rol de los jueces no es “crear” Derecho, sino aplicarlo, y, por ende, los jueces o tribunales pueden equivocarse al delimitar los alcances de un derecho en cuanto partan de una proposición *falsa* sobre su contenido. La cuestión es ¿cómo podemos llegar a la contemplación de las *proposiciones verdaderas* sobre el contenido de tal o cual derecho?

⁹ Dworkin, R. *Una cuestión de principios*. (V. Boschioli, Trad.). Buenos Aires: Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2013.

¹⁰ Hohfeld, W. N. *Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial reasoning, and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1919. Probablemente con la finalidad de lograr una construcción más “precisa” –en palabras de Alexy- de la dogmática de los derechos fundamentales. Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

¹¹ Dworkin, R., 1989, *Ob. Cit.*

Para Alexy¹² ello es posible¹³ a través del principio de proporcionalidad. Sin embargo, esto no sería del todo preciso considerando que Alexy también afirma que el contenido de las proposiciones tiene componentes objetivos –pues los derechos “existen”–, pero también subjetivos¹⁴ --pues su contenido también depende de la decisión del intérprete. Si el TC sigue esta concepción, la exigencia podría leerse así: “los jueces están obligados a respetar el contenido determinado o *determinable* de los derechos”. Una exigencia no plausible.

Sin embargo, la conclusión podría ser otra si se parte de concepciones como la constructivista moderada¹⁵, desde la cual se concibe que los jueces algunas veces *crean* y otras *aplican* derecho, lo que implica que en algunos casos habrá –y en otros no– respuestas correctas. Ello no dependería de condiciones de *verdad*, sino de condiciones de *afirmabilidad*, esto es, como anota Moreso, “por la posibilidad de demostrar que determinadas consecuencias se obtienen del sistema jurídico originario, i.e. de la constitución”¹⁶. Partiendo de ello, tendría que entenderse que la exigencia sobre los jueces y tribunales ordinarios no podría ser el restringir su interpretación de los derechos a un contenido *verdadero* o a una única respuesta correcta para cada caso, sino el respetar el margen de discrecionalidad establecido desde las fuentes del Derecho –y no de la moral, aunque en algunos casos se *coincida* con tal. Así, la exigencia concreta sería el respetar los límites previamente establecidos por efecto del derecho positivo –en primer lugar, del texto constitucional– así como de la jurisprudencia –distinguiéndose el nivel de vinculatoriedad en cada ámbito de la interpretación judicial. Sí esta última apreciación es plausible, entonces podría formularse la interrogante de si el problema de *error de delimitación de un derecho* podría entenderse como un problema de interpretación de la norma jurídica. Si esta perspectiva fuese aceptada, entonces este tipo de errores podrían ser asimilados como deficiencias en la motivación externa.

¹² Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*; 2002. *Ob. Cit.*

¹³ Y al parecer *necesario*. Cfr. Alexy, R. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (J. Portocarrero Quispe, Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 11-29, 2011.

¹⁴ Así, concluye en que, siendo que el razonamiento jurídico tiene algo de “objetivo”, eso lo convierte en algo “más que subjetivo”. Alexy, R. “Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos” (A. Nava Tovar, Trad.). *Signos filosóficos*, 15(30), 153-171, 2013.

¹⁵ Hart, H. L. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. En P. Casanovas, & J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (J. J. Moreso, & P. E. Navarro, Trads., pp. 327-350). Barcelona: Crítica, 1994.

Hart, H. L. *El concepto de derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

¹⁶ Moreso, J. J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra, 2014, p. 187.

3. Errores por una “mala ponderación”

Entendiendo por “ponderación” lo que Alexy denomina como “proporcionalidad”¹⁷, y, por tanto, a errores respecto de los tres subprincipios de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*)¹⁸, se exigiría: (1) respecto al subprincipio de idoneidad, el deber de argumentar que la medida que se establezca en una ley, resolución judicial o acto administrativo, que limite un derecho para satisfacer otro que tal tiene que ser lo suficientemente capaz para lograr dicha finalidad; (2) respecto al subprincipio de necesidad, el deber de argumentar que no se tienen otras opciones alternativas de menor costo que la medida cuestionada; y (3) respecto al subprincipio de ponderación, el deber de argumentar que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁹ para considerar que la medida objeto de examen resulta proporcional y por ende legítima, o en caso contrario desproporcional y por ende ilegítima.

Un cuestionamiento inicial que puede realizarse es que es que no existe un único modo de *ponderar*²⁰ y que las diversas Altas Cortes han dirimido casos de conflictos entre derechos mucho antes de que Alexy propusiese su modelo de ponderación. En segundo lugar, aún si el TC pretendiese específicamente adoptar el modelo ponderativo de Alexy, debe observarse que, desde su primera propuesta²¹, dicho modelo ha sido enmendado y modificado por su propio autor²². Sin embargo, aun de considerarse “exigible” la propuesta “clásica”²³ de Alexy, y aun aceptando la racionalidad de las dos primeras fases de la proporcionalidad –i.e. idoneidad y necesidad-, el control sobre la justificación dichas fases (un control medio-fin) sería un control tal como el que se realiza bajo exigencias de motivación internas y externas. Por otro lado, en cuanto a la tercera fase –i.e. la ponderación-, el control a efectuarse sería notablemente problemático: (1) si se considera a la ponderación como un esquema a ser aplicado para explicar el razonamiento judicial,

¹⁷ Como parece indicar Espinosa-Saldaña, E. *Ob. Cit.*, FJ. 48, evidenciando que el TC estaría asimilando la idea alexyana de la proporcionalidad como meta-principio necesario –y no meramente contingente- para la realización de los derechos fundamentales.

¹⁸ Vid. Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*; Alexy, R. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. (C. Bernal Pulido, Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, 2002, 13-64.

¹⁹ Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*, p. 161.

²⁰ Vid. Barak, A. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. (G. Villa Rosas, Trad.) Lima: Palestra Editores, 2017.

²¹ En Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*

²² Ello puede verse desde su concepción y clasificación de principios en principios materiales y formales, hasta su propia fórmula del peso. Cfr. Alexy, R. “Principios formales. Algunas respuestas a los críticos”. En J. Portocarrero Quispe, *Ponderación y discrecionalidad*. (pp. 23-58). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

²³ Alexy, R., 1993. *Ob. Cit.*; 2002. *Ob. Cit.*

entonces sería contraproducente exigir una justificación basada en variables numéricas cuando la problemática gira en torno a una falta de claridad conceptual; y (2) a pesar de que pudiese considerarse a la ponderación como una propuesta normativa para maximizaría la transparencia de las decisiones²⁴, el control de motivación seguiría teniendo un problema fundamental: no puede reducir la subjetividad del intérprete ni mucho menos garantizar la obtención de una única respuesta correcta²⁵. Insistir en tal exigencia conduciría a una suerte de fundamentalismo ideológico.

Entonces, el único control plausible realizable en la tercera fase, y por ende, en la ponderación en general, sería un control bajo exigencias de motivación internas y externas, no ameritándose la creación de una figura distinta como vicio de motivación

4. Reflexiones finales a modo de conclusión

A través de lo presentado en el artículo se ha pretendido convencer al lector de que la figura de la *motivación constitucionalmente deficitaria*, no solamente es una figura innecesaria, sino que es una figura problemática al desfigurar la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales establecida en nuestra Constitución y permitir la apertura de una vía arbitraria a la cual sólo el TC tendría acceso y en la cual podría permitirse avocarse a causas ya resueltas con las que ideológicamente discrepe. Y ello sólo confirmaría la preocupación de Böckenförde que comparte y cita el mismo Alexy desde su *Epílogo* hasta sus escritos más recientes y que parece no desear: “el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional – de la Jurisdicción Constitucional”²⁶.

²⁴ Sardo, A. “Teorías de la ponderación. Análisis crítico”. En P. Grández, & F. Morales, *La argumentación jurídica en el estado constitucional* (pp. 239-272). Lima: Palestra Editores, 2013.

²⁵ Bernal Pulido, C. “Estructura y límites de la ponderación”. *Doxa*, núm. 26, 225-238, 2003.

²⁶ Alexy, R., 2002, *Ob. Cit.*, p. 17.

Cómo citar: Hernández Aguirre, Christian Norberto (2020). Reflexiones sobre el ejercicio jurisdiccional contemporáneo. Perspectivas y retos en la argumentación, interpretación y retórica. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO. PERSPECTIVAS Y RETOS EN LA ARGUMENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y RETÓRICA

Christian Norberto Hernández Aguirre¹

Resumen

Se reflexiona sobre la necesidad de redimensionar prácticas, usos y paradigmas que incidan en la formación del juzgador y que pueden repercutir en la sociedad en torno a una interpretación y argumentación ética en su ejercicio e influencia de la retórica en sus resoluciones o la falta de ello en la práctica judicial, donde se precisa la utilización de justificación mediante razonamientos guiados por métodos y una correcta utilización del lenguaje, en general, para articular una óptima tarea comunicativa comprensible y reflejada de manera clara en las determinaciones que van dirigidas a la sociedad. Por lo que se analiza cómo el juzgador debe armonizar entre principios, valores y reglas, con ciertas condiciones que debe tener, como independencia institucional y personal (interior y exterior), objetividad e imparcialidad judicial y jurídica, así como, confianza pública en lo anterior (en un ejercicio ético del Juez) hacia una justicia constitucional.

I. Introducción

Se reflexiona sobre la necesidad de redimensionar prácticas, usos y paradigmas que incidan en la formación del juzgador y que pueden repercutir en la sociedad en torno a

¹ Doctor en Derecho, Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, campus Ensenada, integrante del cuerpo académico “Estado de Derecho y Justicia” (UABC-CA-247) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, christian8879@uabc.edu.mx.

una interpretación y argumentación ética en su ejercicio e influencia de la retórica² en sus resoluciones o la falta de ello en la práctica judicial, donde se precisa la utilización de justificación mediante razonamientos guiados por métodos y una correcta utilización del lenguaje, en general, para articular una óptima tarea comunicativa comprensible y reflejada de manera clara en las determinaciones que van dirigidas a la sociedad. Por lo que se analiza cómo el juzgador debe armonizar entre principios, valores y reglas, con ciertas condiciones que debe tener, como independencia personal e institucional (interna y externa), objetividad e imparcialidad, con lo que se ayude a generar confianza pública (en un ejercicio ético del Juez) hacia una justicia constitucional.

II. Sobre la actividad jurisdiccional y su progreso

La actividad jurisdiccional ha cambiado mucho en los últimos años. Los grandes cambios sociales y las necesidades del positivismo formalista, no se perciben en el siglo XXI en una simple aplicación de una ley. En la actualidad las teorías contemporáneas, no conciben sólo al ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos vacíos, o estándares fijos, que un Juez debe aplicar casi de manera correcta y precisa, sino todo lo contrario. En un verdadero Estado Constitucional, todas las normatividades se encuentran inmersas de cierta carga de valores para que las interacciones que se generen dentro de un ordenamiento jurídico se resuelvan acorde a los principios, valores y fines insertos en la Constitución.³

Hace algunas décadas, el juez, debía ceñirse al rol de aplicador de la norma. En el presente, cuando se habla de un nuevo paradigma en los órganos jurisdiccionales, en el cual hablamos marcadamente del juez constitucional, el rol del juez resulta sustantivamente distinto. En la actualidad el Derecho es una ciencia y el juez defiende los derechos fundamentales en la percepción de que en el Estado existen más principios que

² La retórica ha sido definida por Aristóteles, como la facultad de teorizar sobre todo aquello que es útil para persuadir y convencer, así mismo, como una teoría de la comunicación y argumentación... Negaba a la retórica la condición de arte, lo que parece que argumentaba el filósofo de la capacidad de ésta última para persuadir sobre tesis antitéticas, que es tarea de la dialéctica. Saber defender la tesis más probable (determinado mediante una técnica de la persuasión la necesidad de que se acepte), tal es la tarea de la retórica pero con ética, es decir, utilizar a la retórica no para engañar o convencer sin argumentar justificando, de nada vale la retórica que con la finalidad de persuadir pueda persuadir pero sin justificar. Para mayor información véase, Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Cremos, 2007, p. 25 y ss.

³ Riccardo Guastini habla de la "*incompletud del Estado de Derecho*" para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el Estado Constitucional como efecto de su vinculación preferente a la Constitución. en "Note su Stato di diritto, sistema giuridico, e sistema politico", en: Montanari, B., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Edit. Giappichelli, Torino, 1992, p. 177.

reglas enunciadas, más ponderación que subsunción, no hay zonas exentas de control constitucional, se postula un arsenal plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica de la norma y finalmente el juez asume un rol prevalente frente al legislador.

En el siglo XXI, se comienza una nueva propuesta, en la vía control difuso el juez puede dejar sin efectos una ley si ésta colisiona con el principio de supremacía normativa de la Constitución. La interpretación del juez constitucional actual, goza de preferencia frente al mecanismo de interpretación auténtica del legislador, dando un cambio sustancial y convirtiéndose en un extraordinario mecanismo de defensa de los derechos fundamentales. Existe notoriamente una diferencia entre ambos tipos de jueces, en tanto el juzgador del frío silogismo, asume un rol marcadamente distinto respecto a la decisión a resolver y, que hoy trabaja todo un capítulo en la argumentación constitucional, quitando las fortalezas de aquellas posiciones que postulan las libertades públicas subjetivas como derechos absolutos.

III. Sobre la capacitación (y actualización) hacia una ética judicial

Tenemos presente, en ese orden de ideas, que Gustavo Zagrebelsky no se equivocaba cuando aseveraba la ductilidad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.⁴ En ese tenor de ideas, la capacitación al operador judicial juega un papel muy importante, máxime que los jueces, siendo uno de los protectores jurisdiccionales de los Derechos Humanos, debe tener una gran ética producto de una actualización permanente.

