

“Problemas de la argumentación jurídica”¹

Manuel Atienza Rodríguez. Academia de la Magistratura.

Lima, 27 al 29 de marzo de 2012.

Edwin Figueroa Gutarra²

Presentación Dr. Francisco Távara Córdova, Presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura.

Sesión del 27 de marzo de 2012

Desde la antigüedad uno de los tipos de enseñanza de la argumentación era el modelo, es decir, asistiendo a buenas argumentaciones, se aprendía a argumentar. Podemos igualmente encontrar algunos elementos comunes en ese modelo argumentativo, uno de los cuales es la lógica, la cual pone un punto de arranque en la argumentación. Debemos distinguir, también, la concepción retórica como un modelo argumentativo.

Es importante entender cómo es la argumentación, entender sus componentes, cuáles son sus puntos débiles o no. Se puede tratar de construir una teoría de la argumentación desde un punto de vista abstracto. Lo otro es elegir una determinada perspectiva y a partir de allí, argumentar. Este último modelo es el que he elegido. En el sistema estadounidense, otro ejemplo, se ha adoptado la teoría del caso, es decir, no hay un enfoque reduccionista.

¹ Versión editada oral

² Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Sala Constitucional Lambayeque. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Becario del la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*. Montevideo, Uruguay, 2010; y *La Constitucionalidad de las Leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

La argumentación dogmática es otro tipo de argumentación. El Derecho es argumentación pero no es solo argumentación.

Derecho y argumentación

Una aproximación estructural es de qué está compuesto el Derecho y para qué sirve el Derecho. Propongo una nueva aproximación: ver el Derecho como un conjunto de decisiones a partir de problemas. ¿Cómo se resuelven estos problemas? Argumentando.

Algunas cuestiones explican el auge de la argumentación jurídica. Desde Aristóteles ya existen estudios de la argumentación. Las diversas concepciones del Derecho se organizan en base el normativismo positivista, el iusnaturalismo, para luego dar espacio a corrientes como el formalismo y las teorías críticas del derecho, que fueron teorías de inspiración marxista.

Por diversas razones estas últimas teorías no se interesaron en la argumentación. La teoría del silogismo no es, por ejemplo, una teoría falsa sino que es muy simple. El normativismo, del tipo kelseniano o hartiano, advierten ideas que no dejan espacio a la argumentación. Mac Cormick piensa inicialmente con bases hartianas mas luego se aleja de ellas. El realismo jurídico es una teoría más afín, considera al Derecho como una actividad. Los realistas se centraron en la conducta y no en la justificación.

Un enfoque educativo inicial fue iusnaturalista, era lo primero que aprendíamos en la Universidad. El Derecho natural era la base de enseñanza del Derecho. Luego la visión cambia, se van abandonando estos esquemas por contenidos de mayor análisis. El problema de las teorías críticas del Derecho es llegar a soluciones correctas.

¿Por qué la importancia de la argumentación? Porque existen lagunas en el Derecho, entre otros aspectos. Además, porque la práctica del Derecho consiste en argumentar. Si discutimos cómo tiene que ser la enseñanza del Derecho, podemos decir que no solo debemos discutir teorías abstractas sino que debemos procurar entrar en la realidad del Derecho, y darle sentido práctico. La teoría de las fuentes del Derecho se convierte en qué puede funcionar como una premisa y como un razonamiento.

La justificación implica una concepción democrática del derecho. Antes de 1978, prácticamente se argumentaba muy poco. El esfuerzo de argumentación era mucho menor. La democracia formal y la democracia material, por ejemplo, pueden representar muchos conflictos. A su vez, la democracia deliberativa conlleva, de la misma forma, problemas de argumentación y ésta asume un aspecto analítico, exigiendo ciudadanos capaces de argumentar.

Como consecuencia de esta evolución, en el siglo XX, después de la 2da Guerra Mundial, se ha dado mucha importancia a la argumentación. La primera etapa es la posterior a los años 50. Recasens Siches, apoyándose en Ortega, fue un autor que planteó la lógica de lo razonable, que luego evolucionó a un tema de "lógica viva". Perelman plantea, luego, temas de retórica. En el mundo alemán, Viehweg plantea temas de tópicos y jurisprudencia. Todos estos autores planteaban una falsa oposición con la lógica. Mac Cormick y Alexy, en cambio, plantean teorías estructuradas de la argumentación.

