

Breves reflexiones en torno a la argumentación jurídica y su contexto*

Brief reflections on legal argumentation an its context

Luciano Ulises Ruhl**

Resumen: El artículo hace foco en las razones paradigmáticas que marcan la importancia de la argumentación jurídica en el Estado de derecho actual. Para ello, se analiza la mutación en la comprensión del derecho, direccionada principalmente a la función que deben cumplir los jueces al momento de dictar sentencias. Se reflexiona en torno a las fuentes de las que dimanen las exigencias argumentativas, y finalmente se ponderan los enfoques y el impacto positivo que poseen las decisiones argumentadas.

Palabras clave: Argumentación jurídica, Contexto, Estado de derecho, Jueces, Decisiones, Enfoques.

Abstract: The article focuses on the paradigmatic reasons that mark the importance of legal argumentation in the current Rule of law. To do this, the mutation in the understanding of the law is analyzed, mainly directed to the role that judges must fulfill when passing sentences. It reflects on the sources from which the argumentative demands arise, and finally the approaches and the positive impact that the argued decisions have are weighed.

Keywords: Argumentation, Context, Rule of law, Judges, Sentences, Approaches.

* *Fecha de recepción: 26/10/2021. Fecha aprobación 06/12/2021

** * Poder Judicial de Entre Ríos, Secretario de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala del Trabajo. Magister en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral; Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Tres de Febrero. E-mail: lruhl@ius.austral.edu.ar. <https://orcid.org/0000-0003-4944-0026>

“La realidad cambia con prisa y sin pausa, y nuestra administración de justicia debe estar a tono con ella, si deseamos que se encuentre a la altura de los desafíos que el mundo globalizado le plantea, para dar a nuestro pueblo un servicio de justicia cada vez mejor” (Palma L. M., 2007, p. 326).

1. El contexto de la argumentación en el siglo XXI

Es fundamental tener en cuenta el contexto en el que se formula una investigación, una hipótesis o un análisis sobre un fenómeno determinado. El Derecho no es ajeno a esta máxima, sino todo lo contrario.

Decimos esto porque si hablamos de la argumentación jurídica es necesario posicionarse en el paradigma actual dentro del que opera. La relevancia de la argumentación viene de la mano con el abandono (o si se quiere, la superación) de un Estado de Derecho Legal (en adelante EDL), y el acogimiento de un Estado de derecho más poroso, flexible e independiente, en el que cobra preponderancia la labor de quienes ejercen la magistratura. Este último ha sido denominado Estado de Derecho Constitucional (en adelante EDC) por autores como Rodolfo Luis Vigo, o Estado Constitucional de Derecho por autores como Luis Prieto Sanchís.

En la sociedad actual la labor de los jueces y las juezas es amplia, pero también lo son las exigencias que pesan sobre ellos. Antes, en una concepción decimonónica del derecho, se les exigía ser meros “subsumidores”, a través de la aplicación de silogismos, de casos concretos en normas generales. Un exceso en sus funciones, un entendimiento más abarcador del derecho que la aplicación lisa y llana de la ley, significaba exponerse a la posibilidad de incurrir en el delito de prevaricato.

Actualmente, y hace un tiempo ya,¹ el derecho se ha ido abriendo a una concepción distinta que nos acerca más al concepto de justicia que pretendemos alcanzar; no sin desconocer, ciertamente, sus riesgos (que los hay), pero destacando sus bondades, que no son pocas. Veamos entonces qué caracterizaba a un paradigma y a otro, para así comprender la importancia que reviste actualmente la función argumentativa.

2. Análisis comparativo del Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional

El dinamismo de la realidad social impacta sobre el derecho con efecto transformador, y afecta su comprensión, por eso es necesario destacar los cambios que han ido sufriendo los paradigmas del derecho a lo largo de los años y la transición hacia el paradigma en el que nos encontramos es que:

¹ En la jurisprudencia podemos identificar visos de cómo el entendimiento del derecho fue mutando en lo atinente a la mera tarea silogística de los jueces. Así, valga mencionar brevemente: el Leading Case “Marbury vs. Madison” (1803) de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos; y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Siri”(1957), “Kot”(1958), “Berçaitz” (1974) y “Halabi” (2009), entre muchos otros.

Uno de los cambios más notables que se pueden observar en la aplicación del orden jurídico nacional, tal como ocurre en otros lugares del mundo, es que surge una flexibilización del Derecho, de las normas jurídicas; una progresiva liberación de lo conceptual, para ser reemplazado por reglas legales más generales, más abiertas, más indicativas de sendas o bandas de conducta, lo cual se compadece con una simétrica realidad: tener fe en nuestros jueces, lo que dará como resultado una mejor aplicación del Derecho y, por ende, la obtención de soluciones justas, resolviendo los problemas de los ciudadanos, que son nuestra preocupación constante. (Echeverry, 2007, p. 339)

El Estado de Derecho Legal y su mirada

Una de las más notorias características que pregonaba el EDL es su tajante teoría positivista. Así, en el EDL la teoría o filosofía que le servía de respaldo teórico y orientación práctica era la puramente positivista, lo cual quiere decir que, para esta concepción de Estado de Derecho, “no hay más derecho que el puesto como tal”.

Esto viene de la mano con la sinonimia entre derecho y ley que sostenía el EDL, con lo que, abonando lo antes dicho, no hay derecho antes ni superior al de la ley. La relevancia de esta autoimpuesta limitación teórica y práctica se manifiesta en la falta de inclusión de elementos morales en el derecho, la exclusión de un derecho supra positivo, el no recurrir a la metafísica y a los principios y el sostener que no existe la posibilidad de valorar o prescribir, al ser estas tareas irracionales o dependientes de la antojadiza voluntad de quien valoraba (Vigo, 2013, p. 27).