La actualización de los jueces, es pilar en un Estado Constitucional, ya que la actividad jurisdiccional que comienza a interpretar y aplicar el derecho no consiste en determinar exclusivamente que se ha producido el hecho, sino que debe darse las circunstancias que la ley requiere. El juez siempre ha hecho algo más que subsumir el supuesto de hecho en la norma porque la interpreta y, es decir, con la interpretación crea una norma nueva.⁵ Los jueces deben ser honestos. Si crean nuevo derecho, deben decirlo. No deberían esconderse detrás de la retórica de que los Jueces declaran lo que el derecho

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2011. p. 57.

⁵ Uno de los elementos que resaltan en el proceso de consolidación del Estado democrático constitucional de derecho, que se desarrolla en la últimas décadas, es la universalización de la jurisdicción constitucional; cuya misión es la de ejercer el control de constitucionalidad resguardado que las disposiciones legales cumplan con las condiciones de validez formal y material. Que los órganos del poder constituido ejerzan sus funciones respetando el principio de separación de funciones o la distribución del ejercicio del poder político en su sentido vertical o territorial y en su sentido horizontal, y protegiendo los derechos humanos positivados en la Constitución.

es y no lo crean.⁶ Una correcta actualización de los jueces, origina confianza de la ciudadanía en que los jueces no expresan sus puntos de vista (personales), sino las creencias fundamentales de la nación con objetividad que minimice la subjetividad. En efecto, el Juez no tiene la espada ni el bolso, lo único que tiene es la confianza del público, este hecho significa que el público reconoce la legitimidad de las decisiones judiciales, incluso si está en desacuerdo con su contenido.⁷

El juez contemporáneo, puede ser visto como una persona a quien se le ha otorgado un poder conferido por la sociedad, por lo que es preciso cuente con ciertas idoneidades,⁸ que se aprueban inicialmente mediante un proceso de selección, para en consecuencia, ser apto o estar en las mejores condiciones para desempeñar una función jurisdiccional resolviendo apegado a la racionalidad y razonabilidad para llegar a una solución justa o cuando menos aceptable y comprensible atendiendo los límites de un justicia constitucional con el apoyo de sus colaboradores.

Algunas de las condiciones que trasciende en la argumentación judicial es la independencia judicial que puede ser vista como la que puede y debe gozar el Poder Judicial respecto de las tensiones que pueden existir con los demás poderes del Estado, como el Ejecutivo y Legislativo, así como, de los demás poderes de la sociedad, como lo pueden ser los medios de comunicación social, asegurando el respeto de sus derechos y sus espacios constitucionales. En palabras de Ferrajoli, el juez se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos de los órganos del Estado frente a las lesiones que de ellos se deriven para los derechos de los ciudadanos. Y es claro que para desempeñar un papel semejante no debe tener ninguna relación de dependencia, directa ni indirecta, con ningún otro poder. Dicho con otras palabras, debe ser independiente tanto de los poderes externos como de los poderes

⁶ Barak, Aharon, *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, SCJN, México, 2009, p. 51.

⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁸ Elegir un juez supone habitualmente un proceso dirigido a establecer si cuenta con ciertas idoneidades, por eso hay algunos ciudadanos que no pueden pretender serlo; de esa manera se han ido configurando hasta cuatro idoneidades: físico-psicológicas (que incluye edad, cierto estado físico y también psicológico), científico-técnica (requiere conocer de derecho y contar con título habilitante, como también saber operarlo dado que la función judicial es diferente de los otros modos de ejercer la profesión: asesorar, enseñar o abogar), gerencial (el juez debe administrar su tiempo, recursos materiales, organizar el trabajo de colaboradores, etc.) y ética (se pretende que goce de una cierta honorabilidad o confianza pública por lo que se excluyen por ejemplo a quienes hayan cometido ciertos delitos). Para mayor información véase Vigo, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2007, p. 28-29 y ss.

internos de la organización judicial.⁹ Por lo que se precisa que el Poder Judicial goce y se le garantice cierta autonomía e independencia judicial.¹⁰

En coherencia con Elías Díaz, la independencia del poder judicial frente a las presiones tanto del legislativo como, sobre todo, del ejecutivo, constituye una pieza insustituible del Estado de Derecho. Requiere éste que la Administración de Justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, un sistema que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto central para comprobar si existe o no el auténtico Estado de Derecho; así, cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los Tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho.¹¹

No se pone en tela de juicio la diferencia de las funciones y recepción que ejerce un juez con el de una persona o un académico, al ser la función judicial donde se compromete no sólo el bien personal o del juez, sino que está condicionado el uso o ejercicio de la ética al bien común. Desde la perspectiva de Comanducci, entiende en este sentido por ética a un conjunto de directivas y valoraciones, usualmente sostenidas mediante argumentos, que tienen como fin influenciar las actitudes y comportamientos de los hombres.¹² En el ámbito judicial el sentido de la ética es dirigido, en particular, hacia los justiciables, en cierta medida, a los abogados que dirigen o son intermediarios en una defensa o actuación y, en general, a la comunidad.

⁹ Ferrajoli, Luigi, "El juez en una sociedad democrática", p. 7. Disponible en: <http://www.poderjudicial.go.cr/dialogos/documentos/LUIGI%20FERRAJOLI/LUIGI%20Ferrajoli.doc>. 15 de abril de 2014.

¹⁰ Las garantías de autonomía e independencia judicial son instrumentales respecto del derecho humano de acceso a la justicia y se enmarcan en la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual deben ser "establecidas" y "garantizadas". Registro: 2001845, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 1, Tesis: P./J. 29/2012 (10a.), p. 89.

¹¹ Díaz, Elías, "Estado de derecho y sociedad democrática. Estado liberal de derecho", en *Módulo 1, Ética Pública, Estado Liberal de Derecho, Derechos Humanos*, México, Instituto Federal Electoral, Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral, pp. 58-59.

¹² Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, 2ª ed., México, 2009, p. 29. Dice Ernesto Galindo que la argumentación es un proceso discursivo por el cual una persona busca, a través del empleo de argumentos, persuadir a un auditorio de lo bien fundado de su tesis. Sifuentes Galindo, Ernesto, *La Valoración de las Pruebas en los Juicios Orales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 2. Serie de Argumentación y Juicios Orales.

IV. La argumentación y retórica en el discurso judicial

La sentencia es un discurso retórico en el cual, el orador principal (el órgano jurisdiccional) mediante uno o varios argumentos sustentan su decisión para resolver una controversia jurídica que se ha sometido a su consideración.¹³ La retórica puede ser vista como la destreza de presentar los argumentos de tal manera que, convenciendo, produzcan asentimiento. La retórica es, en consecuencia, el arte de la eficacia argumental tanto teórica como práctica. Debe recordarse que argumento, en el sentido lógico, es el razonamiento utilizado para probar o refutar una tesis o para convencer a alguien de la veracidad o validez de un aserto.

En particular, dentro del discurso judicial el uso de la jurisprudencia, tesis aisladas o precedentes puede ser recurrente para apoyar o para pretender justificar una resolución, donde si bien pueden servir dentro de la argumentación del discurso judicial, puede suceder que estos sean utilizados como autoridad meramente retórica sin ética, lo anterior se puede presentar en aquellas sentencias en las que abundan extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen directamente en la resolución del caso y en los que no existe una conexión analógica (fáctica) o conceptual clara, entre el precedente invocado y el caso *sub examine* (donde se requiere exhaustividad y congruencia).

Se requiere claridad en la estructura de las sentencias, resulta ilustre la idea de estructura de una sentencia penal que da Perfecto Andrés Ibáñez, conformada de la siguiente manera: 1) antecedentes procesales de la causa (o del hecho), 2) presentación analítica de los elementos que formen el cuadro probatorio, 3) relato de los hechos probados, 4) la justificación del tratamiento atribuido al cuadro probatorio y por tanto a la decisión sobre los hechos, 5) la motivación o justificación de la *quaestio iuris*, y 6) el fallo.¹⁴

Ahora bien, un tribunal constitucional debe funcionar como una institución pedagógica cuyos Jueces sean maestros participantes. Los jueces del tribunal constitucional deben darle expresión a la democracia –en su sentido más rico—a través

¹³ Dehesa Dávila, Gerardo, *Elementos indispensables de retórica para jueces, litigantes y público en general*, 3ª. ed., Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2013, p. 33.

¹⁴ Ibáñez, Perfecto Andrés, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto S. R. L., Buenos Aires, 2007 y Ricaurte, Catherine “La prueba y su motivación. El aporte de Perfecto Andrés Ibáñez a la orientación racionalista de la prueba” p. 19. Disponible en: http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1604_A/Catherine_Ricaurte.pdf

de sus fallos, para que el público los entienda.¹⁵ Siguiendo a Barak, la principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia.¹⁶

Es decir, se debe acercar el derecho a la realidad y por igual a la comunidad, sus valores y percepción de la función judicial hacia su legitimidad. En concordancia con Atienza, un sistema jurídico de un Estado Constitucional no puede funcionar bien si no existe un número suficiente de agentes que compartan sus valores, que comprenden lo que significa tener derechos, vivir en un Estado de Derecho, qué es lo que razonablemente puede exigírsele a un juez o cuándo tiene sentido reglamentar jurídicamente una relación,¹⁷ hacia una toma de decisiones basadas en criterios comprensibles, razonables, universalizables con un sentido jurídico y de justicia.

V. Conclusiones

Primera. En la argumentación y creación del discurso judicial, se requiere que se superen enseñanzas solamente positivistas o antiguas y, se haga uso de la diversidad de teorías y métodos que puedan servir al juzgador para armonizar y justificar sus resoluciones y se contribuya a una comunicación clara, exhaustiva y congruente, que sea el reflejo de un Estado Constitucional de Derecho, donde el juzgador se encuentre substancialmente en formación para el dominio de la diversa teoría, entre ello, argumentación jurídica y retórica con ética, desde el plano académico a la práctica judicial.

Segunda. Se vele por la especialización, profesionalización y capacitación continua de los operadores jurídicos con lo que se pueda llegar a un perfil idóneo y una mejor resolución, teniendo a la verdad como condición de la justicia,¹⁸ de manera racional como razonable, tomando en cuenta el auditorio al que va dirigido, donde en sus resoluciones no sería suficiente aludir solamente a un texto constitucional, diversos códigos sustantivos y adjetivos, sin mayor interpretación o sin el mayor esfuerzo en el lenguaje judicial, esto es, se debe argumentar constitucionalmente armonizando

¹⁵ Barak, Aharon, *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, SCJN, México, 2009, p. 14.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1.

¹⁷ Para mayor información Atienza Manuel, *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid, 2020.

¹⁸ Taruffo, Michelle, *La prueba de los hechos*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 64.

principios, valores y reglas con claridad, dando razones válidas, coherentes, suficientes e idóneas.

Tercera. La independencia judicial (interior e institucional) y ética en el poder judicial debe estar presente no solo en el discurso judicial, sino también, desde la selección de los juzgadores (hasta para ocupar el más alto puesto, como el de Ministro en México) y consecutiva en la formación dentro de la carrera judicial, teniendo especial cuidado con los deberes que cumplan o no para el mantenimiento en su cargo, ascenso o descenso, con lo que se contribuya axiológica y materialmente en favor del justiciable. Siendo que, los jueces tienen una enorme responsabilidad al poder regular el contenido de su justificación en sus resoluciones.

Cómo citar: Guibourg, Ricardo (2020). Problemas de la argumentación jurídica. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

PROBLEMAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Ricardo A. Guibourg¹

Resumen

La argumentación, procedimiento imperfecto pero útil para arribar a conclusiones a partir de premisas insuficientes, es la herramienta central del discurso jurídico; pero adolece de fallas relativamente evitables, casi siempre vinculadas a la mezcla de actitudes valorativas dentro de la tarea descriptiva y, por lo tanto, de una poco fructífera atribución de valor ontológico a las opiniones. Se proponen líneas de acción para mejorar la función argumental en el campo del derecho.

La argumentación

La argumentación, como es sabido, no es una fuente de conocimiento seguro, ni un método apropiado para obtenerlo, sino un procedimiento que arroja luz sobre las razones de nuestras creencias y puede servir – sin garantía de resultado – para provocarlas en la mente de terceros.

Una argumentación es un razonamiento compuesto por una o más premisas, llamadas argumentos, y una conclusión que se presenta como justificada por aquéllas. Su estructura es semejante a lo que solemos llamar demostración; pero su característica distintiva es que sus premisas no son suficientes para garantizar lógicamente la conclusión: son lo que genéricamente llamamos *buenas razones* para creer que la conclusión es verdadera, o correcta, sin que pueda excluirse que otras razones, de sentido opuesto, sean en realidad más certeras en apuntar a una conclusión apropiada. El esquema argumentativo, pues, podría compararse a una apuesta en un juego que no sea

¹Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho. Ex presidente de las asociaciones argentinas de Filosofía del Derecho, Derecho del Trabajo y Teoría General de Sistemas. Ex juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Exponente de la filosofía analítica y de la teoría jurídica positivista. Autor de numerosos libros y artículos sobre filosofía, lógica, teoría del derecho, sistemas, informática jurídica, función judicial y derecho del trabajo.

completamente de azar, como la lotería o los dados, sino parcialmente sensible a cierta habilidad o conocimiento, como el póker o las carreras de caballos.

La precedente comparación es muy genérica y no hace justicia a todos los niveles de plausibilidad argumental. Hay niveles bajos, como el de las cotizaciones bursátiles, y niveles ciertamente elevados, como el de las ciencias empíricas. Estas ciencias se fundan en la observación por intermedio de la inducción, método estrictamente argumental que, sin ser en absoluto infalible, suele conducir a resultados sumamente confiables.

