

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO IBEROAMERICANO

SIMÓN MARTÍNEZ UBÁRNEZ

DOCENTE INVESTIGADOR FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR.

VALLEDUPAR, CESAR, COLOMBIA

simonmartinez@unicesar.edu.co

RESUMEN

La argumentación jurídica, se proyecta como teoría interdisciplinaria de las formas seguidas para lograr conclusiones válidas al aplicar el derecho al tomar decisiones judiciales. Los antiguos la usaron en escenarios que requerían hablar y escribir convincente y persuasivamente y en el siglo XXI ha alcanzado vigente actualidad. Aunque el centro de interés se coloca en autores europeos y norteamericanos, en Iberoamérica, se han desarrollado posturas originales basadas en el debate crítico como medio para solucionar o esclarecer conflictos. La ponencia aborda propuestas de autores iberoamericanos con suficiente peso como paradigmas dignos de atención intelectual; destacándose Carlos Vaz Ferreira con su novedosa tesis sobre la actualidad de la lógica Aristotélica y propuesta de lógica viva o psico-lógica, vinculada a una ética del entendimiento aplicable al campo del derecho; Luis Recasens Siches, ofrece una propuesta lógica de lo razonable como método de interpretación y aplicación del derecho apartada de la rigidez tradicional; Leandro Vergara, analiza y desestima la teoría de Robert Alexy y desarrolla un método probando que la ponderación es un sistema de privilegio y sacrificio, inapropiado para Latinoamérica y países en desarrollo; Néstor Leandro Guzmán, busca mostrar sintéticamente en qué medida la argumentación jurídica se manifiesta en el empleo de normas o institutos procesales cuando se los somete a las exigencias de la práctica judicial. Otras propuestas originales son de los brasileros Fábio Schecaira, Noel Struchiner, Tercio Sampaio Ferraz Junior y el equipo investigador del GPRAJ de la Universidad de Brasilia, dirigido por Claudia Roesler. Fabiano Hartman e Isaac Reis.

Palabras clave: Lógica, Argumentación, Argumentación jurídica, Teoría de la argumentación, Interpretación, Demostración.

INTRODUCCIÓN

“Nadie duda de que la práctica del Derecho consiste,
de manera muy fundamental, en argumentar”

Manuel Atienza

Una de las características de la filosofía del derecho en el momento actual, está definida por el giro argumentativo que ha asumido el conjunto de fenómenos jurídicos desde el punto de vista de la persuasión racional. Contexto en el cual es absolutamente necesario aportar a los juristas las herramientas orientadores de su quehacer, tanto en la teoría como en la práctica, de tal modo que puedan lograr un desempeño de buen nivel, en lo que constituye un aspecto esencial de su ejercicio profesional, como es el de argumentar jurídicamente.

En gran medida, el derecho en su conjunto puede ser considerado como un ejercicio que acude permanentemente a la argumentación; pero, siendo un fenómeno tan complejo no se le puede reducir solamente a sus aspectos argumentativos, tomándolo únicamente como argumentación, porque no lo es. Pero también es innegable que la dimensión práctica del ejercicio profesional de los abogados en cualquiera de los campos que le corresponda desempeñarse (doctrinante, académico, judicial, legislativo, administrativo, privado) estará constantemente ligada a la elaboración, exposición y discusión de argumentos; pues si vemos el Derecho desde la perspectiva del juez, del litigante, del doctrinario, del legislador, etc. vamos a encontrar que un aspecto sobresaliente de su actividad, está precisamente en argumentar.

Con base en los planteamientos precedentes, se puede alegar que la característica o condición que mejor define a un buen jurista en su desenvolvimiento práctico, es su capacidad creadora para construir y manejar argumentos adecuadamente aunque las teorías de la argumentación jurídica hayan tomado fuerza solo en época reciente y pocos juristas hayan sido formados en los aspectos conceptuales pertinentes, pues debido a esto, señala Manuel Atienza (2018): *“muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una ‘teoría de la argumentación jurídica’”*.

