

CARATULA

TEMA 4. Conflicto y Comunicación: La argumentación. La persuasión.

TÍTULO: Argumentación jurídica y discrecionalidad judicial en el Estado de Derecho Constitucional.

AUTORA: María Laura Barbado

DIRECCIÓN: Av. Constitución 2300, Tafí Viejo- Tucumán (CP 4103)

TELÉFONO: 0381 155549472 (cel) 0381 4616858 (particular) 0381 4846170 (laboral)

E MAIL: laurabarbado@hotmail.com

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA: Optar por la innegable y necesaria calidad argumentativa del derecho como el mejor modo de lograr una decisión judicial -realmente justa- implica, también, asumir los riesgos que la argumentación genera en términos del poder y de la discrecionalidad con que cuentan los jueces en el contexto del Estado de Derecho constitucional. El propósito de estas líneas es ensayar propuestas concretas tendientes a reducir tales riesgos y a dotar a la sociedad de las personas ética y académicamente mejor formadas para decidir los conflictos judiciales, brindando razones válidas, es decir, justificando sus decisiones.

POSTULACIÓN: para los concursos establecidos en el Art. 7 del Reglamento (premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “eIDial.com”)

POSTULACIÓN: a los efectos de ser incluida la presente ponencia en el libro del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Art. 8 del reglamento)

Argumentación jurídica y discrecionalidad judicial en el Estado de Derecho Constitucional

SUMARIO: I.- Introducción; II.- De la interpretación jurídica a las teorías de la argumentación; III.- ¿Es la argumentación garantía de una decisión justa?; IV.- Posibles soluciones a los problemas planteados; V.-Conclusión.

¿A quién sirve un juez?

A la Nación, que le dio formación, abrigo e identidad.

A la República, que le da la organización política necesaria para actuar con independencia.

A la Constitución, porque lo enlaza con los valores que todos comparten para convivir en paz, asegurar la libertad y buscar la felicidad.

A la Democracia, porque asegura esa convivencia, permitiendo que las decisiones de gobierno nazcan del pluralismo, el respeto, la tolerancia y la igualdad.

A la Ley porque, nacida del consenso, da su autoridad a la decisión judicial y pone los límites a la actuación del juez.

*A la Justicia, porque solo por su intermedio podrá demostrar que es un BUEN JUEZ.”
(Carlos Fayt – Discurso del 29 de agosto de 2016 – UBA)*

I.- Introducción

Desde la perspectiva filosófica los grandes problemas relacionados con el derecho son: el ontológico, el axiológico o valorativo, el relativo a la lógica jurídica y, finalmente, el de la gnoseología jurídica, es decir, el que implica preguntarse a través de qué métodos y procedimientos llegamos al conocimiento y aplicación del derecho.

Respecto de este último, en la actualidad no se duda sobre el lugar que la razón ocupa en el derecho, lo que involucra la necesidad de justificar la creación y aplicación de las normas y lo que nos lleva a admitir que la razón que se usa en la ciencia del derecho es la razón práctica.

Bobbio distingue dos procesos: el de la creación y el de la aplicación de las normas. Habla de “razón fuerte” para referirse a la razón creadora que produce, descubre o revela el derecho. En cambio, al momento de la aplicación del derecho le corresponde el uso de la “razón débil”, ya que se trata del uso de la razón que, una vez establecidas las reglas, las aplica al caso concreto a través de procedimientos y razonamientos como la inferencia, el cálculo o la argumentación¹.

En nuestros días la tarea del juez es mucho más que interpretar y aplicar una norma a un caso concreto. La loable acción de declarar lo justo - sobre todo en casos difíciles- implica la necesidad de argumentar y esto, a su vez, genera la obligación de ocuparnos de los riesgos que tal obra conlleva.