Este pensamiento puede encontrarse ilustrado en Aubry, en tanto sostuvo que el derecho era conformado por: “Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, pero solo la ley” (Vigo, 2013, p 39). Dicha concepción se nutría de la concepción “mágica” del lenguaje (Carnap), al ignorar la notoria complejidad y dificultad que conlleva.

Cobra relevancia aquí la infalibilidad del legislador, que podía prever y establecer soluciones justas a todas las situaciones que pudieran presentarse en el plano jurídico. Esta concepción se vincula con que no hay más derecho que el puesto por el legislador, pues si este es infalible, no hay posibilidad de lagunas, ni necesidad de establecer algún tipo de procedimiento de ampliar el espectro de la ley e integrar con soluciones que muchas veces aparecían como necesarias. Tal lo decía Rousseau en defensa de esta posición, al sostener que la ley “es siempre justa, recta y promotora de la utilidad común”, y Hobbes mantuvo que “*autorictas, non veritas, facen legis*” (la autoridad, no la verdad, hacen la ley). Al pensar de Moulton:

Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez,
un solo derecho existe, el derecho positivo (...) Se define

como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí (...). En efecto, las leyes de la naturaleza, o morales solo son obligatorias en tanto que han sido sancionadas por la ley escrita (Vigo, 2013, p. 38).

Para esta concepción, las normas son mandatos definitivos (Alexy, 1989), en tanto precisan conductas jurídicas prohibidas, obligadas o permitidas, por lo que cualquiera puede hacer el proceso de subsunción. En este sentido, se sostiene que las normas se aplican a “todo o nada”, en tanto solo es necesario que se dé o no un caso previsto en ellas. Lo antes señalado abre la puerta a la conclusión sostenida por Montesquie, en cuanto a que el juez solo es “una boca inanimada que pronuncia las palabras del legislador”, pues si las normas siempre son claras y concretas, y cualquiera podía realizar el silogismo deductivo, ninguna tarea importante cumplía un juez que solo debía exteriorizar la aplicación al caso del “infalible” mandato legal, bajo pena de incurrir en prevaricato (Vigo, 2013, p. 38).

Para el EDL predominaba la importancia de la seguridad jurídica, que posibilitaba la previsibilidad de las normas, ante el convencimiento “irrefutable” que la ley era conocida por todos. Ninguna relevancia poseía la equidad y la justicia en las respuestas brindadas a los actores en conflicto, pues lo único importante era que la solución este legalmente establecida y por lo tanto sea previsible. Por ende, puede colegirse que ninguna entidad tiene para esta concepción que la solución sea manifiestamente injusta.

Las palabras de Moulton ilustran lo expuesto en el párrafo que precede al decir que:

Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley. (Vigo, 2013, p. 37)

La soberanía estatal era otro de los puntos cardinales del EDL, en tanto se entendía que no existía un poder por sobre el Estado o capaz de imponer una norma jurídica o el cumplimiento de una sentencia judicial a este.

El derecho procesal típico del EDL estaba basado en un trípode clásico conformado por actor, demandado resistiendo y juez definiendo el litigio, donde se aplicaba solo la ley y nada más que la ley; pues no es ocioso recordar que el EDL funciona sobre la base de la interpretación de la ley, que se lleva a cabo a través de la “reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley” (SAVIGNY). Esto se

producía al extremo tal que, según Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos” (Vigo, 2013, p. 34).

La visión del Estado de Derecho Constitucional

Hablar de los orígenes del EDC torna necesario remitirse a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, pues allí se produce la ruptura de la sinonimia entre derecho y ley. Los alcances de este rompimiento, se proyectan en la realidad de aceptar que puede haber derecho más allá de la ley y, específicamente, la ley puede no estar acorde al derecho. Este postulado fue el que sirvió de fundamento de la condena a los jefes nazis en Nüremberg, quienes cumplieron con el mandato legal, pero violaron el Derecho. De allí que se les exija a las personas confrontar el contenido de la ley con un “algo” suprapositivo, metafísico, moral y principialista, donde prevalece lo último en caso de discordancia.

Otro de los impactos que tiene esta ruptura de la identificación entre derecho y ley es que, a partir de esta visión, la voluntad del legislador ya no es infalible. Esto se vincula con el judicial review (vigente desde “Marbury vs Madison”), que expande las funciones de los jueces desde legisladores positivos a controladores formales y materiales de la ley desde la Constitución. Con ello, la validez de la norma por la sola autoridad que la emite queda supeditada su aplicación a encontrarse en concordancia con un mucho más amplio derecho.

Hacemos aquí una breve digresión. El referido tamiz de concordancia con el amplio espectro del derecho queda a cargo del intérprete judicial; pero quien decide conflictos de esta naturaleza deberá ahondar en los esfuerzos para armonizar las diversas fuentes del Derecho -entre ellas la legal, constitucional y convencional-, a fin de no incurrir en riesgos que serían igual de nocivos que los vicios que se intentan superar respecto de la mirada netamente positivista.

Nos referimos a peligros tales como el subjetivismo judicial,² el “relativismo constitucional”,³ el “hiperactivismo judicial”,⁴ la invasión de las esferas de

² El derecho sería una suerte de lo que “le parece” al juez, sin otro recaudo que una correspondencia con su mera voluntad y/o antojo, lo que decantaría en pronunciamientos netamente arbitrarios y carentes de un análisis armonizador de las fuentes del derecho.