Precisamente el ejemplo de las ciencias naturales podría tomarse como paradigma de la forma más perfecta conocida de argumentación. Los investigadores parten de observaciones particulares indubitadas; ejercen sobre ellas su imaginación, trazando hipótesis generales; dirigen sus nuevas observaciones al propósito específico de confirmar o refutar tales hipótesis y, cuando han reunido cierta cantidad de confirmaciones sin observar ninguna refutación, presentan las hipótesis como candidatas razonables al título de conocimiento, siempre sujetas a controversia y al resultado de ulteriores experiencias. Llegado el caso, todos terminamos apostando nuestras vidas a favor de la verdad de las hipótesis admitidas. A veces perdemos, pero la estadística – un método también de naturaleza argumental, aunque cuenta con el auxilio de las matemáticas – bendice el ejercicio de aquella confianza provisional.

Claro está que no todas las argumentaciones a las que apostamos merecen nuestra confianza con aquella magnitud. La gran mayoría de las decisiones que adoptamos en la vida cotidiana tienen por base razones comparativamente muy débiles, razones o argumentos que sin embargo aceptamos porque no tenemos a mano otros elementos de juicio y la vida nos obliga a decidir (a apostar) a cada momento, sin pérdida de tiempo. Así, a veces nos va bien y a veces nos va mal: carentes de medios confiables adicionales para influir decisivamente en los resultados, atribuimos las consecuencias que nos afectan individualmente a la suerte, al destino o a designios de una autoridad supraempírica.

Su aplicación al derecho y el componente valorativo

Entre las actividades sometidas a la práctica argumental se encuentra el derecho. La argumentación se halla presente en cada pliegue del mundo jurídico, a punto tal que casi no disponemos de otro instrumento. Argumentamos en las campañas electorales; una vez elegidos los representantes, ellos argumentan entre sí para arribar a conclusiones políticas, que se manifiestan en normas jurídicas. Mientras los juristas y los ciudadanos vuelven a argumentar acerca de la justicia que dichas normas contengan y de su

conveniencia práctica, los abogados defienden sus casos argumentando sobre el modo de interpretar y aplicar tales leyes, el juez hace lo propio al fallar y, después de nuevas argumentaciones y resoluciones, otros tribunales superiores confirman o revocan la sentencia.

En otras palabras, quienes se ven afectados por el fenómeno jurídico disponen de muy pocos marcos de relativa certeza comparable con la de las observaciones de los hombres de ciencia: se sabe quiénes son los legisladores y los jueces y es posible leer en el Boletín Oficial el texto de leyes, decretos y resoluciones diversas. Todo lo demás, incluidas las relaciones entre aquellos elementos y la interpretación de cada norma frente al caso concreto, está sujeto a apreciaciones y decisiones fundadas en argumentos y, por definición, controvertibles. En consecuencia, la reconocida insuficiencia de la argumentación pega de lleno en el mundo legal y en cada una de sus circunstancias y prácticas. Este efecto se ve considerablemente agravado por ciertas condiciones del razonamiento jurídico, tal como lo ejercemos desde hace milenios.

En efecto, el ejercicio argumental en el campo del derecho muestra dos características que comprometen seriamente la relativa eficacia que cabe reconocer a ese procedimiento.

Uno de ellos, el principal, consiste en la presencia casi invariable de argumentos valorativos, ya sea en forma explícita o implícita. Nótese, en este punto, que una conclusión valorativa puede sostenerse a partir de diversos argumentos, entre los que, seguramente, habrá al menos uno que participe de la misma condición. Pero cada argumento valorativo representa, por sí mismo, un punto débil de la cadena argumental.

Eso es fácil de advertir. Un argumento descriptivo, aun cuando sea controvertido, implica casi siempre la posibilidad, actual o futura, de comprobar su verdad, que le dará validez, dentro de la argumentación, para apoyar la conclusión, o su falsedad, que se la quitará. Aquella posibilidad reside en la observación empírica o, a su vez, en una conclusión descriptiva de una serie de argumentos también descriptivos que, a su vez, puedan verificarse. En cambio, la verdad de una afirmación valorativa no cuenta con método objetivo ni intersubjetivo alguno capaz de demostrarla con la misma certeza con la que la observación actúa respecto de las afirmaciones descriptivas. Lo habitual es remitirse a la conciencia de cada uno, donde las respuestas disponibles dependen de factores culturales y personales contingentes, o al consenso social, que no provee garantía

alguna de verdad ni de corrección, sino tan sólo de controversia menos clamorosa.² Tales falencias son probablemente inevitables; pero la dificultad más grave reside en que la argumentación jurídica no las reconoce, y parte implícitamente del supuesto de que los argumentos valorativos pueden verificarse o, acaso, que son evidentes por sí mismos. La inadecuación de ese supuesto filosófico conspira contra la comunicación, que es el continente de cualquier argumentación: enfrentados por divergencias valorativas, los interlocutores se vuelven propensos a acusarse recíprocamente de falta de comprensión de la realidad, de cortedad de miras o derechamente de perversidad incoercible. El diálogo, en esas condiciones, queda operativamente cortado, y las argumentaciones dejan de dirigirse realmente a la mente del adversario para enfocarse en los propios partidarios, cuya adhesión se reasegura mediante el menosprecio o la demonización de quien los enfrenta.

Otra característica inconveniente de la argumentación jurídica es su fuerte dependencia del argumento de autoridad. No me refiero aquí a la autoridad de la ley, que es un presupuesto necesario de esa clase de razonamiento, sino a la de la doctrina. Y a la de la jurisprudencia, cuando no se la cita por su poder jurisdiccional efectivo, sino como fuente de criterios generales cuyo respeto se postula. Otra vez en este aspecto es conveniente prestar atención a la fuente ulterior de las afirmaciones de la autoridad y a sus diferencias con la práctica científica. Es común en las ciencias citar artículos u opiniones de investigadores reconocidos; pero estas opiniones no valen por sí mismas, sino en la medida en que estén o se supongan fundadas en observaciones empíricas y protocolos de certeza metodológica. La autoridad de un jurista reconocido, en cambio, obedece al reconocimiento de una vida de estudio, a la fama académica y bibliográfica y a la claridad de las ideas expuestas, pero difícilmente dependa de investigaciones distintas de las que cualquier hábil profesional pudiera emprender a la vista de los textos legales y de las decisiones judiciales. Es más: es posible advertir que, a menudo, la argumentación jurídica pone en este punto el carro delante del caballo: una vez elegida por el observador la tesis que prefiere, se buscan en la jurisprudencia y en la doctrina las opiniones que le prestan apoyo y se omiten o se minimizan las opiniones contrarias. En otras palabras, la

² El consenso social, como justificación de las decisiones valorativas, se instrumenta en el marco político mediante el sistema democrático, donde la votación mayoritaria determina el camino a seguir en cada caso. Es cierto que este procedimiento es considerado preferible a cualquier otro; pero esta preferencia, en sí, no es otra cosa que el reconocimiento de que la sociedad no dispone de un método demostrativo, y se ve obligada a refugiarse en un complejo sistema de intercambio de argumentaciones que, aunque nos satisfaga, no garantiza la corrección de las conclusiones.

autoridad tiende a convertirse en un recurso retórico para sostener las propias opiniones, a sabiendas de que, según se dice, siempre hay “dos bibliotecas”.

La búsqueda del punto de apoyo

“Denme un punto de apoyo y moveré el mundo”, decía Arquímedes con el orgullo de haber inventado la palanca. Efectivamente, cualquier acción ha de partir de algún lugar que le sirva de base de operaciones, y otro tanto sucede con la argumentación.

Como se señaló antes, la argumentación tiende a convencer, pero no siempre a las mismas personas ni con los mismos motivos. Una posibilidad es la de convencerse a sí mismo: allí es donde el sujeto analiza razones en un sentido y en otro y acaba por adoptar una conclusión de acuerdo con el modo como tales razones se apoyen en su sistema de pensamiento preexistente, para confirmarlo o modificarlo. Otra es la de convencer al interlocutor: en ese caso, la eficacia de la argumentación depende de que alguna de sus razones logre hacer pie en algún punto sólido del pensamiento ajeno: apoyándose en ese segmento de la convicción ajena, el argumentante puede apilar argumento sobre argumento para (tal vez) conducir al otro a construir su propia conclusión coincidente con la que se le propone. Una tercera posibilidad – muy común en política, pero no inusual en derecho – es que el sujeto no pretenda persuadir a su contrincante, al que considera irrecuperable, sino alentar a sus propios partidarios y presentarse ante ellos como un fuerte paladín de las emociones compartidas. En este supuesto, la tarea es sencilla: el punto de apoyo está garantizado por la militancia conjunta y la calidad argumental de las razones pierde gran parte de su relevancia, para resultar superada por la fuerza agresiva de sus alcances. Pero, en cualquiera de las tres variantes de los propósitos, nada puede esperarse de una argumentación que no encuentre el modo de engancharse en el pensamiento del interlocutor: si no lo hace, el receptor hará caso omiso de cualquier razonamiento que se le proponga.

Hacia el análisis de la argumentación jurídica

En cada momento de nuestra vida dependemos de la argumentación: para formarnos una idea de la situación en la que nos encontremos, para lo que generalmente carecemos de información bastante; para elaborar las ciencias que tanto nos ayudan en aquella necesidad; para convencer a terceros de compartir nuestras creencias, nuestros sentimientos o nuestros propósitos y para lograr el aprecio y la colaboración de quienes ya estaban convencidos. En la ciencia, este proceso se halla regido por métodos y

protocolos que tienden a reducir – aunque no a eliminar – sus riesgos. En la vida real y en el debate político, la argumentación leal y la salvaje conviven y se combinan en un conocido sálvese quien pueda. Pero el campo del derecho, en el que abogados, jueces y juristas procuramos sembrar y cosechar ideas de común provecho, se halla ocupado por una mezcla de aquellas dos situaciones, disimulada por una combinación de filosofía anticuada e hipocresía prestigiosa. Elaboramos diversos métodos argumentales, capaces de llevar cada uno a distintas conclusiones, y conferimos a su descripción y a su evolución histórica la condición de valioso conocimiento académico; pero no hemos elaborado un criterio de prelación entre tales métodos, ni un repertorio indicativo de cuál es el adecuado para cada problema, y solemos refugiarnos en la idea de que cada caso es un mundo aparte y que, para extraer las conclusiones adecuadas, es preciso considerar todas sus circunstancias particulares.

Tal precaución es de imposible cumplimiento, porque las circunstancias de cada situación son siempre infinitas y la distinción entre la relevancia de unas o de otras depende del sujeto observador, aunque la humanidad ha intentado, no siempre con buen éxito, cristalizarla mediante leyes de alcance general. En estas condiciones, aquella invocación de la particularidad de cada supuesto tiene por función abrir la puerta a la subjetividad del observador, por debajo o por encima de la ley, sin dejar de invocar por eso que la conclusión a postular es la consecuencia necesaria y hasta única del sistema jurídico considerado como un todo orgánico.

Es fácil advertir que tal pretensión, secularmente tradicional, es contradictoria y, por cierto, contraria a la seguridad jurídica que el derecho (se supone que) intenta proveer a quienes se hallan sometidos a su autoridad. En la práctica, como antes se señaló, no siempre los argumentos conducen a la conclusión: a menudo la conclusión deseada determina la selección de los argumentos a emplear y el énfasis con el que se les confiera relevancia. Esta última práctica, ampliamente conocida, es objeto sin embargo de un silencio cómplice dentro de las reglas del juego argumental: en el campo del derecho, los interlocutores pretenden y aceptan formalmente que los argumentos de cada uno podrían, en principio, llevar a la verdad o al menos a la plausibilidad: sólo que los propios lo logran y los del adversario resultan insuficientes.

¿Qué podríamos hacer, pues, si quisiéramos extraer de las leyes y de su interpretación una mayor certeza y una mejor seguridad jurídica?

No sería práctico, al menos en los tiempos actuales, pretender una codificación taxativa y de precisión matemática; pero, si todos los resultados operativos del sistema

han de emanar – en mayor o menor medida – de la actividad argumental, valdría la pena revisar este método, imperfecto por definición, para limpiarlo de las condiciones que lo hacen aún más imperfecto sin estricta necesidad. En este sentido, es posible sugerir algunas acciones.

Primero, revisar el lenguaje jurídico, plagado de vocablos cuyo contenido emotivo se usa con valor ontológico, de tal modo de asegurar que cada palabra pudiera definirse en términos estrictamente descriptivos y empíricos.

Segundo, elegir explícitamente el objetivo de persuadir al eventual adversario antes que a consolidar el apoyo de quienes comparten la misma opinión.

Tercero, identificar y aislar los argumentos valorativos, no para eliminarlos, sino para apartarlos de toda pretensión de evidencia o demostración y someterlos, en cambio, al análisis profundo y al debate entre las distintas opiniones, a fin de buscar acuerdos y negociaciones o adoptar decisiones colectivas mediante métodos democráticos.

Cuarto, controlar la regularidad lógica de las argumentaciones a fin de desechar las falacias y procurar que, el debate de las razones, ningún argumento quede olvidado sin la debida consideración, aceptación o refutación.

Mejorar por esas vías la calidad de la argumentación contribuiría, probablemente, a clarificar el discurso jurídico, incrementar la confianza pública en el sistema legal y facilitar la aplicación de las leyes.