Por ello, el presente trabajo tiene por objeto a la decisión judicial en el contexto del Estado de Derecho Constitucional (concepto que se analizará en los párrafos que siguen). A su vez, el propósito de estas líneas es ensayar propuestas concretas (y circunscriptas a nuestro sistema de derecho) tendientes a mitigar el peligro de discrecionalidad que la argumentación podría generar en dicha actividad jurisdiccional.

II.- De la interpretación jurídica a las teorías de la argumentación

Recordemos que con posterioridad a la Revolución Francesa rigió la concepción de Montesquieu sobre la división y el equilibrio de los poderes del estado. En ese contexto, el juez era un mero aplicador de las leyes dictadas por el poder legislativo (único órgano legitimado para la producción normativa). A su vez, la ley era el producto perfecto y totalmente acabado de la razón teórica.

La aplicación lisa y llana de las leyes, con la mínima posibilidad de interpretar, limitó la discrecionalidad del juez pero generó injusticia extrema². Esto fue lo que originó el paso del “Estado de Derecho Legal” al “Estado de Derecho Constitucional”. En el primero (vigente pacíficamente desde la

¹ Añón Roig, María José. “Problemas de la aplicación del derecho” en www.uv.es/mariaj. Pg. 1

² “En efecto, la actividad que el juez desarrolla de ningún modo puede circunscribirse a la aplicación de la ley, mecánica e insensiblemente. Incluso la expresión aplicación de la ley es inexacta, pues se emplea del mismo modo en que se `aplica` un sello postal a una carta que inicia su recorrido y llega a su destino cargando con aquello que se le ha aplicado” Herrendorf, Daniel E. *El poder de los jueces*. Tercera Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Pg. 146

Revolución Francesa) la interpretación jurídica consistía en desentrañar o atribuir un significado jurídico a la ley por medio de los métodos interpretativos (básicamente gramatical, lógico y sistemático) procurando ser fiel a la voluntad del legislador y privilegiando así la previsibilidad y seguridad jurídicas. En el “Estado de Derecho Constitucional” la tarea del jurista es más compleja y más que atribuir un significado a una norma jurídica se deben identificar las respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente (comprensivo de normas y principios) y escoger una de ellas brindando las razones o argumentos que la respaldan³. Todo ello en aras de buscar la solución más justa y acorde al caso concreto.

Podemos sostener que el punto de inflexión entre ambos modelos lo constituye la jurisprudencia alemana elaborada en los juicios que se llevaron a cabo con posterioridad de la 2ª Guerra Mundial. Así “Nüremberg” y los “Guardianes del Muro” permitieron la consagración de la fórmula de Radburch⁴ -“la injusticia extrema no es derecho”⁵- e implicaron que podía declararse injusto (y, por ende, inválido) el derecho (las normas) vigente durante el período Nacionalsocialista.

A partir de allí comenzó una nueva era en la teoría jurídica que puso en crisis el modelo iuspositivista, dogmático, legalista que tuvo -desde el siglo XIX- como máximos exponentes a la Escuela Exegética, Ihering y Kelsen.

Surgieron así las teorías de la argumentación jurídica desarrolladas desde 1950 por Viehweg, Perelman y Toulmin, siguiendo por MacCormik, Alexy y Dworkin.

La tónica jurídica de Viehweg partió de la utilización de “una técnica de pensamiento orientada al problema”. Conforme a esta teoría la función principal la cumplen los *topoi* (puntos de vista que en el derecho equivalen a

³ Vigo, Rodolfo L. *Cómo argumentar jurídicamente*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012. Pg. 2 y3.

⁴ “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el derecho positivo afianzado por la promulgación tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto a su contenido, a no ser que la ley deba ceder como ‘derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”(Gustav Radburch, 1946)

⁵ Fórmula resumida por Alexy (“Una defensa de la fórmula de Radburch” en Vigo, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho (de Radburch a Alexy)*. Buenos Aires, La ley)

grandes principios) que expresan un cierto consenso y sirven para dar solución a casos concretos. Su hipótesis tuvo gran importancia respecto de la consideración de que un sistema jurídico “fuerte” (el que sólo incluye normas jurídicas) es perjudicial para el derecho porque se interpone entre el jurista y el caso⁶.