³ El que puede sintetizarse en la expresión de Charles Evans Hughes (Chief Justice de la Suprema Corte de Justicia de EEUU) de que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es” (discurso brindado como Gobernador de New York en la Cámara de Comercio de New York en fecha 3 de mayo de 1907 - “Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908”, G.P. Putnam's Sons, 1908, pág. 139).

⁴ Que pone en tela de juicio las garantías constitucionales e institucionales, y al decir de Alfonso Santiago (1999) constituye una desfiguración exagerada del rol judicial cuando se ocupa innecesariamente de asuntos del legislador o del Ejecutivo.

funcionamiento de los otros poderes,⁵ y la posible incertidumbre e inestabilidad en la que operaría la regulación de los derechos y obligaciones en la Argentina.⁶

Ya Aristóteles decía en su *Ética a Nicómaco*, que la virtud se encuentra en el justo medio de dos extremos, unos por excesos y otros por defectos, unos por abuso y otros por pasividad. Los riesgos existen, pero como se verá en el desarrollo subsiguiente, las riquezas del nuevo rol de los jueces justifican asumirlos. La argumentación, como exigencia y como garantía, operará como termómetro, al demandar la exteriorización de razones concretas y suficientes que nos demuestren una interpretación armónica del derecho, a la vez que la elección de la decisión es la más acertada entre las alternativas posibles.

Cerramos el paréntesis.

Si se retoma el tópico del Estado de Derecho Constitucional, la teoría en la que se funda esta visión es, en contraposición con el EDL, una teoría no positivista, que se hace cargo del contenido y de los límites morales reconocidos en el derecho. Para el EDC hay algo más que el derecho puesto, una juridicidad indisponible reconocida por el que crea derecho, la que se identifica con los derechos humanos, valores o principios (Vigo, 2013, p. 10).

Se apela a los principios, distintos a los incluidos implícitamente por el legislador en los códigos del EDL, consistentes en contenido moral y forma jurídica (Alexy, 1989), que constituyen mandatos de optimización en cuanto exigen la mejor conducta fáctica y jurídicamente posible en una situación determinada, acorde a las circunstancias presentes (Vigo, 2013, p. 10).

La equidad hace que pase a segundo plano la seguridad jurídica, pues lo terminante es dilucidar lo justo en el caso, y que de ningún modo se incurra en una injusticia extrema, pues ello nunca puede constituir Derecho (Radbruch). Con la equidad se busca la mejor justicia para el caso concreto (Aristóteles) y tener presente, en el momento de decidir, las “consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.⁷

Entre los pilares del Estado de Derecho Constitucional figura la globalización, caracterizada por el crecimiento del derecho internacional y el comunitario, especialmente en materia de derechos humanos, plasmados mediante los tratados internacionales que operan la materia. Aparece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la que, la observancia de los pronunciamientos se impone a través del Pacto San José de Costa Rica, suscriptos por nuestro país (artículo 75, inciso

⁵ Imaginemos jueces que crean leyes o disposiciones reguladoras de derechos para el caso concreto, sin que exista un frente analítico, armónico y argumentado del texto legislativo con la máxima constitucional y convencional; ello desembocaría en una clara injerencia judicial a un poder distinto del Estado (Legislativo) que excedería las facultades otorgadas a los jueces.

⁶ Si el derecho es, exclusivamente y sin limitaciones, lo que cada juez es, ello tendría un evidente impacto desalentador en las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho que están sometidos a tal sistema, en tanto no podrían anticipar las reglas que los regulan, con el consecuente manto de incertidumbre extrema para todo caso.

⁷ Estatuto del juez iberoamericano, 2001, art. 43.

22, de la Constitución Nacional). Entonces, normas y tribunales supranacionales dotan de color a esta visión y revitalizan la soberanía estatal.

Uno de los postulados que puede resultar plenamente aplicable al derecho procesal consiste al decir de Vigo (2013) en que: “En el EDC no solo importa reconocer derechos sino preocuparse para que se tornen operativos, y aquí el acceso a la justicia es una pieza decisiva” (p. 25). En igual tenor, aquí pasa a ocupar un lugar central la persona y sus derechos inherentes y fundamentales; con ello nace el deber de adoptar medidas atinentes a la prevención y reparación de los daños injustamente sufridos y producidos (Vigo, 2013, p. 26).

Para finalizar esta breve comparación, destaquemos con Vigo (2013) que:

El EDC implicó superar muchos de los vicios implícitos al EDL que llegaban a delinear un derecho formalista, individualista, estatista, jurídicista, abstracto, científicista y dogmático que poco tiene que ver con lo que se avizora en la realidad y reclama la sociedad. (p. 28)

3. La relevancia de la figura de los jueces y juezas en el Estado de Derecho Constitucional

La importancia de la figura de los jueces y juezas en el EDC surge de los párrafos que anteceden. Este incremento notable en el protagonismo del juez, se extiende a su rol de director del proceso y protector de los derechos. En este sentido, y si bien respecto al proceso de familia, se ha dicho que:

La ley confiere a tales derechos una tutela procesal diferenciada –“de acompañamiento”- que rechaza los formulismos sacramentales, demandando tratamientos más flexibles, funcionales y, sobre todo, más dinámicos, acelerados, que, aunque no compongan definitivamente el conflicto, cuando menos brinden soluciones puntuales en tiempo razonable, sobre la base del buen derecho aparente que ostenta quien pretende el pronunciamiento. (Berizonce, 1998, p. 145)

Como lo ha dicho el maestro Couture (2011):

El juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho, la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador. (p. 283)

No se debe limitar la función del magistrado a la reproducción de las previsiones del legislador plasmadas en ley. Todo lo contrario, pues debe entenderse que la tutela

judicial efectiva supone la vigencia de todos los valores jurídicos armoniosamente combinados entre sí (Couture, 2010, p. 434), y que el juez, limitado por la moral en el reconocimiento del derecho, debe buscar las mejores respuestas según las posibilidades fácticas y jurídicas, en función de los mandatos de optimización que son los principios.