Enrique Haba, luego, formula distintas críticas a las teorías de la argumentación, y plantea una visión descriptivo- explicativa. Refiere que la teoría estándar es engañadora, se asienta sobre una serie de vicios: ofrece una perspectiva axiológica pero de modo implícito confunde lo que es con lo que no es; se apartan de una real racionalidad y son así cirugías estéticas. En virtud de lo anterior, la idealización argumentativista constituye una visión escapista y encubridora. Racionalidad es, para Haba, la lógica y las citas empíricas.

Habría, de otro lado, que combatir el escepticismo ideológico. ¿Realmente nadie aplica las reglas del discurso racional de Alexy? ¿Es el Derecho acaso un mecanismo engañador ideológico?

Se necesita hoy trabajos que articulen los instrumentos teóricos de la argumentación con determinados campos de la praxis. Es el tipo de trabajo que más falta en la argumentación.

La cultura latina tiene un rango más formalista que la anglosajona que, de alguna forma, es más sustancialista. El formalismo entre nosotros, sin embargo, no es una concepción de los extremos.

“El imperio de la ley”, de Francisco Laporta, es un texto a analizar en detalle. Hay diversas formas de entender la ley. El Derecho puede ser un libro de reglas, es decir, un conjunto de reglas. Y otra visión es el reconocimiento de derechos para todos los ciudadanos. Laporta defiende la primera acepción, es decir, la idea de un conjunto de reglas. Así se oponen decisionismo frente a normativismo, reglas frente a principios, ley frente a Constitución, libro de reglas frente a protección de los derechos, etc. Defiende una teoría formalista de la interpretación.

La “falacia del Nirvana” consiste en comparar una visión idealizada de una institución con una visión demonizada de otra. Ejemplo: el juez Hércules frente a la peor versión de los jueces. El textualismo formalista y literalista produciría así, mejores consecuencias en tanto no parte de incertidumbres y reconduce las actividades interpretativas.

El valor del formalismo de Laporta, a pesar de las observaciones, es su dimensión material. Se podría decir que se necesitan “valores fríos” para construir “valores calientes”.

Se puede ser antiformalista pero se necesita aportar criterios de equilibrio.

El legislador tiene un rango de autoridad pues emite la ley y el juez tiene la obligación de aplicarla. Cuando los jueces resuelven teniendo al frente la Constitución y las leyes, no hay un diálogo de tú a tú. Existe una obligatoriedad de aplicación de la norma, aunque situación puede connotar determinadas excepciones.

Sesión del 28 de marzo de 2012

En relación al caso Garzón es siempre importante la cuestión, ¿es siempre condenable el activismo judicial? En el contexto del formalismo y el activismo ubicamos extremos que el juez debe evitar. Activismo se puede entender de distintas maneras, tanto en Europa como en Latinoamérica. Se trata de los límites del comportamiento del buen juez. Se trata del Escila y Caribdis que debe evitar el buen

juez. Activismo se referiría a que el juez solo usen razones jurídicas en el contexto de un sistema jurídico. Es un límite a la acción de los jueces.

Los enunciados están puestos, en el formalismo, en las fuentes autoritativas. En octubre de 2008 Garzón se declaró competente para averiguar sobre unas 100,000 muertes en la época del franquismo. El caso de España es muy especial, hay competencias de los jueces que rondan con las de los fiscales en relación a la investigación.

La base de la argumentación de Garzón fue la de considerar un delito permanente, lo cual le permitió sortear diversos escollos jurídicos. Sostenía que las conductas de detención ilegal, sin haberse dado razón del paradero, ya constituían delito, y como dichas conductas seguían cometiéndose, continuando, no cabía hablar de prescripción. Consideró, de igual forma, que una ley democrática no podía borrar estas acciones y por ello devenía inaplicable la Ley de Amnistía de 1977 pues las detenciones ilegales aún se mantenían, pese al transcurso del tiempo. Por tanto, se trataba de crímenes contra la humanidad.