Perelman, se basó en la retórica aristotélica y sustentó la tesis de que el discurso jurídico está orientado a convencer a un auditorio universal, razón por la cual el jurista debe emplear argumentos generalizables o universalizables, es decir, aceptables por todos ellos⁷. A lo largo de toda su obra la alusión a la razón práctica es una constante y la clave de ella se encuentra en el concepto de justificación⁸. El objeto de esta última es una acción, una decisión, una adhesión y su procedimiento es la refutación, la crítica, el alegato, la indicación de razones, esto es, la argumentación.

MacCormik, estableció que el derecho es una disciplina argumentativa. Cualquier cuestión o problema exige una solución o respuesta en términos de una proposición que parezca correcta o al menos defendible. No es una ciencia exacta.

Cabe destacar que el citado autor cree en la cualidad argumentativa del derecho y la encuentra admirable en una sociedad abierta... pero también cree en el estado de derecho⁹. Se pregunta MacCormik cómo es posible confiar en ambas tesis y ensaya una respuesta. La encuentra en el contexto en que la argumentación se desarrolla que es el de una gran cantidad de material que comprende: constituciones, tratados, leyes y jurisprudencia. Reconoce que además pueden darse problemas de prueba, calificación, interpretación o relevancia, pero también explica que el estado de derecho implica el derecho de defensa y la posibilidad de refutar la argumentación del juez y llegar a una instancia superior para la revisión del caso.

La teoría de Toulmin establece que un buen argumento es aquel que resiste a la crítica. Su tesis es más bien procedimental, su modelo es

⁶ García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la Tópica Jurídica*. Civitas, Madrid, 1988. Pg. 75 a 84.

⁷ Perelman, Chaïm. *El imperio retórico*. Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1997. Pgs. 1 y ss.

⁸ Manassero, María de los Ángeles. “*La concepción de la razón práctica en la obra de Chaïm Perelman*” en *Persona y Derecho* 41 (1999). Pgs. 717 a 740.

⁹ MacCormik Neil. “*Retórica y Estado de Derecho*” en *Isegoria* (revista de Filosofía, Moral y política) Madrid, n° 21, noviembre 1999. Pg. 8.

justificador e indica el modo de tomar una decisión basada en los siguientes elementos: datos, conclusión, modalizadores, garantías, soportes y restricciones¹⁰.

Robert Alexy creó la teoría del caso especial, en el sentido de que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación práctica. Su teoría coincide, sustancialmente, con la de MacCormik aunque – comparativamente- se trata de una teoría más sistemática pero se halla más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica¹¹.

A partir de la caracterización del derecho como un discurso este autor ofrece una descripción morfológica y estructural del fenómeno jurídico (el que está integrado por reglas, principios y procedimientos para la aplicación de los mismos). Su teoría de la argumentación se asienta en la teoría consensual de la verdad -cuyo antecedente es Jürgen Habermas- y tiene como propósito brindar criterios de racionalidad de las justificaciones y decisiones jurídicas.

Ronald Dworkin afirma que “tomarse los derechos en serio” significa, cómo mínimo, aceptar las ideas de dignidad humana y de igualdad política. Respecto de lo primero expresa que hay maneras de tratar a un hombre (profundamente injustas) que son incongruentes con el hecho de reconocerlo como miembro de la comunidad humana. La igualdad política supone que los miembros más débiles de la comunidad tienen derecho a la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos.

Su “*Right Thesis*” cobra un importantísimo valor por la descripción que ofrece de la tarea judicial, especialmente en los casos difíciles, y por su resistencia a la teoría de la discreción judicial tal como el positivismo la entiende. La teoría postulada por Dworkin permite reconocer el derecho que rige -y debe regir- en una comunidad, posibilitando la respuesta correcta que, objetivamente, debe descubrir el juez “Hércules” (juez filósofo, dotado

¹⁰ Marafioti, Roberto. *Los Patrones de la argumentación*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2003. Pgs. 123 y ss.