Se ha dicho, y con razón que, frente al problema jurídico concreto para el que es llamado el jurista, este normalmente identificará en el derecho vigente más de una respuesta jurídica y su trabajo consistirá en escoger una de ellas, para luego argumentar o dar razones a favor de ella. Cuanto más familiarizado esté el jurista con esas “fuentes de derecho”, habitualmente reconocidas en la Constitución o en los tratados de derechos humanos, en mejores condiciones estará como para ir descubriendo nuevas y mejores respuestas jurídicas (Vigo, 2013, p. 38).

4. La argumentación. Introducción

Reseñadas que han sido las particularidades contextuales que operan como contexto general en el que se desenvuelve la argumentación, nos encontramos en estado de pasar a analizar el acto argumentativo en sí, a fin de vincularlo con varios aspectos dignos de consideración.

A modo de introito, es oportuno recordar que el ya referido rol protagónico de los jueces y juezas afecta directamente el plano argumentativo. En este sentido:

Son los jueces a los que la sociedad les ha encomendado un poder que consiste precisamente en decir el derecho autoritativamente en cada uno de los problemas jurídicos que son llevados ante sus estrados. La peculiaridad central de esa argumentación jurídica judicial consiste en que hay una respuesta que el juez pronuncia luego de desarrollarse un diálogo institucional acerca del problema o pregunta jurídica suscitada por las partes. Esa respuesta se dicta con la autoridad política del juez que obliga a las restantes autoridades y a la sociedad a que sea respetada. El juez tiene la función social y política de buscar racionalmente en el derecho la respuesta justa al problema que las partes le han llevado, o sea a él se le pide que escoja argumentativamente la mejor respuesta de aquellas que le ofrece el derecho vigente. Por otro lado (...), el discurso judicial completo (especialmente *sus ratio decidendi*) queda incorporado al derecho vigente y disponible para ciudadanos y operadores profesionales del derecho a los fines de los eventuales problemas futuros y análogos a los resueltos. (Vigo, 2008)

Cuando nos referimos a la argumentación jurídica estamos aludiendo a la exposición de argumentos o razones que avalen una posición en cuestiones jurídicas

debatidas o dudosas a los fines de que la misma resulte más y mejor justificada y así logre vencer racionalmente a cualquier otra alternativa (Vigo, 2008).

En ese tren, es útil recordar el razonamiento de Tomas de Aquino, quien en la Suma Teológica reconoce que el argumento posibilita que se vea racionalmente como cierto lo que es dudoso (S. T., III, 55, 5c). Así, lo que posibilita la argumentación es posicionarnos en el campo de la prudencia en cuanto a recta razón en el obrar (S. T. II-II, q. 49, a.2.).

Los presupuestos de la argumentación jurídica, al entender de Vigo (2008), son:

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

La argumentación se proyecta no solo en cada una de sus premisas, en la vinculación entre estas y en la conclusión a la que se arriba, sino fundamentalmente en los motivos que justifican la selección de estas premisas y no otras entre las posibles. Allí radica la relevancia del acto sentencial, pues lejos de limitarse la sentencia a una "una cadena de silogismos" (Couture, 2010, p. 260/261), cabe tener en cuenta lo señalado por el juez y filósofo americano Jerome Frank, citado por Ramirez (2007) respecto a que el acto sentencial:

Lo que decide es la elección o selección de las premisas y la tarea auténtica del juez es la de elegir unos principios según su criterio de lo que es justo (supuesta premisa mayor) y, además, seleccionar los hechos que, con la categoría de hechos probados, formarán la premisa menor. La consecuencia resultará no de la confrontación de una premisa mayor y una premisa menor, sino de la tarea previa a esta operación supuestamente lógica de elegir cuáles habrán de ser tales premisas y concluye: 'La selección de las premisas constituye la tarea más importante del pensador'. (p. 1434)

En este cometido introductorio a la temática, no podemos dejar de señalar que la argumentación jurídica opera como garantía y como exigencia.

Es una garantía para los justiciables que se someten al poder del Estado encargado de decidir los pleitos judiciales con fuerza de ley (y, como regla general, decidirlos dentro de la misma). Y configura una exigencia que pesa sobre quienes

ejercen la función jurisdiccional, en tanto el pronunciamiento debe estar dotado de una suficiente fundamentación, a partir de la cual podamos comprender por qué se decide lo que se decide y no otra cosa.

Así también, la argumentación tiene su consagración explícita e implícita en textos constitucionales, en instrumentos internacionales y en normas legales concretas, todo lo cual brinda un espectro amplio de contemplación de dicha garantía/exigencia, que nos demanda una comprensión armónica en cada caso concreto.

Por otra parte, la argumentación posee diversos enfoques que no pueden ser pasados por alto. Nos referimos a proyecciones que impactan sobre la publicidad y transparencia del poder judicial, el derecho de defensa, y el equilibrio de poderes; y que, a su vez, se vinculan con el lenguaje claro y el auditorio destinatario del discurso jurídico.