El auto de Garzón fue recurrido a la Audiencia Nacional, el cual lo anuló. Y sin embargo, 2 magistrados de esa audiencia coincidieron con el criterio de Garzón.

Son fundamentos de la crítica a la decisión de Garzón los siguientes:

- 1) El proceso penal está sujeto a límites que no se pueden violentar.
- 2) El juez ha evitado las normas de prescripción.
- 3) Ha eludido la aplicación de una norma con rango de ley
- 4) Se ha impedido la aplicación de normas con competencias territoriales.

El Tribunal Supremo fue muy duro con Garzón pero no asumió una posición condenatoria.

Sin embargo, poco antes de esta decisión absolutoria, Garzón fue sancionado por el caso Gürtel, referido a escuchas telefónicas. La motivación de Garzón no fue satisfactoria. Garzón amplió los efectos de un auto inicial, que sí había sido motivado, con un segundo auto, poco tiempo después, prorrogando las escuchas sin consignar motivación alguna respecto a la decisión de prórroga.

De esta forma se inició una acusación por prevaricato, situación a mérito de la cual el Supremo entendió, por unanimidad, que Garzón había prevaricado, prescindiendo de las garantías propias y concernientes a todo proceso penal garantista. Nótese que en todos estos problemas Garzón solo había expedido autos y no sentencias. A pesar de estas cuestiones, no debió sancionarse a Garzón con la medida de destitución. En síntesis, el juez Garzón fue sancionado por no motivar pero junto a los efectos de la decisión adoptada.

En América Latina hay una propensión grande al activismo judicial pero es necesario advertir que hay riesgos. Con ello, no proponemos el formalismo judicial, que en esencia tiene puntos de fortaleza mas igualmente admite riesgos.

Los modelos de jueces con relación a la argumentación

Un tema de gran importancia en la argumentación es el de los modelos de jueces. Los abogados pueden encontrarse con distintos tipos de jueces. Hay jueces que actúan estratégicamente y que bien podrían satisfacer intereses políticos.

Para Duncan Kennedy, hay varios tipos de jueces: existen jueces activistas restringidos, quienes tienen una ideología política determinada y se orientan por su ideología. Por ejemplo, en defensa de los trabajadores. Examinan si puede defender su posición con su ideología. Sin embargo, son restringidos.

El juez del término medio corresponde a un segundo modelo. Busca efectivamente un término medio. Su comportamiento es previsible.

El tercer modelo es el del juez bipolar. Es tan independiente que es imprevisible. Puede variar su comportamiento, inclusive, en función a intereses mediáticos.

Considero que Zagrebelsky lanza una posición no sólida. No hay un equilibrio en su teoría. El Derecho debe buscar un equilibrio y no tratarse de un derecho blando. Si el Derecho solo queda del lado valorativo, no tiene fuerza. Se deben conjugar los lados del Derecho. Ciertos valores que proveen Derecho, tienen un componente de autoridad, es cierto, hacen funcionar el valor de autonomía pero tengamos en cuenta que hay un juego permanente en el Derecho.

Laporta y Ferrajoli, autores positivistas, tienden a caricaturizar las posiciones contrarias. Y buscan los lados frágiles de la teoría de Zagrebelsky. Se trata de tentaciones que es necesario resistir.

¿Qué es argumentar?

El derecho de los Estados constitucionales refleja la necesidad de motivar. Argumentar es un concepto complejo. Se argumenta en conceptos muy distintos. Existen distintos tipos de controles que deben ser considerados.

Podemos dar un concepto muy abstracto de argumentación, válido para todas las perspectivas. Hay conceptos y concepciones, según Perelman, quien pretendía dar un concepto de justicia.

Cuando argumentamos, siempre hacemos algo relativo a un lenguaje. La argumentación es un tipo de actividad lingüística. ¿Qué la caracteriza? Se argumenta cuando se da razones. Esta es la esencia del acto de argumentar, lo cual hacemos a través del lenguaje. En lugar de irnos fuera del lenguaje, es decir, por la vía de la violencia física, nos quedamos en el ámbito del lenguaje. Así lo veía Perelman, quien advertía un efecto retórico con características lingüísticas.