¹¹ Atienza Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional autónoma de México, 2003. Pgs. 149 y ss.

de una erudición, habilidad y perspicacias sobrehumanas) adjudicando los derechos que tienen los individuos¹².

Sobre todas estas teorías Atienza llega a la acertada conclusión de que ellas no son incompatibles entre sí, si no que son complementarias en el sentido de que implican tres enfoques, a saber: que el estado de derecho supone valores de tipo formal (ligados a la idea de previsibilidad), de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo pragmático (conectados a la noción de aceptación).¹³

Al analizar lo expuesto se advierte que todos los autores coinciden en lo que se resume del siguiente modo: “la idea fundamental es que el ideal regulativo del estado de derecho es el sometimiento del poder a la razón, no de la razón al poder; ello supone que las decisiones de los órganos públicos deben estar racionalmente fundadas, lo que a su vez sólo es posible si cabe hablar de criterios que presten algún tipo de objetividad a esa práctica. Dicho en forma breve, el estado de derecho exige que el derecho aparezca esencialmente bajo la forma de razonamiento, de razonamiento práctico justificado”¹⁴.

III.- ¿Es la argumentación garantía de una decisión justa?

Si la aplicación del derecho es siempre una obra creativa¹⁵, entonces se advierte el peligro de que el juez realice una interpretación parcial, recortada, errónea o que utilice a la argumentación con fines totalmente arbitrarios y contrarios al derecho.

En ese orden de ideas también debe reconocerse el carácter limitado de la razón. La razón práctica no puede pretender efectuar juicios absolutos, sino sólo juicios que tienen una pretensión de validez objetiva¹⁶. Es en la búsqueda de esa pretensión que las distintas teorías de la argumentación hacen su aporte. Ya se trate de la teoría de las pasiones y de las

¹² Vigo, Rodolfo. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pgs. 167 a 208

¹³ Atienza, Manuel “*El derecho como argumentación*” en Isegoría (Revista de filosofía, moral y política) Madrid, n. ° 21, noviembre 1999. P. 44 y ss.

¹⁴ Atienza, Manuel “*El derecho...*”. Art. Cit. Pg. 38

¹⁵ Respecto de este punto coincido absolutamente con el Dr. Rodolfo Vigo acerca de que también en los casos fáciles el juez crea derecho ya que de lo contrario bastaría una autoridad administrativa que aplique la norma.

¹⁶ Atienza, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona, Ariel Derecho, 1993. Pg. 119

cualidades que señala MacCormik como perspicacia, prudencia, sentido de justicia y humanidad del juez “Hércules” de Dworkin, todas ellas manifiestan la intención de que se arribe a una decisión lo más acertada y justificada posible y que, si justificar una decisión es “dar razones”, esas razones sean válidas en el mundo del derecho.

Se ha sostenido que la certeza del derecho es certeza derrotable... pero el estado de derecho tiene un aspecto dinámico, centrado en los derechos de la defensa y en la importancia de permitir que todo lo que sea argumentable sea argumentado. En ese aspecto, el carácter argumentable del derecho no es la antítesis del estado de derecho sino uno de sus componentes.¹⁷

Ahora bien, si el juez debe argumentar al momento de crear esa norma individual que es la sentencia, cabe preguntarse acerca de cuáles son los límites que deben regir al momento de desarrollar tal tarea.

Hay quien sostiene que “en derecho todo es argumentable”. Esa expresión genera el temor de que un juez perspicaz y conocedor de técnicas de argumentación y retórica podría justificar (haciendo uso de ellas) cualquier tipo de decisión. Es decir, la cuestión remite a creer que mientras la argumentación sea técnicamente correcta, esto es, siga los pasos de la lógica, se respalde en razones jurídicas válidas, responda a lo planteado por las partes, sea persuasiva, coherente, sistemática, universalizable¹⁸ podría, a pesar de todo ello, ser injusta.