Pero hoy la situación tiende a cambiar y en diversos países de occidente, particularmente en el mundo latino, se está reconociendo ampliamente la importancia de la argumentación jurídica para la comprensión y ejercicio del Derecho, ya que no se

ha tenido normalmente en cuenta como componente esencial de la formación de los profesionales del derecho, particularmente, en países del contexto latino y de ahí la importancia y papel sobresaliente que el estudio de lo argumentativo juega hoy en el estudio del Derecho y por razones de diverso orden no lo ha jugado entre nosotros.

Si se piensa en lo que tiene que ser el estudio o la concepción del Derecho y la importancia que se le debe dar a la argumentación jurídica dentro de los currículos para la formación de los juristas del futuro, y que una vez egresados puedan desempeñarse satisfactoriamente en el ejercicio de la profesión, hay que prestar atención a lo que es precisamente la argumentación; o sea, al estudio de la teoría y sobre todo, a la praxis de la argumentación, un enfoque teórico-práctico en el que se aplique la estrategia de aprender a hacer haciendo, o aprender a argumentar argumentando. Los elementos teóricos se aprenden de los grandes teóricos y estudiosos, para irlos combinando con la praxis concreta.

El desafío que se plantea es el de entender la importancia de la argumentación jurídica, las diversas teorías que como paradigmas la sustentan y los elementos que es necesario aplicar en sus diversos procesos de construcción de la realidad social, en la medida que estos están imbricados en la faena humana constantemente tensionada por el poder y por las pretensiones de racionalidad.

En este escenario, la presente ponencia aborda los aspectos genéricos y conceptuales de las teorías de la argumentación, con un propósito eminentemente propedéutico en la medida que involucra los conceptos fundamentales previos o prolegómenos de lo que luego se deberá desarrollar con mayor extensión y profundidad; pero con el interés específico de ahondar en las teorías que se han planteado desde el contexto iberoamericano. Para ello, se han seleccionado los autores considerados clásicos en nuestro contexto geopolítico con el propósito de mostrar cómo, desde el mundo americano no anglo, se han planteado propuestas originales, incluso anteriores a las planteadas en Europa y Norteamérica, lo cual les otorga carácter de teorías precursoras de la argumentación jurídica, en el ámbito euroamericano. Esta aproximación permitirá al estudioso empezar a entender la teoría de la argumentación jurídica y a partir de allí, avanzar a un estudio más profundo y su posterior aplicación práctica.

IMPORTANCIA ACTUAL DE LA ARGUMENTACIÓN

Desde mediados de la pasada centuria la teoría de la argumentación, se ha ido transformando en una disciplina o estudio interdisciplinario de las diversas formas empleadas para lograr conclusiones apropiadas mediante el uso de las herramientas de la lógica, o sea, a través del juego de premisas que permitan llegar a inferencias acertadas. Para lograr esto, es necesario poner en juego la noción de la lógica como arte y como técnica, dinamizados en el debate, el diálogo, la conversación, la persuasión, el consenso y el disenso. De igual manera, es necesario tener un dominio de las reglas lógicas de la inferencia, y las reglas procedimentales; y desenvolverse con ellas en la realidad experiencial concreta, lo mismo que en sistemas artificiales.

La teoría de la argumentación implica y exige competencias en el campo del debate y la negociación, que permitan avanzar hacia conclusiones aceptables de consenso. También incluye el diálogo erístico (palabra derivada del griego Eris = disputa o conflicto y techné = arte, procedimiento, arte del conflicto y el debate), entendido como debate en el cual la principal motivación es vencer al oponente.