¿Son todas las instancias argumentativas lingüísticas? En cierto modo, sí. La argumentación y el lenguaje pueden ser vistos de distintas maneras.

Se argumenta, de otro lado, porque existe algún problema. Puede conocerse la argumentación como actividad o como resultado, esto último cuando se expresa a través de la sentencia. Advirtamos que la lógica no da cuenta de los procesos de la argumentación de modo suficiente.

Toulmin y Perelman le dan énfasis al aspecto de la actividad. Las partes son las fases de la argumentación. Las partes se ponen de acuerdo para argumentar de una determinada manera.

Si la vemos como resultado, tenemos premisas y conclusiones. Si la vemos como actividad, hablamos de fases.

Esta ambigüedad entre la actividad o el resultado genera, sin embargo, un concepto de racionalidad, pues surge la argumentación a partir de un problema y se encamina a determinado objetivo. Se argumenta para algo. No se puede aplicar la falacia de evadir la cuestión. Nunca se debe perder de vista el objetivo. A veces discutimos mal. Una buena regla es de vez en cuando pararse para examinar cuál es el origen de la discusión para apuntar al objetivo. Por ello la argumentación es racional y no arbitraria.

Además es racional porque hay criterios para evaluar las argumentaciones. Hay criterios materiales o pragmáticos.

Estos elementos comunes se pueden interpretar de diversas maneras. La argumentación puede ser formal, material o pragmática. También puede visualizarse la argumentación como dialéctica o retórica, categorías junto a las cuales no concurre en forma directa la argumentación material.

La concepción formal considera la prevalencia de la lógica. La argumentación es un concepto de esquemas formales. Hemos hecho abstracción del contexto. Es la lógica clásica. La lógica no se ocupa de argumentos sino de esquemas de argumentos.

La concepción material viene a ser una teoría de las premisas. Importa, ante todo, cómo construimos las premisas. Esto está presente en la tópica de Viehweg. El *ars iudicandi* es pasar de las premisas a la conclusión pero el *ars inveniendi* es hallar las ideas comunes, representa un grado mayor.

Para el juez argumentar es una actividad material con el límite de la lógica. Si hay errores lógicos, se ha argumentado mal. Los errores lógicos son infrecuentes. La actividad del juez está más bien dirigida a las premisas.

En tercer lugar, la argumentación es también una actividad, es decir, es pragmática.

En el esquema de la retórica, un orador construye un discurso dirigido a un auditorio al que trata de persuadir. La dialéctica es una idea entre oponentes.

La distinción presentada es útil y no excluyente. Los tipos de argumentación pueden concurrir en forma conjunta. Por ejemplo, el abogado recurrirá a la retórica pero requerirá a su vez, también, argumentar. Sobre esa base, la idea del norte de que todo está hoy en la oralidad, no resulta tan cierta. Se ha de requerir, de todos modos, niveles de argumentación.

Hay un texto muy importante, "Método lógico y Derecho" (1924) de John Dewey. Sigue el autor la concepción de Holmes, quien refería que "la vida del Derecho no ha sido solo lógica sino también experiencia". La idea debe ser entendida como una crítica al formalismo, mas no como abandonar la lógica. Dewey refiere que hay casos en los cuales se actúa de modo no reflexivo, lo cual no quiere decir que sea irracional. Debe evaluarse las justificaciones para llegar a la conclusión. La lógica da cuenta de los procedimientos seguidos para alcanzar una deliberación. Es un procedimiento que nos lleva a aceptar la solución de un caso.

Como cuestión de hecho, los hombres no empiezan a pensar con premisas, dice Dewey, y el problema no es extraer una conclusión a partir de premisas dadas.

¿Qué implica motivar? Motivaciones hipócritas (o falsas, es decir, ocultar las verdaderas razones de la decisión, según Peces Morate, magistrado del Supremo en España) es una referencia extrema. Motivación es referir las razones justificativas y explicativas de una decisión.

La ponderación

Quien ha desarrollado este tema con más énfasis ha sido Robert Alexy (Alemania) para quien los principios son mandatos de optimización pero más que esto, prima la idea de que algo se debe hacer de la mejor posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para Alexy un ejemplo de principios son los derechos fundamentales.