5. La argumentación como garantía y exigencia plasmada en la Constitución, en la ley y en instrumentos internacionales

La argumentación encuentra su apoyo no solo en una exigencia moral y ética propia de un Estado de Derecho Constitucional, sino también al ser reconocida por las cartas constitucionales (la de Entre Ríos es un ejemplo), como por instrumentos internacionales (Código Iberoamericano de Ética Judicial) y también por códigos de fondo que regulan la materia e imponen su cumplimiento (Artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación). Este tópico se direcciona a desentrañar, aunque más no sea sucintamente, esos planos.

5.1. Argumentación como garantía constitucional

Si se adopta como ejemplo una de las constituciones provinciales, la Constitución de Entre Ríos⁸ establece en su artículo 65 que: “Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos en tiempo razonable”. Con ello se establece expresamente, en el rango constitucional provincial, la garantía a los ciudadanos y también la exigencia a quienes emiten este tipo de pronunciamientos (sentencias judiciales), de fundar suficientemente las decisiones.

También podríamos extraer un entendimiento de garantía y exigencia de decisiones judiciales fundadas a partir de la Constitución Nacional, aunque sea de modo implícito. Así, tenemos que el artículo 17 refiere a la necesidad de una “sentencia fundada en ley”. A su vez, el artículo 18 proyecta las mismas exigencias de legalidad respecto de los juicios penales, al sostener que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso. Y finalmente, el artículo 19 de la Carta Magna de nuestro país, dispone claramente que ningún habitante será

⁸ Texto según reforma del año 2008.

obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella prohíbe (principio de legalidad). Ello implica una limitación constitucional al ejercicio del poder estatal y, particularmente y en principio, una frontera legal en el contexto de actuación del poder judicial.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de los artículos antes citados ha ido variando, y en ese tren la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha invalidado pronunciamientos por no ser “una derivación razonada del derecho vigente” (nótese que se refiere en todos los casos al “derecho” en lugar de la “ley”); entonces, podemos deducir que se requiere una fundamentación suficiente que no se agota con la subsunción legal, sino que implica la necesaria ponderación de las circunstancias fácticas/probatorias y jurídicas del caso, y la exteriorización razonada de los motivos y argumentos que sustentan lo decidido. Lo contrario, importará la invalidación del fallo por incurrir en la doctrina de la arbitrariedad, sobre la base de la falta de fundamentación o por una fundamentación insuficiente.⁹

Es que, el fallar solo y únicamente acorde a la ley (referenciada en los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional) se aleja de las exigencias actuales del derecho, y de las necesidades de los justiciables en un Estado de derecho constitucionalizado. Tal como señala Larenz y Alexy, que el trabajo sentencial desborda la mera subsunción, y al menos cuatro razones dan cuenta de ello: 1) la vaguedad del lenguaje jurídico; 2) la posibilidad de conflictos de normas; 3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente y 4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma casos especiales (Alexy, Robert, 1989, p. 23-24).

Los tratados internacionales aprobados y ratificados que enuncia el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional permiten el acceso a esos instrumentos internacionales (Vgr. La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; entre otros), y a sus garantías con jerarquía superior a las leyes, entre las que se encuentran elementos que enriquecen el debido proceso y que fomentan que las decisiones judiciales no sean arbitrarias.

Lo que queremos destacar con esto, no es que pueda prescindirse del elemento legal o normativo, ni mucho menos. La aplicación de la norma es la regla y su apartamiento la excepción, justificada solo ante una incompatibilidad palmaria con el texto constitucional o convencional; este apartamiento, excepcional y de último recurso deberá ser suficientemente argumentado y no podrá escudarse en una referencia genérica de estar “velando” por el respeto de una garantía o principio constitucional.

Lo que se intenta poner de relieve es que la mera remisión a un texto legal, sin un razonado desarrollo argumentativo que pondere las circunstancias fácticas y que armonice las normas operativas en el caso con el sistema (legal, constitucional y convencional), no satisface las exigencias del paradigma de derecho actual.

⁹ Ilustra esta afirmación fallos como “Candia” (CSJ 770/2017), del 26/02/2019; Fallos: 341:1611; 341:262; 341:161; 340:1380; 340:1346; 339:423; entre muchos otros.

Por otra parte, el contexto al que referimos al hacer paralelismos y diferencias entre el EDL y el EDC también explica el ejemplo de la reforma de la Constitución de Entre Ríos, la transformación doctrinal/jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la Constitución Nacional, y también la modificación legislativa de códigos de fondo, tal como veremos al abordar el tratamiento del artículo 3º del Código Civil y Comercial de Nación.

¿Por qué? Básicamente y siguiendo a Vigo (2008), porque la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador en la que se privilegia a su parte orgánica y pasa a ser reconocida como la fuente de las fuentes del derecho, y no solo cualquier fuente, sino la más importante, en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza y así operan en él principios, valores o derechos humanos, donde se encomienda a los jueces que garanticen que en sus respectivas sociedades se los tomen en serio, haciéndolos prevalecer, incluso, contra las decisiones mayoritarias o unánimes.

5.2. La argumentación en instrumentos internacionales (El Código Iberoamericano de Ética Judicial)

Si bien los instrumentos internacionales son muchos y variados, en este punto decidimos hacer hincapié en el Código Iberoamericano de Ética Judicial.¹⁰ Las razones para centrarnos en este código modelo es que destaca la importancia de la fundamentación de las sentencias, al punto tal de dedicar un capítulo completo a la motivación de las decisiones judiciales.¹¹ Podemos destacar:

- La motivación de las decisiones apunta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales (art. 18).
- Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente validas, aptas para justificar la decisión (art. 19).
- Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, solo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita (art. 20).
- El alcance asignado a la motivación de las decisiones judiciales se proyecta tanto en materia de hechos como de Derecho (art. 22). En cuanto a los hechos, es necesario un rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio, evaluando individualmente cada probanza y formulando una apreciación de su conjunto (art. 23).