Ya entre los antiguos la argumentación fue objeto de interés en todos los escenarios en donde se requería el arte de hablar y de escribir de manera convincente y persuasiva. En las primeras décadas del siglo XXI, la importancia y estudio de la argumentación es asunto de vigente actualidad, debido en gran medida al incremento de los medios masivos de comunicación y la incidencia que éstos tienen en la sociedad para defender intereses de todo orden en representación de los actores que los sostienen. Influencia que se puede reconocer en la diversidad de argucias y estrategias que utilizan para meter en la cabeza del destinatario, con fuerza persuasiva los valores e ideas de orden económico, político, social, cultural, estético, religiosos, etc., que tienen interés en imponer. Ejemplo son los montajes discursivos empleados en tele ventas para hacer ventas masivas de un producto; o con la publicidad empleada para vender un determinado candidato político, muchas veces en detrimento de sus opositores, utilizando mecanismos que limitan con la agresión y el desconocimiento de mínimos principios éticos.

Desde la perspectiva que se ubique, el principal motivo o interés para el estudioso de la argumentación radica en establecer si los razonamientos que plantea son verosímiles, o sea, si tienen fuerza convincente suficiente para ser aceptadas por los sujetos a los cuales se dirige. Por eso, tendrá que asumir que un argumento no consiste solamente afirmar alguna tesis por medio de premisas; tampoco es una simple disputa; se trata ante todo de emitir juicios o tesis que sean susceptibles de ser apoyados o respaldados con razones y pruebas reales, objetivas y convincentes.

Exponer las razones que sustentan una determinada tesis o premisa es esencial en todo proceso argumentativo en el campo que se planteé. De aquí la necesidad de que para construir argumentos, haya estudios previos que lleven al argumentador a analizar detenidamente cuáles son las opiniones con mayor fuerza demostrativa o son mejores que las otras. En este aspecto no se puede perder de vista el contexto sociocultural y el nivel de los actores, pues no todos los puntos de vista son iguales para todas las personas, ni tienen la misma fuerza en todos los escenarios.

Sobre esta última idea, cabe señalar que desarrollar una argumentación con el fin de convencer a alguien de que acepte una determinada tesis, no puede ser un ejercicio ajeno al contexto dentro del cual lo desarrolla. En el contexto prevalece una cosmovisión, unos valores, unas creencias, costumbres, ideas e ideologías que afectan a la comunidad a la cual pertenecen los actores que disputan. Otro aspecto que no se puede desestimar en lo que respecta al contexto es que en gran medida el criterio de verdad lógica, está íntimamente ligado al lenguaje (Copi & Cohen, 2002: 93-124) y por tanto, el contexto es factor determinante de los códigos y convenciones lingüísticas que los actores emplean, con toda la carga de significados y el valor semántico que se da a los términos o palabras empleadas.

Desconocer el lenguaje del contexto en donde se desarrolla la argumentación, puede traer como consecuencia un uso que resulte molesto o agravante para los demás, pues el hombre es comprensible en un contexto de redes de comunicación en el cual el lenguaje es el mediador fundamental. Como señala Kaufmann (1999, 234), el hombre y el lenguaje solo pueden existir a un mismo tiempo, y agrega una expresión tomada de W. v. Humboldt: *“El hombre es solo hombre a través del lenguaje, pero para descubrir el lenguaje tenía que ser ya hombre”* (Íbid)

Aunque algunas conclusiones de un proceso argumentativo se pueden basar en sólidos razonamientos, otras en cambio pueden tener bases más débiles, y si no se analiza detenidamente, o se hace a la carrera se pueden desconocer estas condiciones e incurrir en debilidades en los argumentos seleccionados. Por ende, hay que seleccionar cuidadosamente los argumentos a emplear para sustentar las conclusiones, valorándolos y considerando sus fortalezas y veracidad.

Con lo expuesto se puede entender que argumentar es un ejercicio importante en el proceso de construcción de comunidades y sociedades; además, porque una vez que se ha llegado a una conclusión con base en claras razones, se tiene la capacidad para explicarla y defenderla argumentadamente para cimentar discursos comprensivos de la realidad, tanto en sus condiciones naturales como sociales y humanas; tarea en la cual se empeña la ciencia.

LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El término argumentación se forma a partir del latín *argumentum*, y significa la operación de la mente o el razonamiento usado para sustentar una posición o probar la veracidad o falsedad de una proposición o premisa; también para persuadir o convencer a alguien acerca de lo que se afirma o niega. Así pues, se le puede definir como la exposición de razones con las cuales se intenta probar o refutar una determinada tesis.

En su aspecto verbal como argumento, viene a ser la forma del razonamiento que se emplea para demostrar algo, probando o refutando una proposición o para convencer a otra persona de la verdad o falsedad de aquello que se afirma o se niega. Según Copi & Cohen (2002: 20-21) *“Un argumento es cualquier conjunto de proposiciones de las cuales se dice que una se sigue de las otras, que pretenden apoyar o fundamentar su verdad”*. O sea que, argumentar no es otra cosa que dar o exponer las razones que sustentan una afirmación o posición; por tanto, es el esfuerzo mental de apoyar afirmaciones o decisiones, mostrando las razones que conducen a ellas.

En este sentido, si a un determinado discurso o conjunto de actos lingüísticos se lo considera como un argumento, es porque tiene como sentido sostener una determinada tesis, una pretensión o una posición, aportando las razones o pruebas que sustentan su veracidad.

Una argumentación en general, es pues, un discurso o exposición –presentado en forma oral o escrita-, por medio de la cual se muestran los motivos, razones y pruebas que sustentan un punto de vista o una tesis de la cual se está convencido o se tiene certeza, pero no ocurre así para los demás, que no ven la realidad desde la misma perspectiva o con la misma claridad que la ve su expositor. En otras palabras, es la exposición razonada de ideas por medio de un apropiado razonamiento, en el cual se despliegan las razones de las propias convicciones sobre la tesis expuesta.

En la vida diaria se debe recurrir con frecuencia a herramientas de una lógica argumentativa informal, entendida como esa lógica que aporta las herramientas necesarias para estructurar los razonamientos y argumentaciones realizados al hablar, para discutir o decidir en asuntos que tienen incidencia en las actividades cotidianas.

La argumentación puede emplearse para demostrar una fórmula matemática, para hacer explícita una ley científica, una fórmula física o química; para exponer las razones o justificar un veredicto, fundamentar un alegato, una petición, una refutación o la impugnación de una decisión judicial, en el campo legal y jurídico; y en general, para

demostrar o expresar en qué consiste una situación o tema, que habitualmente crea contradicción, disparidad o divergencia en el interlocutor o en un auditorio, o entre los actores de un debate o proceso en el cual no se sienten bien tratados los intereses o expectativas de las partes o de una de ellas. Así pues, argumentar bien es también el medio más expedito para defender una idea u opinión, pues permite aportar las mejores razones que justifique la posición defendida.

En el marco de nuestro propósito conceptual, entendemos por argumentación jurídica la construcción de premisas y razonamientos justificados, que realizan y analizan los juzgadores y operadores judiciales, con el fin de llegar a conclusiones que se convierten en decisiones o sentencias relacionadas con los casos que deben resolver.

En el sentido de esta definición se ubica y puede ser comprendida la teoría de la argumentación jurídica. Vista como la disciplina especial de la filosofía del derecho y la lógica formal, que se ocupa de la forma y validez de los aspectos formales y materiales que intervienen en la aplicación fáctica del derecho, para lo cual, se encamina a fundamentar y motivar los aspectos valorativos de una decisión jurídica; sobre todo, mostrando cómo las valoraciones que se esgrimen y hacen valer en la decisión, tienen peso para generar convicción (Kaufmann, 1999). Hace referencia al conjunto de los estudios jurídico-filosóficos que manejan los diversos paradigmas y corrientes de pensamiento respecto al contenido de las premisas argumentativas, desde la perspectiva de los operadores judiciales.