Sin embargo, en tal caso, una sentencia podrá “parecer justa” pero no será “justa”. La respuesta no tiene ninguna originalidad pero en los tiempos que corren el punto parece de vital importancia. En la última década hemos pasado de un sano activismo judicial¹⁹ a un decisionismo²⁰ dañino por parte

¹⁷ MacCormik Neil. “Retórica...” Ob. cit. P. 21

¹⁸ Vigo, Rodolfo L. *Cómo argumentar...* Ob. cit. Pg. 9 y ss.

¹⁹ Piénsese en el caso “Halabi” (Fallos 332:111) en el que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación dio ingreso en el derecho argentino a las *class actions* del derecho anglosajón invocando que la garantía del 43 de la Constitución Nacional es directamente operativa, lo que obliga a los jueces a permitir el acceso a la justicia aún cuando se trate de la legitimación de grandes grupos de personas.

²⁰ Al referirse al decisionismo judicial, el profesor Alvarado Velloso indica que, con la excusa de la defensa de la Constitución, algunos jueces actúan alejados de la ley por aparente solidaridad con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que tiene la razón pero no alcanza a demostrarla, etc. Ello generó el movimiento que se conoce doctrinalmente con la denominación de “solidarismo” y que, porque se practica aún a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama “decisionismo”. Señala el citado autor el voluntarismo del que se vale el decisionismo, pues la denominación *decisionista* encuentra su origen en el deseo de resolver algo a como de lugar y pone en evidencia que el juez está basado en su propia voluntad

de algunos jueces. Así, en un extremo se ubican quienes toman decisiones totalmente alejadas de la ley y, en el otro extremo, se hallan los que recurriendo a los principios generales del derecho y a lo establecido en los Tratados Internacionales, ignoran las circunstancias particulares de la causa emitiendo pronunciamientos alejados de los hechos y/o las pruebas y/o las pretensiones esgrimidas por las partes.

IV.- Posibles soluciones a los problemas planteados

Se supone, esencialmente, que el juez es una persona honesta, éticamente confiable y con pretensiones de hacer justicia. El hecho de que no todos los jueces sean imparciales o aspiren a velar por la justicia del caso concreto es una cuestión que atañe a las instituciones de cada país, que afecta al sistema de derecho y a la sociedad en su conjunto y que, lógicamente, excede los límites de este trabajo.

Por ello, veamos sugerencias prácticas y acotadas a la cuestión.

La mayoría de los jueces actuales han sido preparados como abogados en universidades cuyos planes de estudio respondían a la concepción del Estado de Derecho Legal²¹. Esto implica que muchos de ellos no han tenido oportunidad de acceder -en sus años de formación de grado- a una visión del derecho desde la filosofía del derecho ni desde los principios generales ni desde los derechos humanos. En la generalidad de las universidades públicas se enseñan leyes y no derecho. Los alumnos egresan de las facultades de derecho con total desconocimiento del mundo con el cual se encontrarán o de la importancia de los bienes humanos que están en juego en la tarea de ser jurista.

Párrafo aparte merece la falta de formación en gestión judicial. En muchos casos, quienes acceden al cargo de juez se encuentran con juzgados abarrotados de expedientes, con significativos atrasos, escasos recursos humanos y materiales y deben dedicar una gran parte de su tiempo

aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico. (Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario, Zeus, 2003. Pg. 220 a 221).