Cómo citar: Vigo, Rodolfo Luis (2020). Mi visión de la interpretación o argumentación jurídica en tiempos del Estado de Derecho constitucional. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

MI VISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN O ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TIEMPOS DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Rodolfo Luis Vigo¹

Resumen

De la interpretación a la argumentación jurídica: el trabajo del jurista en el Estado de Derecho Legal se suponía que era algo fácil de realizar desentrañando un sentido de la norma por medio de los métodos interpretativos y el silogismo consiguiente. En el marco del Estado Derecho Constitucional el trabajo se hace de otro modo, por medio de la argumentación jurídica, o sea construir un razonamiento donde las premisas o juicios además de conectarse conforme a las reglas de la lógica (justificación interna), tengan cada uno de ellos argumentos o razones que la justifiquen o fundamenten (justificación externa).

Problemas particulares implícitos en la argumentación jurídica: en ese tránsito de la interpretación a la argumentación hay que hacerse cargo de algunos temas nuevos, como por ejemplo: i) principios y normas, operatividad respectiva; ii) premisa fáctica, verdad; iii) crisis sistema jurídico; iv) razón y voluntad en el derecho; v) retórica; vi) semiótica

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial (1984-1988) y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina (1988-2007). Presidente de la Junta Federal de Cortes Supremas y Superiores Tribunales de las provincias argentinas (1994-1997). Premio Konex en el rubro jueces (1998). Profesor y conferencista en distintas Universidades en América y Europa. Miembro del Consejo Editorial de distintas revistas jurídicas. Co-redactor junto a Manuel Atienza del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006 y Primer Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2006-2010). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010). Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y miembro correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Director o Coordinador de distintos posgrados universitarios y publicaciones periódicas. Ha recibido Doctorados Honoris Causa. Autor de más de veinticinco libros. Cátedra "Rodolfo Luis Vigo" creada en el 2010 por el Poder Judicial de Tabasco, México."

jurídica; vii) validez jurídica como justificación racional; viii) ética del operador jurídico; ix) nómina de argumentos; y x) precedente.

1. Propósito: en esta elemental presentación, nos proponemos indicar algunas notas distintivas en torno a la determinación concreta del derecho, desde una teoría de raigambre realista clásica o aristotélica-tomista, aunque actualizada con los aportes de autores contemporáneos como Kalinowski, Finnis, Viola u Ollero entre otros.

2. El trabajo del jurista: la razón que justifica su existencia es que cuando alguien tiene dudas sobre si cierta conducta está obligada, prohibida o permitida por el derecho, recurre al jurista que es quien puede profesionalmente proporcionar la respuesta requerida, es decir, que le diga el derecho (*iuris dictio*) para el caso. Esa función constitutiva de la profesión, ha cambiado a lo largo del tiempo sobre todo en relación al “cómo”, especialmente respecto adonde ir a buscar el derecho que luego debe “decirlo” cuando asesora, enseña, aboga o determina el derecho imperativamente para las partes de un proceso. Esas cuatro funciones típicas del jurista de “decir el derecho” guardan muchas coincidencias, pero el modelo paradigmático de las mismas es el judicial.

3. El Estado de Derecho Constitucional (EDC): a lo largo de la segunda mitad del XX se gesta en Europa continental un nuevo modelo de Estado, de derecho, y por ende, se requerirá de un nuevo perfil de jurista y nuevas teorías que provean los conceptos que se necesitarán para comprender y operar en esa nueva realidad jurídica, política, social, cultural, etc.

En orden a esos cambios nos gustaría destacar algunos rasgos que impone el EDC: i) se rompe la sinonimia entre derecho y ley, e incluso ésta puede contradecirlo; ii) la moral racional emigra al interior del derecho bajo los rótulos derechos humanos, principios, valores, razonabilidad, bienes, etc.; iii) la Constitución deja de ser un mero programa político dirigido al legislador y se convierte en una fuente del derecho; iv) junto a las normas jurídicas con sus respuestas jurídicas explícitas, se reconocen a los principios que son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia; v) surgen los tribunales constitucionales con una competencia análoga al “judicial review” norteamericano; vi) la validez de una norma no se restringe a análisis formales, sino incluye aspectos axiológicos implicados en la justificación racional de la misma; vii) en la filosofía se asiste a una rehabilitación de la razón práctica, apoyada principalmente en Aristóteles, Kant y la pragmática, que dan sustento a los derechos humanos definidos en los Tratados

respectivos; y vii) la disputa al positivismo deja de estar monopolizada por las teorías iusnaturalistas, y aparece una nueva versión no-positivista constructivista o kantiana (Alexy, Nino, Dworkin, Atienza, etc). Como una síntesis concreta de esos cambios puede apuntarse a que el delito de prevaricato en el Código Penal español deja de ser “apartamiento del sentido de la ley”, para tipificarse como el “dictado de una sentencia injusta a sabiendas”.

4.El “decir el derecho” judicial y argumentativamente: se le reclama al juez que construya un razonamiento prudencial o argumentativo. El mismo contará con afirmaciones, premisas o juicios conocidos que se irán conectando según reglas de la lógica, y que posibilitarán llegar a conocer y concluir otros juicios. La estructura de “justificación interna” controlada por la lógica nos parece indiscutible ,dado que su violación tornaría ininteligible el discurso, pero lo novedoso y reivindicado por las teorías de la argumentación será la necesidad de avalar, justificar o fundamentar a cada una de las premisas incluidas en la resolución con argumentos o razones. Precisamente hemos elaborado una lista de hasta veintisiete argumentos, advirtiéndole que no se trata de una nómina canónica, absolutamente original e indiscutida, corroborada en buena medida en jurisprudencia vigente. Cabe destacar al respecto: i) hay argumentos que son propiamente jurídicos (por ejemplo el autoritativo o normativo),y otros que se convierten en jurídicos porque los utiliza un jurista en orden al reconocimiento de derechos o deberes (por ejemplo el sociológico o el científico no jurídico); ii) el peso de esos argumentos depende del caso que se trate; iii) los clásicos o decimonónicos métodos interpretativos se han convertido en argumentos (por ejemplo el argumento lingüístico, en base al cual el juez define que cuando el testador escribió que ese inmueble se lo dejaba a su “hijo más querido” habló de Juan, en base a las cartas acompañadas en el proceso); iv) esos variados argumentos avalan no solo premisas jurídicas, sino también fácticas (por ejemplo, el argumento “lógico” o intencional puede emplearse para avalar un cierto comportamiento del imputado en ese proceso); y v) la nómina y peso de los argumentos se dilucida finalmente en la jurisprudencia de esa sociedad.

5.La prudencia y la retórica: La distinción entre el saber teórico y el saber práctico se remonta a Aristóteles, y ellos remiten a una noción de verdad específica. En la verdad teórica opera el criterio de “correspondencia”, pero en la verdad práctica ello no es posible, dado que aquello que se pretende que sea verdadero o no erróneo aún no existe y es lo que voy a realizar. La finalidad de la razón teórica es describir, pero en la razón práctica es dirigir conductas en orden a lo correcto, lo bueno o lo justo. Por ejemplo

quiero acertar racionalmente al dictar una sentencia justa (verdadera en sentido práctico), pero aún no está en la realidad y seré yo el que la haga surgir. Precisamente la prudencia, o mejor: la *iuris prudentia*, puede reconocerse como una especie de puente entre exigencias generales y el caso concreto, contingente e irreplicable en el que debo pronunciarme. En un ejemplo de Tomás de Aquino, el depositario se comprometió con el depositante a devolver el depósito cuando se lo solicite, y se da el caso en que se concreta ese pedido, pero lo depositado es un arma y se la solicita el depositante porque le confiesa que quiere matarlo con la misma. Indudablemente en ese caso lo que corresponde es apoyarse en el principio de equidad y hacer una excepción a la ley, el fundamento es la voluntad presunta del legislador dado que de haber tomado conocimiento anticipado del supuesto, su racionalidad le hubiese indicado que correspondía contemplar la excepción.

La prudencia es el saber práctico concreto que dirige nuestros comportamientos en coordinación con nuestra voluntad, en aras de la felicidad. La voluntad es la facultad apetitiva que con su libertad escoge de entre los bienes que le ofrece la razón, por supuesto que cabe el error, por ejemplo un suicida que se suprime del bien de la vida, pero aún éste elige bajo la razón de bien. La prudencia jurídica es una especie de saber práctico que tiene que ver con el discernimiento de actos en los que corresponde por razones de justicia otorgarle al otro lo que es suyo o le corresponde o no privarlo de ello. Ahí donde hay creación o definición de un derecho cabe reclamar la prudencia. En el caso del legislador su prudencia se orienta no a exigir todo lo que está bien ni prohibir todo lo que está mal, sino exigir aquello más relevante en orden al buen vivir en común. Enseña Aristóteles que es posible encontrar jóvenes brillantes en matemáticas pero será difícil encontrar jóvenes plenamente prudentes, y ello en función de que para llegar a ser prudentes se requiere de experiencia y memoria.

Precisando lo señalado sobre la verdad práctica o moral, digamos que no hay solo descubrimiento ni solo creación. En sintonía con Finnis, digamos que por la experiencia básica y elemental aprehendemos ciertos bienes humanos básicos (vida, conocimiento, juego, amistad, etc.) que orientan nuestro comportamientos, pero ellos son pre-morales en tanto se reconocen como tales aún antes de nuestra razón y libertad. Cuando ya contamos con estas dos facultades necesitamos ya dirigir nuestra vida, o sea necesitamos definir nuestro plan de vida o nuestra moral. Esa moral puede ser “florecente” o no, y lo será si logra coordinar la totalidad de los bienes humanos básicos en un plan que tenga posibilidad de éxito, se adecue a nuestra sociedad, nunca sacrifique algún bien humano básico, etc. Recordemos que no hay jerarquía entre esos bienes y

tampoco entre las morales florecientes; el jardín de la humanidad se enriquece con la mayor variedad de flores en tamaños, colores o formas. Esas morales son racionalmente inconmensurables. En definitiva, el derecho es una técnica o práctica especial autoritativa y social que busca proteger y promover esos bienes humanos básicos.

La definición de la ética personal y de los juicios prudenciales apela a la integralidad del ser humano. Por supuesto que las facultades propiamente humanas (razón y voluntad) cumplen un papel fundamental, pero también lo tienen los apetitos sensibles (concupiscible e irascible) dado que ellos pueden controlar aquella dirección propiamente humana. No se trata de suprimir, como pretende Kant, ese mundo no racional, sino moderarlo y ponerlo al servicio del bien cuya posesión se asimila a la felicidad. Nos parece apropiado esa recuperación de las emociones, afectos o pasiones, dado que a veces hemos reducido al hombre a razón y voluntad, e incluso con los reductivismos racionalistas o voluntaristas. Aún cuando no suscribimos esos nuevos reductivismos emotivistas que someten el comportamiento humano a las emociones, adherimos a que se reivindique el papel de aquellos apetitos sensibles que compartimos con el resto de los animales, y ellos pueden ser un obstáculo o también una ayuda en nuestra vida moral.

Pero la tarea prudencial judicial habitualmente construye razonamientos que apelan a premisas no apodícticas o necesarias, sino verosímiles o plausibles, y ese es el campo aristotélico de los razonamientos dialécticos o retóricos. Precisamente el Estagirita aconsejaba a los que promueven la verdad y la justicia que vayan a la retórica, dado que ella se ocupa de la persuasión del discurso. La experiencia confirma que no basta tener los mejores argumentos para conseguir la aceptación del auditorio al que nos dirigimos, pues ese objetivo requiere del aporte retórico. Coincidimos con Finnis cuando contradiciendo a Dworkin respecto a su *one right answer*, defiende la tesis que la razón práctica es capaz de rechazar ciertas respuestas jurídicas y posibilitar márgenes para ciertas respuestas correctas. Mientras que la razón teórica me puede definir con exactitud a cuantos grados hierve el agua, la razón práctica jurídica me puede indicar que estamos frente a un homicidio con alevosía y premeditación por lo que hay que aplicar alguna pena grave, o sea no leve ni intermedia.

Cómo citar: Böhmer, Martín (2020). En homenaje a don Imerio Jorge Catenacci. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EN HOMENAJE A DON IMERIO JORGE CATENACCI

*Martin Böhmer*¹

Resumen

Si el derecho es una práctica social, colectiva argumentativa dirigida a persuadir para disminuir conflictos y aumentar la coordinación situada dentro de una práctica política (que le brinda las instituciones que manejan la fuerza y asumen la legitimidad necesaria para que esa práctica se haga efectiva), que a su vez se encuentra dentro de una práctica discursiva más amplia que brinda razones finales (llamémosla “moral”, por falta de mejor palabra). Entonces el estudio del derecho debe ser el estudio de esa práctica (punto de vista externo), tendiente a brindar a quienes la practican herramientas para mantenerla (si vale la pena), y mejorarla (asumiendo el punto de vista interno y fortaleciéndolo sobre todo en quienes tienen como trabajo desarrollarla: las profesiones del derecho).

Mi primer trabajo docente rentado fue como ayudante de IJC en la Universidad del Museo Social dictando la materia Ética Práctica (tenía otro, no rentado, en la UBA, con Jorge Tomás Medici ¡No me faltaron mentores!). Fueron para mi años de transición. Mientras aprendía de mi titular y enseñaba lo que podía me recibí de abogado y me fui a estudiar a Estados Unidos. Pero además de la transición personal, laboral o geográfica mi transición también fue filosófica.

Habiendo comenzado a estudiar y a dar clase junto a Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón mis convicciones metaéticas se inclinaban francamente al escepticismo. Sin embargo, también en ese tiempo, había empezado trabajar con Carlos Nino y esas

¹ Abogado de la Universidad de Buenos Aires y Master (L.L.M.) y Doctor (J.S.D.) en Derecho de la Universidad de Yale. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Río Negro. Investigador Principal del Centro para la Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC)

convicciones de a poco dieron lugar a otras preguntas. Martin Farrell, también él más cerca de cuestiones morales que de problemas lógicos, me recomendó para trabajar con IJC. El texto que usamos era “Ética Práctica”, de Peter Singer.