La argumentación jurídica es una herramienta de la cual el profesional jurídico no podrá desentenderse en ningún momento de su ejercicio, si no quiere correr el riesgo de abocarse a transitar por caminos equivocados. Su contenido en el campo del derecho debe versar naturalmente, sobre afirmaciones de carácter normativo expresadas en los textos, ya que, como señala Niklas Luhmann, *“el hallazgo del texto relevante para tomar una decisión exige una competencia especializada y esto constituye un momento constitutivo, a menudo pasado por alto, de la capacidad jurídica”* (Luhmann, 2005: 402).

Ahora bien, en torno a la argumentación, entendida como herramienta para hacer eficaz el ejercicio de aplicación fáctica del derecho, ha surgido desde el siglo anterior, una serie de posturas de carácter paradigmático, las cuales buscan conformar un modelo orientador de lo que debe ser la práctica de la argumentación en cada terreno concreto del desempeño del profesional del derecho. Estas posturas paradigmáticas se conocen genéricamente como teorías de la argumentación jurídica.

La razón de ser de las teorías de la argumentación jurídica, no es difícil de encontrarla. Y uno de los clásicos vivientes de la teoría estándar, como lo es Manuel Atienza, es quien

facilita los elementos de juicio para su cimentación y la comprensión de su punto de partida, cuando en la nota preliminar de su ya clásica obra (Atienza. 2005:XIII), sugiere que la argumentación jurídica es la herramienta que permite desarrollar las razones jurídicas que sirven de justificación para tomar una determinada decisión judicial; y en este sentido señala que: *“La práctica del derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar, no tendría por qué resultar extraño que los juristas con alguna consciencia profesional sintieran alguna curiosidad, por los asuntos relacionados con la argumentación”*

En la perspectiva de una teoría unificada de la argumentación jurídica –a partir del análisis de las propuestas europeas de los autores más reconocidos como Theodor Wiehweg, Chaím Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacKormick, Jürgen Habermas y Robert Alexy-, esta se construye a partir de tres perspectivas diferentes, que responden a tres preguntas fundamentales de la práctica jurídica: cómo argumentar, cómo analizar una argumentación y cómo evaluarla. Teniendo en cuenta esta aclaración, la teoría unificada de la argumentación jurídica ha sido entendida en tres perspectivas diferentes: la formal (o lógica), la material y la pragmática.

- En la concepción formal –que es propia de los lógicos, quienes definen la argumentación como un encadenamiento de proposiciones-, la argumentación consiste en comprender la severidad o correcta aplicación de los elementos estructurales de carácter lógico o formal a los cuales debe ajustarse todo argumento, de tal modo que sea viable pasar de las premisas a la conclusión como una inferencia derivada formalmente de ellas. Con esta acepción, se trata de un argumento deductivamente válido, en el sentido de que si las premisas son verdaderas, la conclusión necesariamente también lo es, en virtud de alguna regla de derivación de la lógica (Atienza, 1997:39-40). Según Bobbio, el enfoque se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico (Bobbio, 1965); esto, porque la construcción del silogismo jurídico no puede hacerse de espaldas al análisis lógico de las normas jurídicas, puesto que una de las premisas y la conclusión son normas. Así, aplicando esta concepción, se puede distinguir entre argumentos válidos y no válidos, desde el punto de vista formal. En esta concepción, más que de argumentos, hay que hablar de esquemas de argumentos, los cuales se expresan en un lenguaje artificial que no se corresponde exactamente con ningún lenguaje natural y las inferencias lógicas se caracterizan por una serie de propiedades formales, que pueden variar o ser distintas, según el tipo de lógica por el que se haya optado.
- En la concepción material, se contemplan elementos de carácter psicológico y en ella, tanto las premisas como las conclusiones tienen el carácter de enunciados