Para resolverse las colisiones entre principios debe aplicarse el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad implica tres subexámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los subexámenes de idoneidad y necesidad se refieren a medios fácticos. El tercero, la proporcionalidad, tiene que ver con medios normativos.

Las variables que componen la estructura de la ponderación son la fórmula del peso, el peso abstracto de los principios relevantes, y la seguridad de las aseveraciones empíricas. Por ejemplo, si se otorga seguridad jurídica a la mujer, se busca en principio la percepción de determinados valores.

La teoría de Alexy traduce sus propuestas a valores numéricos aunque podrían haber casos de empate, para lo cual deben funcionar las cargas de argumentación. Por ejemplo, el principio *in favor libertatis*, es decir, proponer el valor libertad.

Alexy propone una serie de criterios útiles, se trata de una teoría tópica, es decir, si algo era necesario. Considero que Alexy cometió un error teórico al presentar su teoría como una fórmula matemática. Se trata de un uso metafórico de la matemática. Da a entender lo que no quería dar a entender. ¿No se parece acaso al silogismo? Considero que no debió hacer alarde matemático.

Muchas Cortes aceptaron con entusiasmo las ideas de Alexy en el ámbito latinoamericano y en eso hay que tener cuidado, pues no se debe producir sentencias demasiado extensas si el tema puede definirse de otra forma.

A veces se hace una contraposición entre subsunción y ponderación. Esto me parece equivocado. La ponderación no es lo opuesto de la subsunción pues se pondera cuando no hay una regla específica. Lo que sucede es que la ponderación es un razonamiento más complejo.

La primera premisa de la ponderación muestra que un tema apunta a dos direcciones opuestas. La segunda premisa refiere que dadas las circunstancias de la situación, uno de los dos principios prima sobre otro. Un buen ejemplo, a propósito de este tema, es el caso de la Calle de las Pizzas, un problema de colisión de principios propio de Perú.

La justificación externa reside en el fundamento de que la segunda premisa prima sobre la primera, es decir, un principio sobre otro.

Los jueces deben advertir los límites de la ponderación. Se aplicaría si hay una laguna normativa o axiológica de relevancia. La laguna normativa implica la ausencia de norma. En el caso de la laguna axiológica hay aún más complejidad pues la laguna es construida por el intérprete.

La ponderación abre mucho del ámbito de libertad de los jueces. No hacerlo puede implicar un exceso de formalismo. De otro lado, aplicarla en exceso constituye caer en el riesgo de la incertidumbre. Los derechos en buena medida están en las reglas. Se debe acudir a los principios en casos raros. No se debe ponderar si se conoce el contenido del Derecho. Aquí puede haber un exceso de Zagrebelsky para quien el

Derecho es solo principios. La ponderación es un ingrediente necesario en nuestros sistemas pero debe hacerse un uso prudente de la ponderación. Habermas critica la forma de presentación de las ideas de Alexy. La adecuada Filosofía del Derecho, para Bobbio, es la de los juristas y no comparte la Filosofía del Derecho de los filósofos.

Alexy trata de racionalizar una práctica que encuentra en el Tribunal Federal alemán. No se trata de una invención y en ese sentido, no hay ausencia de bases conceptuales.

Sesión del 29 de marzo de 2012

Concepción material y concepción pragmática de la argumentación

Los tipos de argumentos revisten una distinción de efectos pedagógicos. Tenemos argumentos lógicos en el Derecho aunque esto no es muy interesante. Las falacias son los malos argumentos que parecen buenos. Su valor es relativo. Tenemos tipos fuentes de argumentos y de falacias. Lo más importante, sin embargo, es no resultar engañado por una falacia. Se necesita una capacidad de tipo formal o lógica así como una sensibilidad hacia las cuestiones pragmáticas pues muchas falacias, en el caso del Derecho, no son falacias formales sino pragmáticas y materiales. Por ejemplo, la falacia de petición de principio no es solo formal sino también tiene alcances materiales y así habrá que ver la argumentación dialéctica que la involucra.

Por lo que hace a la clasificación de los argumentos, tenemos muchas clasificaciones. Ulrich Klug fue el primer autor que aplicó la lógica material al Derecho. Nos refería, entre otros, los tipos de argumentos interpretativos, los lógicos, etc.