Esas dos palabras, “ética” y “práctica”, marcaron gran parte de mis intereses académicos. El rol de la ética en la justificación de la política, del castigo, el rol de la ética de las profesiones del derecho en la democracia constitucional son algunos de esos intereses. Pero la cuestión de la práctica fue decantando de a poco y fue mostrando su enorme relevancia. No puedo en estas breves líneas explicar con algún detalle esa importancia, solo afirmar que esa palabra estaba contenida en las clases de IJC y que me sigue acompañando. Creo, y voy a proferir una boutade, que la idea de práctica es la que permite disolver la discusión iusnaturalismo - positivismo en la medida en que la práctica político institucional de la interpretación hace relevantes tanto la justificación moral del derecho como la relevancia de las normas en el razonamiento judicial. Y es también la que permite disolver el par formalismo ingenuo y realismo cínico mostrando que el derecho no es un texto que se aplica solo ni un conjunto de símbolos interpretables arbitrariamente, sino justamente una práctica que tiene fines, reglas, pasado y futuro.

Pero lo crucial de mi encuentro con IJC en mi comienzo tuvo mucho que ver con mi vocación por enseñar. Acompañándolo me mostró que los ideales del derecho no terminaban en un juzgado o en un estudio jurídico, sino que debían trasplantarse al aula. Que la enseñanza del derecho también es una práctica ética, tal vez la práctica donde comienzan todas las prácticas el derecho, el lugar donde la ética de la práctica debería comenzar. Y en el comienzo de todas mis aulas estuvo Imerio Jorge Catenacci.

Lo que sigue es un juego. Me gustaría invitar a los lectores, como hizo IJC conmigo, a borrar expandir o criticar estas afirmaciones.

Si

1. El derecho es

1.1. Esta afirmación responde a varias preguntas posibles.

1.1.1. “¿Qué es el derecho?” Es una pregunta que busca la esencia o la naturaleza del derecho, una búsqueda platónica. Aun quienes proponen clases naturales aceptarán, sin embargo, que el derecho no es un caso de tales clases.

1.1.2. “¿Qué significa la palabra ‘derecho’? En la medida en que las definiciones son convencionales, la pregunta da lugar a varias posibles definiciones dependiendo del contexto.

1.1.2.1. Definiciones que sirven en contextos descriptivos en los cuales la intención consiste en identificar fenómenos jurídicos o

1.1.2.2. definiciones que sirven en contextos normativos en los que se trata de justificar acciones.

1.1.3. La pregunta también puede formularse así: “¿Qué hago cuando hago derecho?” Alguien dice o indica que “esto es derecho” o “esto es jurídico” cuando muestra lo que hace cuando practica el derecho. También puede recurrir a definiciones ostensivas del tipo “así es como se decide este caso” o “así es como se debe decidir este caso” conforme a derecho.

2. una práctica

2.1. No un texto.

2.1.1. Los textos normativos no se aplican/interpretan solos.

2.1.1.1. Los textos jurídicos, en la medida en que son expresados en lenguajes naturales importan todos los problemas semánticos, sintácticos y lógicos de interpretación.

2.1.1.2. Los textos deben ser leídos para ser utilizados como parte de un razonamiento que justifique una decisión normativa.

2.1.2. Si el derecho fuera sólo textos los problemas de interpretación darían lugar a la “paradoja de la indeterminación radical”: no habría derecho, solo voluntad de quien decide.

2.2. Una práctica admite ser observada desde un punto de vista externo. Desde él la práctica consiste en regularidades de conducta.

2.3. Toda práctica, como es evidente, se desarrolla en el tiempo, es una actividad, no un acto.

2.4. La práctica supone

2.4.1. un estilo, una forma de actuar particular,

2.4.2. una normatividad mínima: formas mejores o peores de realizarla.

2.4.3. Puede ser aprendida, con práctica.

2.4.4. Instrumentos, roles, habilidades.

2.4.5. Un trasfondo no explicitado (¿ni explicitable?) de destrezas que permite realizar la actividad con seguridad y asumir la práctica con familiaridad.

3. normativa

- 3.1. La práctica supone un punto de vista interno que deben asumir quienes participan en ella.
- 3.2. Desde el punto de vista interno de una práctica normativa se puede afirmar que quienes la practican están obligados a determinada conducta o la tienen prohibida, o están facultados o se les permite realizarla.
- 3.3. Dado que si no hay punto de vista interno no hay práctica que mirar desde el punto de vista externo, el interno tiene primacía.
- 3.4. Las normas desde el punto de vista interno son razones para realizar conductas o para criticar el incumplimiento de tales normas.

4. social, colectiva

- 4.1. El derecho es una práctica colectiva.
 - 4.1.1. No hay normas jurídicas privadas.
 - 4.1.2. Tal práctica consiste en una lectura colectiva, a lo largo del tiempo, de textos que se entienden colectivamente como autoritativos, desde el punto de vista interno, consciente de que es una lectura colectiva.
 - 4.1.3. El mantenimiento de la práctica es, por lo tanto, parte fundamental de la tarea de quienes la practican.

5. argumentativa, dirigida a persuadir

- 5.1. El fin de la práctica consiste en persuadir o ser persuadido de realizar una acción o de omitirla
- 5.2. El engaño y la fuerza no constituyen razones para actuar.
- 5.3. La práctica argumentativa tiene como condición de posibilidad la empatía.
- 5.4. El instrumento de persuasión es el lenguaje.
- 5.5. El arte de persuadir es la retórica.
- 5.6. La lógica es una de las formas de la retórica.
- 5.7. Se argumenta con razones que constituyen el logos de esta actividad.
- 5.8. Se persuade con logos, ethos y pathos.
- 5.9. El ethos en el derecho está regulado por la ética de las profesiones del derecho.
En el caso de las instituciones del derecho ese ethos se denomina “legitimidad”.
Las virtudes percibidas de quien habla son una forma de la persuasión.
 - 5.9.1. La legitimidad es la contracara de la confianza colectiva en la corrección de los procesos que crean y aplican derecho.

- 5.9.2. Las virtudes de independencia, imparcialidad, integridad, motivación, transparencia, claridad en el lenguaje, cordialidad, diligencia son instrumentos de la legitimidad.
- 5.10. El pathos de los argumentos jurídicos se corporiza en las destrezas de la escritura y la oralidad jurídicas.
- 5.10.1. Para que el pathos del derecho no devenga engaño o violencia el derecho se articula en una deliberación entre retóricos de igual calidad. Esa igualdad garantiza la mutua cancelación de los malos argumentos, la detección de falacias, la construcción de un lenguaje y de normas comunes.
- 6. para disminuir conflictos y aumentar la coordinación a través de una práctica discursiva más amplia que brinda razones finales (llamémosla “moral”, por falta de mejor palabra).**
- 6.1. El “predicamento de lo humano” o “las condiciones de la justicia” alertan sobre el hecho inevitable del conflicto. Los humanos queremos más de lo que hay.
- 6.2. La capacidad para la empatía y el lenguaje permite saber lo que desean los demás y establecer acuerdos.
- 6.2.1. Una capacidad clave es la de crear cosas a través del lenguaje. En particular la capacidad de crear enunciados performativos. Podemos asignar funciones a las cosas o a las personas y hacer que X funcione como Y en un determinado contexto. Si la comunidad relevante acepta ese acto de habla, podemos construir contratos, autoridades, dinero, en general: instituciones.
- 6.3. A través de esas capacidades generamos reglas que deciden en última instancia los conflictos. Son las reglas que instituyen las decisiones que aceptamos como finales en el juego de la deliberación para resolver conflictos. Y las llamamos reglas morales.
- 6.3.1. Las llamamos morales porque tienen la característica de la autonomía, son finales, asumen un punto de vista imparcial respecto de los intereses en juego y están sujetas a la deliberación crítica.
- 6.3.2. Estas normas permiten jugar el juego de la deliberación moderna como forma de administrar conflictos y aumentar la coordinación.
- 6.3.2.1. La deliberación en la modernidad consiste en conversar para convencer para consentir en hacer aquello que en principio no queríamos.
- 6.3.2.2. Presupone seres libres e iguales.

6.3.2.3. El ideal es decidir con todos los afectados, con toda la información relevante, en igualdad de capacidades para argumentar, por unanimidad.

6.3.2.4. El juego presupone los principios de la libertad (autonomía), la igualdad (inviolabilidad, no daño) y la fraternidad (dignidad), o la idea de que puedo hacer lo que quiero con mi vida salvo que dañe a otros salvo que los otros consientan en ser utilizados por mi.

7. **y se traducen en una práctica política** (que le brinda las instituciones que manejan el monopolio de la fuerza y asumen la legitimidad necesaria para que esa práctica se haga efectiva).

7.1. Esa deliberación se traduce en instituciones que intentan acercarse a ese ideal. La traducción, como toda traducción, no es exacta. No podemos estar todos (tenemos representantes), no podemos decidir por unanimidad (lo hacemos por mayoría), no tenemos toda la información, ni somos iguales en nuestra capacidad de persuadirnos.

7.1.1. En cuanto a la deliberación, la democracia crea dos poderes representativos mayoritarios: el legislativo y el ejecutivo. Intentamos acercarlos al ideal a través de regulaciones (leyes de partidos políticos, electorales, sobre la libertad de expresión y de prensa, etc.).

7.1.2. Sabemos que siempre algo se pierde en la traducción. Entre el ideal y la realidad política surge el miedo a la violación de los principios, de las reglas del juego por parte de los representantes mayoritarios.

7.1.3. Por eso garantizamos los principios con una Constitución que garantiza la deliberación y la traducción institucional de los principios: los derechos.

7.1.3.1. Y asignamos al poder judicial el rol del control judicial de los actos de los poderes mayoritarios.

7.1.3.1.1. Los jueces y juezas deben aplicar la ley, en la medida en que ella es la mejor decisión a la que llegamos a través de la deliberación democrática. No hacerlo implicaría elitismo moral, un iusnaturalismo bobo.

7.1.3.1.2. Deben defender la Constitución, garantizando las reglas del juego.

7.1.3.1.3. Y deben mantener la consistencia temporal de los acuerdos hermenéuticos a los que llegamos respecto de la aplicación de la ley y la interpretación de la Constitución a los casos.

7.1.3.1.4. Esos tres reclamos de autoridad deben saldarse garantizando dos finalidades: Justicia y legitimidad

7.1.3.1.4.1. Justicia es la resolución con el mejor argumento que surja de la ley, la Constitución y la consistencia temporal. Eso es resolver conforme a derecho.

7.1.3.1.4.2. Legitimidad es la capacidad de lograr confianza en la ciudadanía atrayendo los conflictos para que la gente no tome la justicia por propia mano. Es el rol de la ética judicial.

7.1.3.2. El poder judicial no trabaja solo para cumplir con su mandato. La abogacía lo acompaña y le provee los mejores argumentos de las dos partes.

Entonces

8. **El estudio del derecho debe ser**
9. **el estudio de esa práctica** (punto de vista externo)
10. **tendiente a brindar a quienes la practican herramientas para mantenerla** (si vale la pena)
11. **y mejorarla** (asumiendo el punto de vista interno y fortaleciéndolo sobre todo en quienes tienen como trabajo desarrollarla: las profesiones del derecho).

Cómo citar: Lionetti de Zorzi, Juan Pablo (2020). Lo racional y lo razonable para Imerio Jorge Catenacci. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LO RACIONAL Y LO RAZONABLE PARA IMERIO JORGE CATENACCI

Juan Pablo Lionetti de Zorzi¹

Resumen

En este trabajo nos proponemos desentrañar dos de los elementos claves que, a su entender, hacen que una sentencia judicial logre cierto grado de aceptación por parte de la ciudadanía. Por un lado, la racionalidad como método idóneo para aquellos que están de acuerdo con una decisión judicial y, por otra parte, la razonabilidad para brindar argumentos que provean márgenes de tolerancia entre quienes estarán en contra. Pero dado que estos términos tienen connotaciones particulares para este autor, necesitamos comprender su visión del derecho y la docencia. De esa manera tendremos una perspectiva más detallada acerca de dichos principios rectores de la argumentación jurídica.

“El deber del educador moderno no es talar selvas, sino regar desiertos”. C. S. Lewis: *La abolición del hombre*

En cierta ocasión el escritor J.R.R. Tolkien dijo: “...necesitamos limpiar los cristales de nuestras ventanas para que las cosas que alcanzamos a ver queden libres de la monotonía del empañado cotidiano o familiar...”²; es la mejor manera de describir como es hablar de filosofía del derecho con el Profesor Imerio Catenacci. Es como limpiar los lentes, todo se ve más claro y nítido.

¹ Profesor adjunto interino Facultad de Derecho de la UBA. Profesor adjunto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UMSA. Candidato a doctor en derecho UBA. Editor del blog DAID: <http://derechoyargumentacion.blogspot.com/>

² Conferencia pronunciada el 8 de marzo de 1939 en la Universidad de St. Andrews (Escocia). Ver TOLKIEN, J. R. R., 1947: “On Fairy Stories”. Citado por la traducción española de SEGURA, E.: “Sobre los cuentos de hadas” en *Los Monstruos, los críticos y otros ensayos*. Barcelona: Minotauro, 1998, recopilado en *Cuentos desde el Reino Peligroso*. Buenos Aires: 2009, p. 304.