interpretados, es decir, enunciados aceptados por el sujeto argumentador, como verdaderos o correctos y en este sentido busca persuadir a la contraparte de la corrección de su argumento. En esta concepción destaca la postura de Theodor Viehweg (1964), quien hace una distinción entre justificación interna y justificación externa, similar a la teoría de Raz y otros autores de las razones para la acción. Su teoría es conocida como Tópica, es decir, un conjunto de tópicos que sirven para desarrollar argumentos; como parte de la retórica su finalidad es establecer los contenidos del discurso. Viehweg define la tópica como un *ars inveniendi* (del sustantivo latín *inventio* y éste del verbo *invenire*) es decir, arte del "hallazgo" pues se trata de una técnica del pensamiento problemático en la cual el centro lo ocupa un *topos* o lugar común, ya que el orador debe seleccionar, hallar, entre un repertorio prefijado de temas los que sean más adecuados a su exposición. Por tanto, lo que importa en la teoría de Viehweg, no es el *ars iudicandi* (consistente en inferir unas proposiciones de otras), sino el *ars inveniendi*, que descubre y examina las premisas. Para sustentar su teoría, recurre al libro de *Los Tópicos*, el número V de la lógica aristotélica (2001: 307ss) y analiza el libro de la *Invenición Retórica*, de Cicerón. Precisamente, el primer párrafo de *Los Tópicos*, es muy concreto al explicar el sentido de todo el libro, cuando el estagirita dice:

“El fin de este tratado es encontrar un método con cuyo auxilio podamos formar toda clase de silogismos sobre todo género de cuestiones, partiendo de proposiciones simplemente probables, y que nos enseñe, cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea contradictorio a nuestras propias aserciones”

- En la concepción pragmática –que se orienta más atendiendo el sentido sociológico– se da mucha importancia al rol que asuma cada uno de los actores de la argumentación, lo cual puede ir desde los coloquios informales hasta los debates parlamentarios y jurídicos en un estrado judicial, tribunal o corte. En este enfoque tiene mucha importancia la deliberación, entendida como la actividad realizada por un sujeto, con el fin de justificar las creencias que está justificado tener o qué curso de acción se debe emprender o no en determinada situación. Considera la argumentación como una acción de carácter lingüístico, un acto de lenguaje complejo que ocurre en determinadas situaciones, en un diálogo con otro o con uno mismo; cuando aparece una duda o se cuestiona un enunciado, y se acepta que el problema (aporía) ha de resolverse por medios lingüísticos. La argumentación por tanto, es una actividad o proceso cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (lingüísticos) de los actores que intervienen en ella. Esta concepción de la argumentación jurídica es la que se encuentra en muchas teorías contemporáneas como las de Stephen Toulmin, Jurgen Habermas (García Amado,

2006), y coincide con el modelo de la nueva retórica de Chaïm Perelman (1977), y con la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy (1989). En general, en esta perspectiva, la argumentación consiste en lenguaje, en lo cual se destaca su aspecto pragmático y por eso la argumentación es inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación se hace posible en la medida que las partes ceden y se hacen concesiones; de ahí que una inferencia es el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; la conclusión es lo que se pretende que sea aceptado por el otro.

En realidad, aunque se trata de tres concepciones distintas, no por ello son contrapuestas, sino más bien complementarias ya que, una teoría adecuada de la argumentación jurídica no puede perder de vista ninguno de los tres enfoques

En realidad, la argumentación se ha venido consolidando como instrumento para introducirse y desenvolverse eficientemente en el tejido formal normativo, empleado por el legislador, en su condición de creador del derecho, pero también a nivel jurisdiccional en manos de los juzgadores, quienes deben recurrir a la argumentación para justificar toda decisión judicial. En este sentido, podemos afirmar que no hay práctica jurídica que ante todo, no resida en una tarea argumentativa.

En general, la argumentación tiene gran trascendencia para el mundo jurídico, bien sea en los aspectos de la creación de las normas, el campo de la postulancia o la administración pública, lo mismo que en la investigación jurídica y socio jurídica.