¹⁰ Reformado el 2 de abril del año 2014, en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago, Chile.

¹¹ Es reconocible la pluma de Rodolfo Vigo y Manuel Atienza en el Código.

- Vinculado con lo ya referido: insuficiencia de la sentencia como ejercicio de subsunción o de la decisión como sentencia “fundada en ley” (art. 17 de la Constitución Nacional), según el Código la motivación en materia de derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente, en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos (art. 24).
- Que en el pronunciamiento deben considerarse las alegaciones relevantes de las partes y las razones de relevancia de los jueces y juezas que hayan entendido con anterioridad en el asunto (art. 25).
- Finalmente, se consagra la claridad del lenguaje y se desalienta la utilización de tecnicismos innecesarios o el exceso en la extensión del decisorio, todo apuntado a mejorar la comprensión del pronunciamiento y de las razones que lo sustentan (art. 27).

5.3. El respaldo legal de la argumentación como exigencia y garantía en el artículo 3º del Código Civil y Comercial de Nación

El artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación estipula que “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

De la mano con lo ya analizado respecto de la Constitución de Entre Ríos, de la connotación del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional, y en el capítulo de motivación de las sentencias contenido en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, se postula en el Código Civil y Comercial de la Nación este deber de los jueces y juezas de fundar razonablemente las decisiones que adoptan. Más allá de las diferencias semánticas que aparecen en los distintos instrumentos analizados (“fundar suficientemente la sentencia”, “motivar”, “fundar razonablemente”), todos apuntan a lo mismo, es decir, a la necesidad de que la decisión adoptada por este poder del Estado sea sustentada en razones claras, ordenadas y válidas.

Si seguimos a Grajales, podemos denotar, en relación al artículo 3º del CCCN, que otorgar una decisión razonablemente fundada implica justificar; a su vez, justificar consiste en brindar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas: la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión; se abandona así, el proceso decimonónico centrado en la aplicación del derecho como subsunción, donde se exponía la decisión, pero no se la justificaba (Grajales, Amos A., 2015) más allá de la referencia del supuesto normativo en el que encuadraba el caso particular. Esta forma de concebir la decisión jurisdiccional implica que:

No hay una única respuesta posible sino varias, dentro de las cuales alguna de ellas es más razonable, es decir, aceptable. Siguiendo este criterio, si supusiéramos —como durante siglos se ha hecho— que hay una única respuesta verdadera a los casos, la tarea de la judicatura implicaría

encontrar una verdad “demostrable”. Si hay demostración, entonces no hay razonabilidad y, por tanto, no hay sentencia razonablemente fundada, sino una demostración suficiente. (Grajales, 2015)

Además de ello, es necesario complementar esta exigencia de decisión razonablemente fundada con los instrumentos previstos en los artículos 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia, surge del citado que: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Esta concepción también denota el reemplazo de la actividad interpretativa-subsuntiva por una operación argumentativa-ponderativa.

6. Enfoques de la argumentación

Con enfoques referimos a los campos o los ángulos sobre los que se proyecta la argumentación. Más allá de la práctica argumentativa, en la decisión jurisdiccional, la argumentación impacta en distintas facetas que merecen una consideración.¹²

6.1. Argumentación como exigencia para la publicidad y transparencia del poder judicial

Ello permite que tanto las partes como la sociedad conozcan las razones de un poder del Estado para adoptar una decisión. Se trata de posicionarse en un lugar donde el actuar del poder judicial pueda ser conocido por la sociedad y que no solo sea el resultado el que llega al receptor, sino la exteriorización de los motivos en los que se apoya el veredicto.

La argumentación, bien aplicada, transmite a la sociedad el trabajo realizado por las juezas y los jueces, y por todo el aparato judicial, demostrando que estos entienden la realidad de las personas y que deciden el pleito no solo dando razones, sino también explicando por qué eligieron esas razones (de entre muchas) y no otras. En definitiva, legitima la función de jueces y juezas.

Contribuye, además, a superar la percepción que en algunos casos se tiene de que los jueces están desapegados de la realidad,¹³ en el que se decide el resultado de un juicio desde un pedestal, por el solo hecho de “ser” jueza o juez.

Para que estas nociones de transparencia lleguen a buen puerto es necesario un

¹² Estos enfoques no aspiran a agotar la temática, sino que persiguen la finalidad de ilustrar sucintamente el impacto de la argumentación sobre las partes de un proceso y sobre la sociedad.

¹³ Para citar algunos artículos periodísticos: <https://www.infobae.com/politica/2016/10/16/los-jueces-viven-en-un-mundo-ideologico-alejados-de-la-realidad/>; <https://www.infobae.com/opinion/2019/12/21/el-poder-judicial-debe-mejorar-de-modo-urgente/>; y <https://judicial.gob.ar/2015/el-compromiso-con-la-realidad-es-parte-de-la-etica-de-un-juez/>; entre otros.

aparato comunicativo que sirva de enlace entre el poder judicial y la comunidad,¹⁴ y una debida capacitación en la materia; cuestión que no nos convoca en el presente, pero que evidentemente merece un intenso desarrollo.