La clasificación más interesante se encuentra en los libros de Giovanni Tarello, alrededor de 1970. Tarello, maestro de la Escuela Genovesa, refiere un concepto de positivismo realismo. Se anticipó a la lógica informal. Trató de ver cuáles son los argumentos que pueden verse en la práctica jurídica, es decir, cuando un jurista tiene que ver un problema de interpretación. Esto es tener que ver con un enunciado que debe verse como una norma.

Nótese que al hablar de argumentos interpretativos, estamos dejando fuera otros tipos de argumentos. Por ejemplo, los relativos a pruebas. Tarello desarrolla hasta 15 tipos de argumentos, algunos con una lógica reconocible. El argumento de autoridad podría ponerlo en un esquema lógico, por ejemplo. El argumento *a simili* podría también interpretarse como uno a contrario.

El argumento *a fortiori* implica una noción de menor a mayor. El argumento de la plenitud del argumento jurídico implica que el legislador no ha querido dejar nada sin regular. No son argumentos decisivos, pueden ser derrotados por otro argumento en sentido contrario.

El argumento de coherencia identifica una característica del sistema jurídico. También es derrotable.

El argumento psicológico apela a la voluntad del legislador.

El argumento histórico presume la continuidad del sistema jurídico. Si la ley viene utilizando una expresión en determinado sentido, hay una idea de continuidad. Se basa en aquello que Perelman llamaba el principio de inercia. Se trata de un sistema de control social, se necesita presuponer que hay una continuidad pero igualmente admitiría situaciones de derrotabilidad.

El argumento apagógico, o de reducción al absurdo, es utilizado para llegar a una determinada interpretación. Es un argumento indirecto pues suponemos lo contrario de aquello a lo que queremos llegar. No podemos llegar a algo inaceptable.

El argumento teleológico o de fines implica atribuirle un sentido de acuerdo con los objetivos que tenía la ley. Se entiende una apelación al legislador, de discernir entre la *mens legislatoris* y la *mens legis*. No se trata de una historia del iter legislativo sino de examinar las razones que en forma razonable pueden estar detrás de la norma. No podemos asumir una concepción formalista del Derecho sino es necesario trascender más allá de la ley.

El argumento autoritativo es uno según el cual a un enunciado normativo se le atribuye a alguien autoridad. Por ejemplo, así lo interpretó la Corte Suprema y así lo debe ser. El Derecho es una práctica autoritativa pero admite este tipo de argumento algunas dificultades. Por ejemplo ¿se puede discutir la autoridad? Es un tema que interesa resolver.

Considero que se necesita un tipo de jurisprudencia vinculante, tiene esto sentido y sin embargo, existen costos que asumir pues de alguna forma los jueces regulan al fijar reglas, aunque no en el modo que lo hace el legislador. Sin perjuicio de ello, deben hacerse ajustes. La Corte Suprema de EE.UU. emite no más de cien fallos al año y habrá que verse si es posible estar al día con la cantidad de fallos que se emiten por año en países como Perú y España. La discusión, de otro lado, no está en si el precedente es vinculante sino en qué medida.

El precedente vincula más que la ley porque ésta es más abstracta. Veamos que enseñar hoy las fuentes del Derecho es kafkiano si solo se recurre a criterios tradicionales. No solo son fuentes la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Ese concepto ha evolucionado mucho y necesita muchos tipos de ajustes.

El juez debe sentirse vinculado al precedente pues lo contrario podría implicar un escenario de caos. No debe haber un criterio de sumisión sino un reconocimiento al argumento de la autoridad, a fin de evitar situaciones de colapso. La libertad no debe entenderse en sentido autoritario. Por ejemplo, en España hay una idea de participación de los estudiantes pero todos sabemos que las decisiones principales no se toman en los órganos estrictamente democráticos sino en otros niveles, dados los criterios del caso. No puede dejarse a los jueces tomar decisiones enteramente abiertas.

El argumento sistemático debe entenderse por razón del lugar en que aparece.

El argumento de la constancia terminológica refiere que si el legislador ha usado la palabra en un sentido, debemos entender que ha de seguir haciéndolo en la misma forma.