Esa gran virtud didáctica posiblemente se deba al hecho de que estuvo en los dos extremos del ciclo educativo. Comenzó su tarea docente como maestro de escuela primaria, más precisamente, de los primeros grados del primario y, por otro lado, desempeño gran parte de su labor universitaria como profesor de los últimos años del ciclo de grado. Para él la pedagogía y la instrucción fue una preocupación constante, y su frase de cabecera es: hay que democratizar la educación.

En su libro *Introducción al derecho*³ le dedica todo el capítulo II al origen y desarrollo de la universidad, y a la enseñanza del derecho. En ese trabajo, escrito hace veinte años, era de los pocos que hablaban de universidad virtual y educación a distancia; y siempre habló de esto último como el medio idóneo para que la educación universitaria llegue a todos los pueblos del interior del país y de forma homogénea. Eso lo llevo a que aceptara dos desafíos: ser coordinador académico de educación a distancia de la carrera de derecho, en la Universidad Católica de Salta, y coordinador de educación a distancia, en la carrera de derecho, de la Universidad del Museo Social Argentino. Pero, no conforme con eso, y con el objetivo que la educación universitaria llegue a la mayor cantidad de gente, más adelante se involucró como padrino de la Federación Argentina de Autismo para, construir puentes y, fomentar una universidad inclusiva a la discapacidad.

Pero la docencia no era su única faceta. Con la ayuda y colaboración de la Dra. Marta Pérez tuvo un desarrollo profesional muy amplio. De esa manera, como abogado litigante, negociador, y asesor de empresas su perfil profesional forjó en él una visión del derecho que excedía lo normativo. Al respecto, considera que: “*El derecho es un ordenamiento social coercible, de las acciones humanas, según un criterio de justicia*”⁴. Es decir, es un realista jurídico en los términos de Arthur Kaufmann. Para él una definición de derecho debe contener tres elementos: legalidad conforme al ordenamiento, eficacia social y justicia material en su contenido. Dicho en otros términos: normas, conducta y valor⁵.

Cabe destacar que no estamos en presencia de un iusnaturalista que entiende que hay un único criterio de justicia universal, sino que su experiencia profesional lo llevó a entender que hay muchos criterios diferentes⁶ y, a su entender, todos tenemos un sentido

³ Ver CATENACCI, I. J., 2001: *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1º reimpression, 2006.

⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁶ *Ibid.*, pp. 159/173.

de justicia. Eso lo llevó a disentir con reconocidos autores como cuando expresó: “*El sentimiento del gobernante, del legislador, del juez, anticipa el resultado, y luego la ley o la sentencia dan los fundamentos y límites a ello*”⁷.

Esto es solo una muestra que, para este investigador, hay un sentimiento que antecede a la decisión y, la argumentación, le otorga ropaje jurídico. Así en un trabajo motivado por la reforma del nuevo Código Civil y Comercial explicaría: “*En la tarea interpretativa no existe «el método» de interpretación, sino diferentes caminos de interpretación que permiten justificar la interpretación adoptada. Los denominados métodos de interpretación no son más que herramientas que utiliza el jurista en su proceso argumentativo*”⁸. Dicho en otros términos, no es el proceso decisorio el problema sino el argumentativo. Porque nunca se sabrá a ciencia cierta cómo se conformó la decisión del operador jurídico. Es en la argumentación donde se juega el verdadero partido. Donde el prestigio, la aceptación de la comunidad jurídica y de la sociedad,⁹ se pone a prueba. Porque todos tienen un sentimiento jurídico, y con ellos sopesarán los distintos argumentos expresados, que es lo único que realmente se puede evaluar.

Esto nos lleva a dos cuestiones. En primer lugar, la importancia que le adjudica al proceso argumental que sucede en la etapa de justificación de la decisión jurídica. En segundo lugar, lo esencial de tener criterios de evaluación de dichos argumentos.

En referencia a lo primero este jurista es muy claro. Ese proceso de argumentación no surge de la nada. Es una habilidad que se adquiere. De allí que, en su opinión, la argumentación jurídica tiene una importancia fundamental en la formación del futuro abogado. Una visión que surgió en el año 1978, en una conversación que tuvo con el Dr. Gerardo Ancarola, y que hoy en día lo apoya con más fuerza. Así en el año 1995, gracias al apoyo del Dr. Martín Farrell (su titular de cátedra en la UBA) y del Dr. Ricardo Guibourg (Director del Departamento de Filosofía del derecho de la UBA), logro que aprobaran la materia: discurso y argumentación. La cual sería la base de las materias que surgieron dos años después: razonamiento jurídico y argumentación jurídica, en el ciclo profesional orientado de dicha Universidad. Materias de las que fui su alumno durante el año 2001, y que hoy en día (aunque con otro nombre y en otra cátedra) intento ser su

⁷ *Ibid.*, p. 2.

⁸ Ver CATENACCI, I. J., 2016: “Criterios y directivas de interpretación y decisión judicial” [ref. 04/02/2020] en https://www.academia.edu/15915909/_Criterios_y_directivas_de_interpretaci%C3%B3n_y_decisi%C3%B3n_judicial_

⁹ Ver CATENACCI, I. J., 2001, *Op. Cit.*, p. 298.

continuador. Pero no sólo diseño y dictó la primera materia de argumentación jurídica en la facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires; sino que trasladó su preocupación por la argumentación jurídica en los contenidos de cada una de las universidades donde se desempeñó como profesor titular: Universidad del Salvador, Belgrano, Católica de Salta y, desde 1986 a la actualidad, de la Universidad del Museo Social Argentino. Tal parece que, dadas las últimas reformas solicitadas por la CONEAU a las carreras de derecho, el tiempo le dio la razón.

En relación a lo segundo, y al igual que gran parte de la doctrina, centra la responsabilidad de ser los primeros criterios de evaluación argumental a los principios de racionalidad y razonabilidad. La importancia del primero radica en que: “*El problema central de toda teoría de la argumentación estriba en la determinación e identificación de ciertos criterios de racionalidad de las sentencias*”¹⁰. En ese punto deja de lado los criterios de los autores clásicos de la teoría de la argumentación jurídica,¹¹ para adherirse a los seis parámetros señalados por Bernal Pulido¹². Ellos son:

- Consistencia conceptual (no contradicción).
- Consistencia normativa (es más racional cuantos más resultados idénticos se apliquen a hechos análogos).
- Saturación (debe ser autosuficiente).
- Respeto de la lógica deductiva.
- Respeto de las cargas de la argumentación.
- Consistencia y coherencia argumentativas (no contradicciones y que se fundamente en reglas o valores comunes).

Por su parte, en relación a la razonabilidad no desconoce el amplio parámetro de concepciones que la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron. Pero este maestro cierra el círculo de una manera simple:

“... admitir la distinción entre racionalidad y razonabilidad implica admitir la existencia de sistemas jurídicos lógicamente racionales pero injustos y carentes de

¹⁰ Ver CATENACCI, I. J., 2016: “Criterios y directivas de interpretación y decisión judicial”, cit., p. 9.

¹¹ Alexy propone 6 criterios (3 reglas y 3 principios), Mac Cormick 4 criterios, Van eameren 13 criterios, Atienza 4 criterios, etc. Para un estudio enfocado en este punto recomendamos ver ROMERO MARTÍNEZ, J. M., 2019: *Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.

¹² Ver BERNAL PULIDO, C., 2005: *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

razonabilidad. Consiste en afirmar que el derecho no se agota en la racionalidad técnica, sino se fundamenta en criterios morales, en criterios de razonabilidad”¹³.

Es así como utiliza a los valores como puente entre el derecho y la argumentación jurídica. Como se mencionó al principio, él entiende que una definición de derecho debe incluir a los valores. Por lo tanto, una buena argumentación jurídica - que es la expresión del derecho aplicado al caso concreto - también debe hacerlo. De ese modo el discurso moral forma parte de la necesidad de una sentencia que sea potencialmente aceptable por todos los niveles de la sociedad.

Aunque en mi opinión, debo agregar que su concepción de moral se acerca más a un concepto de equidad que a uno de ética de carácter universal.

Por último podemos ver, en el caso Bignone¹⁴, de qué manera las enseñanzas de este profesor fueron verificadas de manera notoria. No es la decisión sino la argumentación lo que nos corresponde analizar. Así, desde la racionalidad es impecable, sin embargo, tiene muy fuertes agujeros argumentales en lo que a razonabilidad concierne. No es este el lugar ni el momento de hacer un análisis exhaustivo. Solo diremos que, en general, toda sentencia tiene tres tipos de auditorios¹⁵: los que estarán a favor, los que serán indiferentes y los que estarán en contra. Pero algunos casos especiales solo cuentan con dos auditorios: los que estarán a favor y los que estarán en contra. Es a quienes estarán en contra a los que se dirige la razonabilidad. Quien estará a favor, con una demostración de racionalidad, le alcanza para aceptar su conclusión. La racionalidad técnica es fundamental y nunca debe faltar, pero, para quienes no son suficientes los argumentos racionales, al menos, se lo debe persuadir de la aceptabilidad del resultado mediante la razonabilidad. Son el cuchillo y el tenedor. Hay personas que con solo el tenedor pueden arreglárselas para comer. Otros necesitan de ambos cubiertos para poder ingerir y tragar ciertos resultados judiciales. De ese modo, los argumentos expresados en Bignone se convirtieron en el modelo para comprender la diferencia entre racionalidad y razonabilidad; y una decisión que puede calificarse de prudente, legal y razonada se convirtió en una mala sentencia y modelo de injusticia. Es la razonabilidad de los argumentos lo que le otorga razonabilidad a la decisión, porque como expresó el Dr.

¹³ Ver CATENACCI, I. J. 2001: *Introducción al Derecho*, cit., p. 301.

¹⁴ "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro *si* recurso extraordinario", CSJN - 3/5/2017.

¹⁵ Ver LIONETTI DE ZORZI, J.P. 2004: "La toma de decisiones en la argumentación jurídica. Breves apuntes para una aproximación al tema", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 7, 2003/2004, p. 71 [ref. 01/10/2020] en <http://www.rtfed.es/numero7/4-7.pdf>

Catenacci durante décadas, en todos los ámbitos en donde se desempeñó, el derecho no se agota en la racionalidad técnica, por el contrario, se fundamenta en algo más¹⁶ y, como ya se mencionó, no es prudente desdeñar el sentimiento de justicia imperante en la sociedad a la hora de brindar razones.

¹⁶ “El derecho no es solo norma, es norma y experiencia, norma y realidad. Por lo tanto, el estudio del derecho como sistema normativo no implica negar que el derecho es experiencia humana, social e intersubjetiva. Implica estudiar el derecho *desde* la abstracción, la generalización y la deducción para analizar los conceptos, las definiciones y los razonamientos lógicos. La creación del derecho procede de manera deductiva-inductiva, en forma analógica. De la realidad a la idea del derecho. Del ser al deber ser”. Ver CATENACCI, I. J. 2001: *Introducción al Derecho*, cit., p. 235.

Cómo citar: Líberman, Alejandro (2020). Argumentar en tiempo de plataformas y redes. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTAR EN TIEMPO DE PLATAFORMAS Y REDES

Alejandro Liberman¹

*“Para quedarte dónde estás tienes que correr lo más rápido que puedas...
Y si quieres ir a otro sitio, deberás correr, por lo menos, dos veces más rápido”
Lewis, Caroll (seudónimo), "Alicia a través del espejo" (1872)*

Resumen

La argumentación es una actividad humana remota, central en la concepción antigua de la retórica y una herramienta construida para organizar nuestros razonamientos y así ser transmitidos, trasladados y expresados a uno o a más destinatarios constituyéndose, entre ellos, un entorno *dialógico-racional* justificado por el contexto a cuyo efecto *perlocutorio* se le asigna la persuasión².

A partir del fenómeno que plantean las plataformas informáticas y las redes, que democratizan el espacio público y a su vez lo gestionan a través de la modelización de algoritmos, nuestra ponencia, variopinta, pretende discutir y conjeturar sobre los nuevos desafíos de los que deberemos tomar nota para atender las futuras problemáticas en el campo jurídico argumentativo.

Tiempo de cambios... adaptación o...

*“No es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la más inteligente.
Es la que más se adapta al cambio”, Charles Darwin (1809-1882)*

¹ Candidato de Doctorado en Ciencias Políticas (U. Francisco Marroquín), Maestro en Gobierno y Gestión Pública para A. Latina (U. Pompeu Fabra), Abogado y Contador Público (U. de Buenos Aires). Ex - Alumni de la Friedrich Naumann Stiftung, Profesor en la Escuela Iberoamericana de Administración y Políticas Públicas (EIAPP-CLAD), Miembro del Comité Ejecutivo del Consejo de Planeamiento Estratégico de la Ciudad de Buenos Aires (CoPE), etc.

² Para abundar más en detalle puede consultarse en Charaudeau, P. y Maingueneau, D. (Dir.), *“Diccionario de análisis del discurso”*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2005. Van Eemeren F. y Grootendorst, R. etc., *“Fundamentals of Argumentation Theory”*, A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments, Lawrence Erlbaum, Mahwah, NJ, 1996.

Frente a mi computador escribiendo este breve documento, en un día porteño de sudestada, viene a mi memoria una anécdota que enlaza al profesor Catenacci, y que aún conservo en mis recuerdos.

En la primera clase del curso de “Derecho y Argumentación”, allá por 2005 y, en solo cuatro palabras, nos subrayó: “argumentar es dar razones”. Este aparente y sencillo ejercicio intelectual de “dar razones” nos propone, en la actualidad, un desafío enorme en las sociedades humanas complejas y en el universo que rodea las ciencias sociales.