6.2. Argumentación y derecho de defensa

La argumentación tributa al ejercicio del derecho de defensa. Resumidamente, podemos concebir fácilmente la idea de que, conocer las razones en las que se apoya una decisión, los motivos de la elección de esas razones por sobre otras, y la exteriorización del trabajo ponderativo de quien decide, favorece:

- El control que pueden ejercer las partes del proceso;
- La aceptación de los argumentos brindados por el magistrado o magistrada;
- La tarea crítica de los aspectos que se consideran en desacuerdo con el acto sentencial, es decir, el ejercicio recursivo de las partes a fin de obtener una modificación del decisorio.

6.3. Argumentación y equilibrio de Poderes del Estado

Este encabezamiento encuentra su génesis en que, al decidir con argumentación quien ejerce la judicatura, se está respetando la forma republicana de gobierno. Es que, si pensamos en las juezas y jueces decidiendo en función de la exposición de argumentos propios y de diversos tipos (entre ellos el marco legal del asunto), podemos deducir que ya no decide únicamente el legislador (conforme el EDL) a través del magistrado que solo le sirve de “boca”, sin margen de apreciación o pensamiento alguno. Quienes ejercen la magistratura deciden a través de decisiones fundadas, con apoyo en la ley como un elemento más de la decisión, salvo incompatibilidad palmaria con la constitución o convenciones de tal jerarquía.

A partir de ello, entendemos que la exigencia/garantía argumental en las decisiones jurisdiccionales viene a contribuir al sistema de controles y contrapesos necesarios (“*checks and balances*”) para el funcionamiento del sistema republicano.

No se trata de que el poder judicial invada o excluya al resto de los poderes, (como fuera adelantado en el punto 4 de este trabajo), pues ello notoriamente confronta con nuestro sistema constitucional. En cambio, se apunta a que el primero desarrolle un rol concreto en la interpretación argumentativa del derecho, acorde al plano legal, constitucional y convencional.

¹⁴ Por ejemplo: el Centro de Información Judicial (CIJ) creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como enlace de comunicación entre el Poder Judicial y la comunidad; la Oficina de Comunicación del Poder Judicial de Córdoba; la Dirección de Comunicación y Prensa de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires; y el Servicio de Información y Comunicación (SIC) del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, entre otros.

Hay un valor agregado, una interpretación armónica de las fuentes del derecho y ya no una reproducción mecánica de la cinta legislativa, con lo que, el equilibrio de poderes se ve beneficiado.

6.4. Utilidad argumentativa tendiente a evitar el autoritarismo judicial

Si afirmamos que la argumentación contribuye a la no invasión de otros poderes del Estado en la función constitucionalmente propia del poder judicial, no podemos dejar de sostener que también tributa a evitar el autoritarismo judicial.

La exigencia de fundar las decisiones judiciales nos permite alejarnos del veredicto judicial como mera voluntad o “antojo” judicial al fallar de tal o cual manera, y nos ubica en el campo en el que, quien decide, debe exteriorizar argumentos suficientes y razonados en los que se apoya la decisión; el pronunciamiento no es válido si carece de la debida fundamentación, con lo que podemos concluir que no es la autoridad de quién decide la que le otorga el carácter de valedero al decisorio, sino el ejercicio argumentativo suficiente que en este último se practique.

6.5. Argumentación y lenguaje claro

Si nos posicionamos en el paradigma del Estado de Derecho Legal, la función de las juezas y jueces consistía únicamente en un ejercicio silogístico, donde solo con la ley y el caso concreto se subsumía “inanimadamente” el último en la primera, y se arribaba a la decisión del caso. Este rol restringido de quien decide excluyó notablemente la necesidad de un lenguaje claro.

Es que, como lo señala Tau (2019):

Sale al acecho del análisis un interrogante crucial: ¿cómo pudo ser que por siglos -e incluso en la actualidad- no nos hayamos planteado el problema de la claridad del lenguaje jurídico como una de las primeras cuestiones a indagar para asegurar un debido proceso legal? Sin dudas, la influencia del positivismo del siglo XIX jugó y juega un papel protagónico.

El papel de las juezas y de los jueces en el siglo XXI es muy distinto y es necesario que cada decisión que adopta sea no solo razonadamente fundada, sino también con una claridad lingüística que no genere en los destinatarios confusión, ni los someta a la necesidad de emprender la ardua tarea de descifrar una motivación incomprensible, hermética, contaminada con “latinismos”¹⁵ innecesarios¹⁶. Es que al decir de Atienza

¹⁵ Para ilustrar la terminología, recomendamos la nota: <https://www.cij.gov.ar/nota-13669-Claves--latinismos.html#:~:text=No%20hay%20que%20confundirlo%20con,y%20supone%20un%20matiz%20de%20spectivo>.

¹⁶ Sobre esta temática resulta interesante traer a colación que: “(...) Escribir ‘como un juez’ consiste, pues, a sus ojos, en usar un despliegue barroco de frases que pueden prolongarse durante más de veinte líneas, con innumerables (y antinormativos) gerundios, alteraciones innecesarias del orden habitual de

(2015), no se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan: la calidad y fortaleza de esas razones son responsabilidad exclusiva del que argumenta (pp. 473-475).

6.6. El auditorio de la decisión argumentada

Dedicamos este sub-epígrafe a la parte receptora del discurso argumentativo, en tanto entendemos que “La razonabilidad de una decisión consiste en la posibilidad de aceptación racional por parte del auditorio al cual va dirigida” (Grajales, 2015). Recordemos aquí la definición que Perelman (1994) hace del auditorio, al que describe como “el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación” (p. 55).