El argumento naturalista sirve para determinar alguna concesión de la naturaleza. Tiene una connotación sociológica.

El argumento equitativo es uno de los mecanismos más importantes contra el formalismo. Aristóteles, en el Libro V de la Ética, se refiere el concepto de ética. El legislador habla hacia el futuro, el cual es imprevisible y como el legislador no puede prever esas circunstancias, hay necesidad de determinar las nuevas circunstancias bajo reglas de equidad.

Habría que actuar como los arquitectos de la isla de Lesbos, para determinar las circunstancias de cómo presentar las piedras en los límites de la isla. Es una acepción metafórica. Admite también nociones de derrotabilidad pues todo criterio debe pasar el criterio de universalidad.

El argumento a partir de principios es el referido a la *analogía juris*. Hay una idea de conjunto respecto a principios. Se trata de un argumento ponderativo.

Volviendo a la idea de la concepción material de la argumentación, es importante centrarnos en las razones. ¿Cuáles son las razones que maneja un juez? pregunta Summers? Son sustantivas, autoritativas, fácticas, interpretativas y críticas, a reducirse a dos: sustantivas y autoritativas. Las sustantivas pueden subdividirse en finalistas, de corrección e institucionales. Un juez puede dar una razón sustantiva pero también autoritativa, al mismo tiempo. Es una tipología interesante para encontrar criterios materiales.

El peso para Robert Summers es la justificación material de las premisas. Hay una idea de evolución en la teoría de Summers.

En el caso Sullivan vs. O'Connors, de Massachusetts, EE.UU., una mujer habíase sido operada en una cirugía estética y la Corte debió determinar si había responsabilidad del médico. Summers refiere este caso para desarrollar los tipos de razones.

Summers distingue, también, las buenas razones, las malas razones (malos argumentos, por ejemplo alegar que es un argumento de autoridad no siendo autoridad) y las razones falaces (parecen buenos argumentos pero no lo son; Aristóteles refería las refutaciones sofisticadas).

La teoría de las falacias es un argumento importante en la teoría de la argumentación. Un argumento falaz implica un uso incorrecto de las premisas materiales. Hamlin (1970) estudia las falacias y refiere que las falacias han permitido entender una perspectiva pragmática, es decir, depende del contexto.

Las buenas razones no son necesariamente las que persuaden. Puede haber un buen voto en una sentencia mas puede quedar en minoría.

El *pathos* se refiere a las pasiones del auditorio. Un buen argumentador habrá de reconocer estas condiciones. Su persuasión habrá de desarrollar un rol relevante.

El Derecho consiste en mucho más que argumentar. Summers dice que el juez debe preocuparse por las buenas razones aunque a veces buenas razones tardan en imponerse.

Alexy considera que la teoría de la argumentación jurídica constituye un caso especial. Hay muchos contextos en la argumentación jurídica y no se pueden uniformizar y sin embargo, es necesario cumplir algunas condiciones. Hay una multitud de escenarios que transmiten la idea de que no se puede uniformizar los criterios de la argumentación.

La retórica puede implicar un riesgo en cuanto a convencer con malos argumentos. La oralidad, entonces, tiene sus virtudes pero hay que advertir que puede haber un margen de riesgo. No se puede aceptar como un paquete, sin más.

A modo de síntesis de los temas tratados, una cosa es argumentación (todo lo que sucede, por ejemplo, los problemas judiciales, es decir, lo que hay en el proceso); un argumento es una razón o en contra de algo; y otra cosa es las líneas argumentativas, es decir, un conjunto de argumentos que van en una misma dirección.

El defecto de la lógica formal es que no capta los defectos de la argumentación. Las premisas que no son superfluas, son necesarias. Wesley (Inglaterra) en los años 50 refería la idea de las patas de una silla. Si hay una sola pata, o razón, hay inestabilidad, con 2, se reafirma, y así sucesivamente. Perelman, refería la trama de un tejido. Puede ser que se haya roto un hilo pero habrá que reforzarlo.

La argumentación es también actos del lenguaje. Por ejemplo, nos planteamos un problema. Hay preguntas abiertas o cerradas, o contenidos, que se pueden representar.