Desde la invención de la imprenta (de uno a muchos), pasando por la difusión de los medios de comunicación masivos (de varios a millones), en la actualidad, las redes sociales desreguladas y los algoritmos asociados sublevan, como nunca y exponencialmente, la conversación pública y la interacción de y entre los participantes de dicho diálogo público (de muchos a muchos).

Una observación generalista de los cambios que están ocurriendo en nuestras sociedades nos acercan a conjeturar sobre las problemáticas y desafíos que debemos atender en nuestro acelerado futuro.

La postura que tomamos en este breve artículo está más vinculada con ciertas herramientas que discurren y se entremezclan en las actividades humanas y trastocan la tesis canónica de la transmisión física de los saberes y de las interacciones intersubjetivas *person-to-person*.

Un saber o una relación significaba una actividad de tres pasos; implicaba una búsqueda, un esfuerzo y un encuentro, donde la reunión de los elementos ocupaba, además, un espacio de tiempo impreciso dentro de las configuraciones posibles de lo conocido.

Rand (1964) lo explica maravillosamente al afirmar que “la facultad que dirige el proceso de formación de conceptos, la facultad que opera por medio de conceptos es la razón. El proceso es el pensamiento. Por tanto, la razón es la facultad que identifica e integra el material provisto por los sentidos del ser humano. Es una facultad que el hombre debe ejercer por elección”. Remata afirmando que, “pensar no es una función automática”³. Agrego que pensar es un acto reflexivo y un esfuerzo de nuestro intelecto que una vez proferido, a ese acto de pensamiento, implica la responsabilidad personal del emisor y su respectiva fundamentación, si hiciere falta.

³ Rand, A., “*The Virtue of Selfishness. Fiftieth Anniversary Edition*”, en Centennial Edition, 1964.

Considero sumamente relevantes tales afirmaciones y de allí rescato tres ideas, a las que adhiero, y que conciernen a nuestra esencia como seres humanos, únicos e irrepetibles: la razón, los sentidos y la elección.⁴

Para conseguir que estos elementos se coordinen entre sí de manera adecuada requieren la destreza que desde niños acarreen convenientemente la estimulación y el adiestramiento en el movimiento o en el lenguaje. Acarín (2015)⁵ afirma que, los adultos no pueden adquirir estas habilidades. Quiero decir, con esto, que los individuos que se han desarrollado, tempranamente, con relaciones afectivas normales y sin artificios ideológicos son más hábiles y aptos para adaptarse a los escenarios difíciles.

Pese a los avances científicos desde, los '50, de Hubel y Wiesel (2014)⁶, en adelante, en materia de *neuroplasticidad* y el llamado “*critical period*”⁷ para su desarrollo (*que opera en mayor medida entre el nacimiento y los 2-3 años y, en menor medida, la adolescencia, que nos dotará de la personalidad e individualidad*), sabemos que hemos de convivir con corrientes ideológicas que controvierten la naturaleza del ser humano promoviendo, en cambio, el abandono del pensamiento en uno mismo porque, afirman, nos torna miserables.⁸ En nuestra región, deberemos estar atentos a los redentores que nos quieren conducir hacia el pueblo puro latinoamericano.⁹ En cambio, ¿cómo no pensarnos, como así desconocernos ni esforzarnos y convertirnos, por tanto, en materia frágil e intencionalmente irracionales?

Una vez que hemos de sostener que la argumentación funciona como un adherente fundamental de nuestra convivencia y la construcción de él solicita un proceso de estimulación temprana, en el campo del derecho “dar razones” opera dentro de un

⁴ Sobre la libre elección o “libre albedrío”, hay algunas corrientes *psico-neurocientíficas* (p.e. Bear et al., “*A Simple Task Uncovers a Postdictive Illusion of Choice*”, 2016, *Psychological Science*, Vol. 27, No. 6, 2016, pp. 914-922) y, hasta fórmulas matemáticas (p.e. Ley de Benford en: Benford, F., “*The law of anomalous numbers*”, *Proc. Am. Philos. Soc.*, Vol. 78, No. 4, 1938, pp. 551-572, que cuestionan el principio del “libre albedrío” de las personas). Sin embargo, y a la luz de los acontecimientos, queda mucho camino por andar.

⁵ Acarín, N., “*El cerebro del rey. Vida, sexo, conducta, envejecimiento y muerte de los humanos*”, segunda edición, RBA Libros, Barcelona, 2016.

⁶ Fehlh Haber, K., “*Hubel and Wiesel & the Neural Basis of Visual Perception*”, 29 de octubre, 2014. Consultable en <https://knowingneurons.com/2014/10/29/hubel-and-wiesel-the-neural-basis-of-visual-perception/>.

⁷ Espinosa, J. y Styker, M., “*Development and Plasticity of the Primary Visual Cortex*”, en *Neuron*, US National Library of Medicine National Institutes of Health, 26 de julio, 2012, Vol. 75, No. 2, pp. 230-249. Consultable en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3612584/>.

⁸ Ricard, M., “*Hay que dejar pensar en uno mismo, que el lo que nos vuelve miserables*”, en *La Nación*, 23 de mayo, 2015. Consultable en <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/matthieu-ricard-hay-que-dejar-de-pensar-en-uno-mismo-que-es-lo-que-nos-vuelve-miserables-nid1795159/>.

⁹ Zanatta, L., “*El rol de los ‘humildes’*”, en *CNN Radio Argentina*, 12 de septiembre, 2019. Consultable en <https://cnnespanol.cnn.com/radio/2019/09/12/el-rol-de-los-humildes-segun-loriz-zanatta/>.

sistema jurídico que nos ciñe y nos procura un marco instrumental de actuación legítimo o ilegítimo.

Redes y plataformas

En el campo de los instrumentos, MacLuhan (2016), premonitoriamente, anunciaba que “la computadora es la más extraordinaria de todas las vestimentas tecnológicas creadas por el hombre como una prolongación de nuestro sistema nervioso central”.¹⁰

Actualmente, las redes y las plataformas están gobernadas por algoritmos (del latín, *algorithmus*) y la *data* contenida en ellos se halla almacenada en inmensas nubes depositadas en gruesos cables que laten en las profundidades de los océanos.

Los algoritmos atraviesan nuestras vidas (*p.e.* algoritmos de “*Trading de Alta Frecuencia*”, el algoritmo del “*Timeline de Facebook*”, el algoritmo de “*Round Robin*”, entre otros) y, en muchos casos, la condicionan o la sesgan.¹¹ En síntesis, son formulaciones teóricas o conjuntos ordenados de operaciones sistemáticas que nos permiten hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problema.

Ahora bien, la experimentación con computadores tuvo un avance increíble años después de la Segunda Guerra Mundial. Mientras ello ocurría a un ritmo desenfrenado, la introducción de la concepción “*machine learning*” (en español, aprendizaje automático) comienza a mediados de los años ‘50, del siglo pasado, con la idea de determinar si una máquina era verdaderamente inteligente y si además podía superar la inteligencia humana a partir del diseño de un programa o *software* que replicaba el juego de damas entre un humano y un computador (Alan M. Turing, en 1950 y Arthur L. Samuel, en 1952, respectivamente).

Los pioneros “tecnológicos” y los continuadores destacan que los algoritmos podrían tener la capacidad de tomar mejores decisiones que los seres humanos sabiendo que están basados en una gran cantidad de datos y en base a reglas más específicas en donde no intervienen las emociones.

La aparición y desarrollo de los modelos de “*machine learning*” pueden servirnos para tomar decisiones fiables basándonos en los datos y reduciendo los espacios de incertidumbre y arbitrariedad.

¹⁰ MacLuhan, M., “*La guerra y la paz en la aldea global*”, Quentin Fiore (ed.), pp. 35, 2016.

¹¹ Sobre esto último puede consultar en Pizzolante, I., “*De la dictadura de los algoritmos a la revolución de la transparencia*”, en Fundación para el Impulso de la Comunicación en Español y Portugués en el Mundo (Fundacom), 2019. Consultable en <https://fundacom.lat/conocimiento/de-la-dictadura-de-los-algoritmos-a-la-revolucion-de-la-transparencia/>.

Sin embargo, algunas de las limitaciones del llamado fenómeno del *big data* (o *macrodatos*)¹²: a) produce un “efecto de aplanamiento”. Ya no hay matices ni relieves, todos los datos son aplanados. Muchos datos, puestos en un algoritmo (que no entiende razones, sino aplica lo que han aprendido), serán combinados y tratados como iguales; y b) elimina la diversidad de datos sobre los casos individuales. Y en algunos casos esta diversidad es la clave. El *big data* puede ser una buena guía, pero no debe tomar decisiones complejas en lugar del humano, según ilustra, en una entrevista, el sociólogo Dave Martin (Nieuwbourg, 2015).¹³

Retomando, contamos con un flujo de datos e información disponibles a la velocidad de un *clic*: eso resulta ser una gran noticia. Para los abogados también es una buena nueva porque nos permite investigar, relacionar e incluso interesarnos por las matemáticas para resolver un caso. Hasta allí, una herramienta útil.

En un estudio de 2018, la consultora Damo¹⁴ se preguntó ¿qué pasa en un minuto de Internet? La conclusión fue esta: Se veían 97.222 horas de vídeo en *Netflix*, 4.333.560 videos de *YouTube* eran enviados 473.400 tuits, se realizaban 176.220 llamadas de *Skype*, eran colgadas en Instagram 49.380 fotografías; y, por último, *Spotify* reproducía 750.000 canciones. Ante el crecimiento y el desmedido impulso de los llamados “motores” de búsqueda (*p.e. Google, Yahoo!, Bing, Ask, AOL, Go, Live y Snap, AURA! y Duck duck go*, entre otros), la democratización de los datos y la “fácil” producción y obtención de información, las tareas humanas que implicaban una actitud reflexiva y un examen exploratorio constante de información relevante (y no sesgada) y de discernimiento razonable se desvanecieron e incluso provocaron un fuerte impacto en la tergiversación de los contenidos a igual velocidad que los avances de las ciencias informáticas.

Ahora bien, ¿cómo nos enseñan?, ¿cómo enseñamos?, ¿qué de lo que estudiamos y de lo que aprendemos está caduco? La instantaneidad del *clic* nos aleja de lo aprendido y de lo enseñado, pero resulta útil y más liviano, nos sirve de salvoconducto para actualizar nuestro bagaje de conocimientos todos los días del resto de nuestros días.

¹² Segal, T., “*Big Data*”, en Investopedia, 5 de julio, 2019. Consultable en <https://www.investopedia.com/terms/b/big-data.asp>.

¹³ Nieuwbourg, P., “*Big Data, algoritmos, decisiones y seres humanos: intercambio de ideas con Dave Martin*”, en Decideo, 6 de enero. Consultable en https://www.decideo.com/Big-Data-algoritmos-decisiones-y-seres-humanos-intercambio-de-ideas-con-Dave-Martin_a1027.html.

¹⁴ López, D., “¿Cuánta información se genera al año en el mundo?”, en el Blog Oficial de Orange, 30 de abril, 2019. Consultable en <http://blog.orange.es/red/datos-mundo/>.

Las universidades, entonces, ¿enseñan cosas viejas? ¿Qué decir de los planes de estudio? Aquí hay mucho por deshacer y rediseñar en los currículos, en la didáctica y en la práctica de los contenidos. De hecho, el profesor Catenacci¹⁵ recoge que,

“las instituciones de formación superior se hallan en un proceso constante y sostenido de incorporación y apropiación de recursos tecnológicos aplicados a sus propuestas académicas y formativas. Este proceso está estimulado por la creciente necesidad de generar acciones destinadas a provocar una profunda revisión de sus métodos y estrategias de enseñanza”.

Desde el ámbito del desarrollo y el quehacer profesional las tecnologías de la información y comunicaciones avanzan hacia el conocimiento distribuido y las fuentes abiertas. El saber jurídico y la obtención de información relacionada generan un reto enorme a las profesiones del derecho.

En 2016 Ross se hizo popular por ser el primer robot abogado contratado por una firma de abogados. Se trata de un sistema de inteligencia artificial, potenciado por *IBM Watson*, que fue adquirido por el famoso bufete *Baker & Hostetler* y que tenía como misión, según se anunció en ese entonces, revisar miles de documentos legales para buscar datos que sirvieran para reforzar los casos de la empresa. Un trabajo que suelen hacer los abogados recién recibidos¹⁶. La misma Jaimovich (2016)¹⁷ refleja un experimento en el cual un grupo de investigadores ingleses y estadounidenses desarrolló un algoritmo que permite predecir, con un 80% de precisión, qué decisiones tomarán los jueces.

El programa pudo anticipar las resoluciones judiciales tomadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el fuero que se tomó como caso de estudio.

Susskind (2008)¹⁸, bajo el *sugestivo* título de su obra, nos pone de frente a la nueva ola. Sus 10 presagios tecnológicos disruptivos (en inglés, *disruptive legal technology*) sobre las profesiones jurídicas contribuyen, por un lado, a hacernos pensar sobre el debate y el impacto que tendremos que dar y soportar con las herramientas

¹⁵ Catenacci, I., "Tecnologías e innovación educativa", en Academia.edu, pp. 1-16. Consultable en https://www.academia.edu/15915947/Tecnolog%C3%ADas_e_innovaci%C3%B3n_educativa.

¹⁶ Jaimovich, D., "Justicia 4.0: cómo trabajan los robots abogados", en Infobae, 3 de septiembre, 2018. Consultable en <https://www.infobae.com/tecnologia/2018/09/03/justicia-4-0-como-trabajan-los-robots-abogados/>.