La argumentación debe tener especial conciencia del auditorio al que se dirige y adaptarse a este, ya que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual con los receptores (Perelman, 1994, p. 48). Con receptores, no nos ceñimos a las partes del proceso, sino que expandimos el concepto a la sociedad toda.

El poder judicial, como todo poder del Estado, debe ser transparente ante la sociedad, y salvo casos excepcionales -como aquellos con objetivos protectorios de la identidad o intimidad de determinadas personas-, sus actos deben ser públicos, conocidos y cognoscibles por todos los ciudadanos. El discurso debe transmitir que, entre los posibles argumentos, estamos eligiendo el mejor, para lo cual la simpleza y claridad expositiva -oral o escrita- es inexorable.

7. Reflexiones finales

El fenómeno de transición de paradigmas hacia un Estado de Derecho Constitucional hace entrar en escena a la argumentación jurídica en un papel que lejos está de ser secundario.

A partir de este entendimiento contextual nos introducimos en la argumentación, entendiendo que la misma consiste en exponer razones que sustenten una posición en cuestiones jurídicas debatidas o dudosas a los fines de que la misma

constituyentes en la frase, expresiones pronominales ambiguas, etc. La identificación personal de los jueces con este tipo de discurso, considerado ‘de prestigio’, explica que estos profesionales se muestren reticentes ante cualquier intento de modificar su lenguaje, probablemente debido al miedo a sentirse ‘excluidos’ de la comunidad discursiva formada por los juristas profesionales. Conviene recordar que dicho sentimiento suele estar reforzado por la importancia del peso de la tradición en el ámbito del derecho; disciplina en que la conservación de convenciones y costumbres suele relacionarse con la pretensión de aplicar una justicia universal e igualitaria (...). (Martín del Burgo y Marchán, 2000, p. 208). Aluden a las ‘...aspiraciones literarias’ del juez y afirman que este ‘tiene que renunciar a la tentación de lucimiento con el empleo de un lenguaje refinado, florido y brillante’ y concebir la lengua como la herramienta que le permite aplicar el Derecho (...). (Montolío Estrella y Samaniego, Anna López, 2008, pp. 33-64).

venza racionalmente a cualquier otra alternativa.

Es importante motivar las decisiones porque es a las juezas y a los jueces a quienes la sociedad les ha encomendado un poder que consiste en decir el Derecho autoritativamente, respetando las garantías de los sujetos, y resolviendo los problemas jurídicos presentados.

Argumentar suficientemente las decisiones nos permite detectar si quien decide incurrió en algún exceso de sus facultades (configurando así alguno de los riesgos destacados en el trabajo), o si por el contrario se logró en el caso concreto una interpretación armónica de las diversas fuentes del derecho que se deben compatibilizar.

Las sentencias judiciales son actos de un poder del Estado que impacta en la vida y en el patrimonio de las personas. En muchos casos, las decisiones judiciales son determinantes en la vida de las personas, afectan su realidad presente e influyen en los proyectos futuros; por ello, es fundamental que estén motivadas racional y suficientemente y no que se sustenten en la simple voluntad del legislador o en la mera autoridad del juez o jueza.

En este sentido, podríamos afirmar, que al dictar sentencias argumentadas se moraliza el derecho dado que la autoridad intenta dar las razones por las cuales se niega un derecho o se impone un deber; ya no se justifica invocándose meramente su origen o por silogismos, sino exteriorizando los argumentos que la justifican y apelan a la razón del destinatario para lograr su aceptación (Vigo, 2008).

Ello configura un mandato constitucional en cartas provinciales como la Constitución de Entre Ríos, es una garantía constitucional que podemos deducirlo en la Constitución Nacional, es una exigencia estipulada en instrumentos internacionales como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, y es un recaudo que también asegura la ley de fondo en el artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tener en cuenta los enfoques de la argumentación contribuye a concientizar sobre su importancia: que todo veredicto judicial se apoye en fundamentos expresos, sólidos, coherentes y comprensibles, es una exigencia que pesa sobre quienes ejercen la judicatura, y como contrapartida, es una garantía que le debemos a la sociedad y a los justiciables.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, Robert. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2006). Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. *Doxa*. N° 29.
- Berizonce, R. (1998). *Revista medidas cautelares*. Rubinzal-Culzoni.
- Couture, Eduardo J. (2010). *Fundamentos del derecho procesal civil*. La Ley.
- Couture, Eduardo (2010). *Obras*. La Ley.
- Couture, Eduardo (2011). Op. Cit. en *Revista de Derecho Laboral Actualidad 2011-2*, Rubinzal-Culzoni.
- Echeverry, Raúl A. (2007). *El derecho en movimiento*. Rubinzal Culzoni.
- Frank, Jerome. Law and the modern mind. (Buenos Aires, 8 de agosto de 2017). *El derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. Poder-deber de decisión y de fundamentación a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*.
- Grajales, Amos A. (2015). *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como "la boca de los principios". De la subsunción a la ponderación*. Abeledo Perrot. AP/DOC/408/2015.
- Palma, Luis M. (2007). *El derecho en movimiento*. Rubinzal Culzoni.
- Perelman, Chaïm y L. Olbrechts-Tyteca (1994). *Tratado de la Argumentación*. Gredos.
- Tau, Matías R. (2019). Oralidad y lenguaje judicial claro: garantía elemental del debido proceso. *Revista de derecho procesal*.
- Vigo, Rodolfo L. (Cancún, México, mayo de 2008). Argumentación Constitucional. En *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano del Derecho procesal Constitucional*.
- Vigo, Rodolfo L. (2013). *Tratado de Derecho Judicial*. Abeledo Perrot.

DOI: 10.5281/zenodo.5795631



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.