Los argumentos son también complejos. Hay necesidad, en estos casos, de conectar actos entre sí, en forma conjunta o adecuadamente. Algunos argumentos pueden acompañar, otras veces tener una naturaleza más decisiva.

El último tramo del razonamiento judicial es deductivo, es decir, es de justificación interna. Se llega a ésta después de una adecuada justificación externa.

Hay también un tema de cuestiones. Es necesario hacer una tipología de cuestiones. Mac Cormick refiere dificultades normativas y fácticas. Sería bueno enriquecer esta clasificación pero deja afuera algunas cuestiones pues por ejemplo, hay que referir temas como la ponderación, entre otros. Las distinciones tienen sentido a la hora de determinarlas.

Los problemas de prueba pueden llamarse de calificación. Los temas de aplicabilidad se acercan a los problemas de relevancia en la perspectiva de Mac Cormick.

Las cuestiones de validez implican la constitucionalidad de una ley. Las cuestiones de interpretación exigen una norma que funja de premisa. Las cuestiones de discrecionalidad son hasta cierto punto reglas de filtro, por ejemplo, los nombramientos de magistrados, que constituyen en forma propia de cuestiones de discrecionalidad. Las cuestiones de ponderación implican ausencia de reglas, en sentido general.

Se debe identificar las partes de una argumentación, es decir, las partes de las cuales dependen.

¿Cómo evaluar las argumentaciones? Se plantean situaciones de indeterminación del Derecho

Referir la única respuesta correcta puede también conllevar a algunas distinciones. Hay una respuesta correcta de los principios del Derecho Natural. Puede también haber una respuesta correcta al referirnos a la mayoría, lo cual tiene un matiz sociológico. Si pensamos que el Derecho es reglas, valores y principios, podríamos hallar aún más respuestas. Esto correspondería a una concepción amplia del Derecho. Por ejemplo, puede haber lagunas. En este caso ¿cuál es su correlación con la respuesta correcta? Creo que las tesis más cercanas a este tema son las de Dworkin y Alexy. Hay criterios de evaluación a aplicar.

La idea de la coherencia no es únicamente consistencia lógica, implica una relación con los valores. Es un concepto importante pero a la vez también difícil. En los temas de hechos, también deben funcionar los argumentos que permitan dar cuenta de las cuestiones fácticas.

La adecuación de las consecuencias es otro tema relevante. El razonamiento de los jueces debe ser consecuencialista. Se debe controlar las consecuencias de las

decisiones. Las consecuencias funcionan como límite. Se dirime explicando: "Esto es lo que podría suceder".

La moral social es uno de los criterios para evaluar las decisiones de los tribunales. Es importante que coincida la decisión del juez con la moral de la sociedad. Tampoco puede ser un criterio decisivo. En algunos casos el juez deberá apartarse de estos criterios y aparecería el criterio de la moral justificada.

Finalmente "lo razonable" en el Derecho es muy difícil de captar. La idea es producir un equilibrio. No se puede satisfacer todos los criterios. También quiere decir darse cuenta de una característica muy importante cuando se alude a cuestiones tan controversiales como el aborto. En tal caso, se debe llegar a situaciones de consenso mínimo, lo cual implica no llegar necesariamente hasta los últimos niveles del problema pues ello va a significar una cuestión sumamente compleja. Se podrá dar solución al problema en niveles relativamente superficiales.

Por último ¿cómo argumentar? Entender y evaluar una argumentación nos conducen al problema de cómo argumentar. Esto es un problema de actividad, es decir, pasa la argumentación por una serie de fases. Se trata de resolver un problema jurídico. Habría que distinguir varias etapas, inspirándose esta idea en la retórica, tendencia que distinguía la *inventio*, la *dispositio*, entre otras.

Previsiones finales para una buena argumentación:

1. Identificar y analizar el problema.
2. Efectuar propuestas de solución.
3. Determinar propuesta de solución.
4. Proceder a la comprobación y revisión.
5. Finalmente se produce la redacción de un texto. Las soluciones siguen siendo hoy prevalentemente escritas y aquí hay que referir las partes de un discurso.

Un requisito colateral sería el control del tiempo.