¹⁷ Jaimovich, D., "Justicia digital: desarrollaron un algoritmo que permite anticipar los fallos judiciales con un 80% de precisión", en Infobae, 30 de diciembre, 2016. Consultable en <https://www.infobae.com/tecnologia/2016/12/30/justicia-digital-desarrollaron-un-algoritmo-que-permite-anticipar-los-fallos-judiciales-con-un-80-de-precision/>.

¹⁸ Susskind, R., "The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services", Oxford University Press, 2008.

inteligentes que se desarrollan exponencialmente; en segundo lugar, sobre el rol que ocuparán las profesiones y los operadores del sistema judicial en virtud del servicio que prestan a la sociedad.

Una de las tantas disrupciones tecnológicas que dominarán la escena, llamadas por Susskind “ensamblado automático de documentos” (en inglés, *automated document assembly*), permitirán a los clientes obtener servicios legales sin la necesidad de interactuar con un abogado calificado. En cambio, los sistemas computarizados, programados de manera inteligente, brindarán asesoramiento, redactarán documentos e incluso resolverán disputas. No se requiere mucha imaginación para vislumbrar un sistema futuro al que los clientes puedan acceder a través de Internet. El cliente completaría un sofisticado cuestionario en línea, y el sistema, al usar las respuestas a las preguntas, generaría un acuerdo personalizado para que el cliente lo use. ¿Es posible que ocurra? ¿Tendremos que trabajar junto con un programador? ¿Hará falta gastar horas en la oficina? ¿Habrá oficina?¹⁹

Conclusiones

“La capacidad de hablar - la señora de las cosas, como vosotros soléis decir -, ¡qué preclara y divina es! Ésta es la que hace, para empezar, que podamos aprender aquello que ignoramos, así como que podamos enseñar a otros lo que sabemos. Además, con ésta exhortamos, con ésta persuadimos, con ésta consolamos a los afligidos, con ésta sacamos del temor a los aterrados, con ésta sometemos a los que hacen aspavientos, con ésta apaciguamos veleidades e iras, ésta es la que nos unió, gracias a la cohesión que nos procuran el derecho, las leyes y la vida urbana, ésta es la que nos apartó de la vida cruel y salvaje”. Cicerón (Obras Filosóficas I, 2009:426§148)

Como argumenta Nisa Ávila (2017),²⁰ la inteligencia artificial ayudará en el campo del ejercicio de la profesión a reunirse con la comunidad de conocimientos antes imposibles y, así, abastecernos de ellos en cantidad y en variedad de datos disponibles que aparecen en el *éter* de manera exponencial. El derecho, como ciencia dinámica pero asincrónico con respecto a los cambios sociales y de coyuntura se verá mejorado en tanto y en cuanto acompañe y ordene las transformaciones de las sociedades.

¹⁹ Sobre el particular puede acceder al siguiente recurso audiográfico, en “*Automated Document Assembly Software*”, HotDocsVideos, 2 minutos y 12 segundos”, 23 de febrero, 2017. Consultable <https://www.youtube.com/watch?v=MPTeVXP5NwY>

²⁰ Nisa Ávila, J.A., “*Inteligencia artificial y machine learning en el ejercicio profesional del derecho*”, en Lefebre Inteligencia Jurídica, 10 de julio, 2017. Consultable en <https://elderecho.com/inteligencia-artificial-y-machine-learning-en-el-ejercicio-profesional-del-derecho>.

La transformación digital y la tecnología jurídica están remodelando la actividad de los operadores del derecho, aunque la tarea de argumentar requiere una psique preparada y atenta para construir una serie concatenada de razonamientos sólidos que provoquen el resultado esperado.

Aun con estas nuevas herramientas que nos proponen las tecnologías telemáticas y comunicacionales, los límites de la aplicabilidad del derecho no están puestos en otra máquina sino en el ser humano, que evalúa la idoneidad mediante la interpretación normativa ayudado por las nuevas tecnologías.

De nosotros depende el compromiso para desandar, andar y tomar nuevos caminos que nos tornen más curiosos y criteriosos, con un trabajo intelectual colaborativo e interdisciplinario cotidiano y humano con la ayuda de la inteligencia artificial.

Sir Bacon²¹ dijo, alguna vez que, el [buen] argumento se semeja al disparo de una ballesta, es igual de efectivo dirigido a un gigante que a un enano. De cada uno de nosotros depende construirlo y defenderlo, ayudados por nuestro computador.

²¹ Sir Francis Bacon (1561-1626), pensador y político inglés.

Cómo citar: Seminario, Laura (2020). Un encuentro definitivo. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam.

UN ENCUENTRO DEFINITIVO

Laura Seminario

Resumen

El trabajo de referencia propone una suerte de relato autobiográfico que atiende a la importancia – definitiva, tal como alude el título del ensayo – del encuentro entre la autora y el profesor Jorge Imerio Catenacci en el curso de “Argumentación Jurídica” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Este encuentro transformará a la alumna en diversos sentidos. Principalmente respecto al concepto y relación con el “derecho”. Esto, a su vez, la invitará al oficio de la enseñanza. Este “cuento” breve pretende homenajear a nuestro querido Doctor Catenacci desde la perspectiva pedagógica filosófica. Se busca invitar a los lectores a indagar sobre el valor y la importancia que nuestras relaciones humanas importan en nuestra práctica profesional.

Introducción

En el marco de esta jornada mi propuesta será casi literaria. Porque lo que vengo a ofrecer, en principio, es un cuento. Más bien, un relato.

Estamos en el año 2008. Algún martes del mes de marzo. 10 AM. Aula 24. “Derecho y Argumentación” (1)

Ahí estaba ella. Con la expresión con la que habitualmente se la encontraba en los pasillos de la facultad de derecho. Como aburrida o cansada o desencantada.

Los bancos eran individuales. Al momento de llegar, sólo había uno libre en las primeras filas – claramente no era el mejor lugar para ella, pero el único – Se sentó.

Puntualmente se presentarían los docentes. El titular a cargo del curso y sus colaboradores. En aquel momento eran tres. Entre ellos, Juan Pablo Lionetti. Hoy, su amigo. Nada menos.

¿Cómo describir lo que pasó entonces? Yo les diría que ella casi casi abandonaba su expresión habitual.

A cargo de la clase, el Dr. Imerio Catenacci presentaba la materia. También presentaba una manera distinta de enseñar – no en vano había practicado la docencia toda su vida iniciando el oficio en la escuela primaria -

Volvamos a ella. Si supieran lo contenta que estaba. Esperaba los martes y viernes y era feliz a las 10 de la mañana. Corría hacia la 24 y ya no se la veía ni aburrada ni cansada ni desganada. Aquel maestro había transformado el aula. Nadie le quitaría el banco de la primera fila. No había mejor lugar en la 24. Lo interesante era que el maestro invitaba a una ronda desordenada. – Rompan filas – dijo alguna mañana. Y el uno tras otro se transformó en una ronda con ojos para todos.

Podrán preguntarse qué cosa hizo Don Imerio Catenacci para transformar en pasión la apatía. Ella dice que en sus clases supo que el derecho también es poesía.

El encuentro

Si alguno sospechó que utilizaba la tercera persona del singular cuando en realidad refería a experiencias en primera persona, no se equivoca. Era yo aquella corriendo martes y viernes al aula 24. También aquella cuya expresión había cambiado.

Lo que ocurrió aquel cuatrimestre fue, tal como sugiero en el título de esta ponencia, un encuentro definitivo. Entre aquel maestro y yo.

Ese encuentro provocaría otros tantos. Especialmente entre derecho y lenguaje; lenguaje y potencia; potencia y enseñanza; enseñanza y amor.

Hasta aquel martes que relato, mi trayectoria como estudiante había sido irregular e insatisfactoria. Hablo de mi relación personal con la carrera. De lo que ocurría cada vez que dialogaba conmigo misma mientras leía el Código Civil queriendo aprobar obligaciones o contratos o reales. “¿Por qué sigo con esto” – me preguntaba. Todo era tan pesado, monótono, confuso, indiferente. Lejos del oficio, la cursada hasta entonces, más que acercarme, me había resistido al “derecho”.

Entonces en la 24, Catenacci me invitó a pensar de nuevo. Y aquel código civil que hasta entonces había propuesto sólo dolores de cabeza y fastidio, tomó cuerpo.

Con él, el ejercicio nunca era repetir o conocer uno u otro artículo. Con él se comentaban las noticias de los diarios y se leían fallos significativos para quienes transitan los veintipico de años. Se leían clásicos de la literatura y hasta se actuaba la obra en el aula; se discutían películas; se jugaban crucigramas. En la 24 ocurría algo precioso.

Desde cualquiera de los bancos se estaba siendo parte de “algo”. El aula era un lugar común, un lugar de encuentro.

Y el derecho cobraba sentido. Y aquel sentido era bien distinto al conocimiento fatal de los códigos.

El sentido ahora estaba en el aula. En la práctica preciosa de compartir la reflexión. La pregunta. La duda. La palabra. El derecho era, antes que nada, palabra. Y entonces el conocimiento fatal de los códigos devino en la práctica preciosa de leer, hablar y escribir. El derecho era verbo. Y el verbo, potencia infinita. Allí aparecería el “argumento” como herramienta digna y preciosa de nuestra práctica. Y las discusiones cubrían seria y alegremente el aula.

Lo definitivo

Quedó atrás la 24 – con una de las notas más ricas de mi libreta, dicho sea de paso – y los martes y viernes ya no eran iguales a las 10 de la mañana. Sin embargo, las cosas eran distintas ahora. Nunca más me aburriría en “mi casa” – léase facultad de derecho -. Muy lejos de estar cansada, empezaba a involucrarme en cada congreso, charla, exposición, clase. El derecho jamás se me volvería a aparecer pesado, monótono, indiferente. Claro que más de una vez lo encontraría confuso. Pero ahora esa confusión, lejos de invitar a la renuncia, abría siempre accesos distintos y posibles. Ahí estaba el derecho como practica argumentativa. Ahí estaba el oficio. En el ejercicio constante del relato, bien parecido a este que les cuento, - aunque aquí sin pretensiones ni sentencias -

Una tarde de abril, a los dos años de aquella experiencia, ya con diploma y matricula de abogada, recibí un correo del Dr. Catenacci. Me proponía colaborar como ayudante en la materia. Me citaba en su estudio para una entrevista. Mi entusiasmo no podía ser mayor. Fui decidida y desde entonces colaboré, con Juan Pablo como compañero – en aquel entonces compartía los martes con Catenacci y los viernes con él -, en cada cuatrimestre de “Derecho y Argumentación”. Ya no en el aula 24. Aunque siempre supimos negociar algún aula de planta baja de mesa redonda. La cosa era mantener la ronda.

Fue un martes de nuevo, pero ahora de 2010, cuando siendo las 10.20 nuestro maestro no llegaba. Era extraño. Siempre fue puntual.

Decidí entonces iniciar la clase invitando a los estudiantes a discutir la Apología de Sócrates – obra que se había sugerido trabajar en clase anterior –

Los chicos respondieron con entusiasmo. Hablaban Uno sobre Otro. Comprometidos. Yo estaba encantada. Supe ordenar la discusión. Y en pleno debate veo a mi querido maestro, casi escondido tras la puerta. Me transpiraron las manos mientras él, una vez descubierto, entraba.

- Buenos días. Disculpen la demora. Sigán por favor – dijo mientras me sonreía, ocupando un banco en el fondo.

Y el aula continuó con su rico bullicio.

A las 11.30, finalizada la clase, caminamos juntos Don Imerio y yo. Debo confesarles que quería llorar. Llorar de alegría. El maestro se detuvo en algún pasillo. Me detuve, claro, también.

- Fue excelente tu clase – me dijo

Lo miré – cómo describirlo – extasiada. Mientras tanto entendía aquel enunciado. “Como pez en el agua”. Así me había sentido. Como pez en el agua.

Fue el doctor Catenacci quien me acompañó en mi trayectoria como estudiante del profesorado y quien insistió sin descanso en mi presentación al ingreso de carrera docente. No sólo eso. Llegó al aula una mañana con unos cuantos libros

– Lee estos textos. Con esto estarás en condiciones de aprobar muy bien ese examen de ingreso

Y fue en aquel ingreso donde conocería a quien hoy nos acompaña y con quien trabajo desde entonces. Otro maestro, más que maestro - yo les diría - mi padre académico, mi querido, mi queridísimo Martin Farrell.

Así fue que comencé oficialmente mi carrera docente.

Agrego que fue también el doctor Catenacci quien me prepararía la primera liquidación en mi primer litigio laboral como abogada.

Tanto al aprobar el examen como al negociar exitosamente aquel pleito, lo sentí tan contento como yo. Mi maestro era cómplice de mi alegría. Nada menos....

Conclusión

Quise compartir con ustedes esta breve reseña de la propia experiencia en el marco de estas jornadas de argumentación porque fue mi maestro, el doctor Imerio Catenacci quien, a partir de aquel encuentro, ese martes de marzo del 2008 en la 24, me invitó a un compromiso que, igual que nuestro encuentro, sería definitivo.

Definitivamente me comprometería con la argumentación como herramienta absoluta, no sólo para el ejercicio de la profesión, sino para pensar y debatir toda cuestión y, por supuesto, nuestras discusiones en las aulas

Definitivamente me comprometería con la enseñanza y una concepción que la presenta, antes que nada, como un acto de amor.

Prometo en un próximo encuentro, ocuparme especialmente de perspectivas argumentativas.

Mientras tanto, confío en que me darán el gusto de cerrar este relato con un fuerte aplauso para quien me enseñó, a mí y a muchos Otros, que la práctica argumentativa define, no sólo al derecho como disciplina. También a la mejor de las formas para tejer nuestros acuerdos, discutir diferencias, repensar nuestras prácticas, construir posibilidades infinitas.

ISBN 978-950-863-412-2



9 789508 634122