²¹ Sostiene Lorenzetti que en nuestra cultura jurídica se estudia la ley y la jurisprudencia de manera estática como una descripción del sistema de derecho. Esa actitud es diferente de quien entiende al derecho como una herramienta para resolver problemas, lo que implica concebirlo como un discurso jurídico que es parte de la razón práctica. (Lorenzetti, Ricardo. *Teoría de la decisión judicial*. Fundamentos de derecho. Rubinzal – Culzoni, Editores, 1ª Edición. Santa Fe, 2006. Pg. 11)

diario a dirimir cuestiones administrativas más que judiciales. La universidad no los prepara para ello ni tampoco las horas de estudio dedicadas al concurso en el que resultaron ganadores.

En ese sentido, son absolutamente saludables las Maestrías en Magistratura y Derecho Judicial, las Escuelas Judiciales de los Poderes Judiciales de las Provincias y la que se desenvuelve en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Aún así queda la cuestión de que, una vez que se arriba a la calidad de magistrado, la capacitación y actualización es opcional. Si bien es cierto que, normalmente, quien llega a tal instancia tiene una formación académica adecuada también lo es que la capacitación permanente permite una mejora del rendimiento en cualquier ámbito de la vida. Es por esto, que sería deseable que se implementara en nuestro país un examen de actualización para jueces que permitiera revalidar el cargo obtenido cada un periodo de tiempo (por ejemplo, cada cinco años).

Otra cuestión relevante es la de la capacitación de los relatores judiciales. Es frecuente en nuestro sistema de derecho escrito que el juez cuente con auxiliares que redactan proyectos de sentencias, los que (una vez aprobados por el magistrado) pasaran a ser el fallo que resuelve la cuestión traída por las partes ante su jurisdicción. Estos auxiliares son los llamados “relatores” (figuras importantes al momento de la “construcción” del razonamiento judicial de hoy).

De forma tal que debe exigirse a estos agentes la formación necesaria sobre todo en materia de argumentación, principios, derechos humanos y filosofía (a más de estar preparados en la rama del derecho en la que vayan a desempeñarse).

Esto resulta de vital importancia puesto que del análisis del expediente surgirá el problema principal en torno al cual las partes discuten. Del adecuado examen de los hechos, argumentos y pruebas, brotará la aplicación del derecho y, en definitiva, la adopción de la respuesta jurídica más correcta y justa.

En consecuencia, resulta esencial que al cargo de relator se acceda por concursos diseñados a tales efectos y, una vez obtenido dicho cargo,

también debería exigirse la participación en exámenes de actualización cada un determinado período de tiempo.

V.-Conclusión

La argumentación, como elemento fundamental de la experiencia jurídica, permite arribar a decisiones justas y exige considerar las distintas teorías de la argumentación, no como opuestas, sino como aportes a su desarrollo.

Para adquirir el hábito de argumentar y decidir lo justo en cada caso no basta conocer las leyes, es fundamental el conocimiento del derecho (el que incluye, esencialmente, principios). Para esto, la capacitación y la formación de jueces y auxiliares son imprescindibles.

Optar por la argumentación jurídica como el mejor modo para lograr una decisión judicial correcta nos lleva a preguntarnos qué jueces queremos, lo que en definitiva nos remite también a un debate que resulta fundamental: cuál es la sociedad que somos, cuál es la que queremos ser y como forjar individuos capaces de trabajar responsablemente en aras de la excelencia, del reconocimiento de los derechos y en el sentido de desarrollar conductas éticamente correctas. Para esto se impone, en primer término, formar buenas personas para que luego puedan -quienes así lo elijan- ser buenos jueces²². En segundo término, es tarea de las universidades formar buenos juristas. Finalmente, es tarea del Poder Judicial seleccionar y capacitar a los mejores juristas para desenvolverse como los jueces que el Estado de Derecho Constitucional necesita.

²² En tal sentido se pregunta Malem Seña *¿Pueden ser las malas personas buenos jueces?* Arriba a la conclusión de que en un contexto en el que los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias, no puede ser juez una mala persona puesto que trasladará sus convicciones al decidir las controversias jurídicas. (Malem Seña, Jorge F. *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* Barcelona, Universidad Pompeu Fabra)