Lo que hoy se conoce como Teoría de la argumentación jurídica, se ha ocupado principalmente de la justificación, o sea, del conjunto de enunciados que en un discurso judicial se aportan como razones valederas, dejando de lado el contexto del descubrimiento, entendido como la actividad y procedimiento que lleva al juez a tomar una decisión. En la teoría de la argumentación jurídica, el juez puede ser visto no solo como funcionario público, sino como la persona que por antonomasia tiene la potestad de decidir en el campo del derecho.

Y en el propósito de decidir de la mejor forma, el juez siempre intentará reducir las posibilidades de elección, descartando la menos aproximada, pues de todas las respuestas posibles, solo puede tomar una. Y al momento de tomar esa decisión, el juez debe demostrar las razones de su escogencia o preferencia, para lo cual hace valoración o ponderación de los diversos factores (humanos, sociales, normativos, etc.)

En otro sentido, para el abogado la argumentación cobra importancia como instrumento que le ayuda a convencer al juzgador de que él es quien tiene la razón en

un proceso y en consecuencia, el fallo debe ser favorable según sus planteamientos, los cuales debe formular basado siempre en la norma jurídica abstracta e impersonal. De esa manera, escuchadas las partes, el juez procede en derecho y emite sentencia revestida del marco de legalidad que es propio y obligatorio de las autoridades.

Así pues, como se habrá entendido, la argumentación tiene capital importancia en el campo jurídico, pues contribuye a que los diversos actores de un determinado proceso puedan informarse y organizar ideas para decidir acerca de qué tipo de afirmaciones y/o decisiones son mejores que otras en un caso específico; igualmente ayuda a encontrar las premisas o razones que tienen más fuerza persuasiva para ayudar a sustentar una determinada conclusión.

LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO IBEROAMERICANO

En Iberoamérica –entendida como el conjunto de los países americanos con pasado común de dominación colonial ejercida por España y Portugal, los cuales suelen incorporarse en este concepto pero para efectos de este estudio, se excluyen- se ha desarrollado con criterio autónomo desde hace ya buen tiempo, incluso desde antes que en Europa se empezara a hablar formalmente de una teoría de la argumentación, posturas que diferencian entre la argumentación jurídica del Juez inquisitivo y la argumentación para un modelo procesal adversarial, donde interesa y se atiende el debate crítico como medio para solucionar o esclarecer el conflicto.

Entre los precursores del pensamiento argumentativo a nivel mundial y latinoamericano en particular, destacan las figuras del uruguayo Carlos Vaz Ferreira (1872- 1958) y el guatemalteco Luis Recasens Siches (1903 -1977). Sus tesis se conocen en América desde antes de que en Europa se empezara a hablar de teoría de la argumentación jurídica

Vaz Ferreira desarrolla un análisis original, sutil y sugerente del raciocinio falaz a partir del cual esboza una tesis novedosa sobre la actualidad de la lógica de Aristóteles acompañado de una línea crítica a la teoría lógica tradicional, la cual considera deficiente, particularmente por su incapacidad para dar cuenta y debido tratamiento a los razonamientos falaces, ya que estimula una forma de comprensión y una serie de hábitos intelectuales que opacan o mimetizan las cualidades realmente relevantes al momento de lidiar con estos raciocinios en la praxis, ya que equivoca el centro de atención y con ello desenfoca la estrategia que teóricamente es la más apropiada para abordar este tipo de cuestiones. Y asume que siempre es posible valorar

la corrección de los argumentos, como corrección del raciocinio, lo cual debe ser una característica propia de todo proceso psicológico, para lo cual puede basarse únicamente en las propiedades lingüísticas de su enunciado.

A partir de su crítica, Vaz Ferreira ofrece el planteamiento de una lógica viva que él llamó psico-lógica; la cual se puede entender como una meta-teoría dirigida a la evaluación argumental. En la práctica, su propuesta es un modelo alternativo al tratamiento de algunos tipos de falacias; tratamiento que viene vinculado a una ética del entendimiento.

La forma como fue expuesta la lógica vazferreirana, su novedad, originalidad y las aplicaciones prácticas planteadas al campo del derecho –para lo cual no propone un modelo teórico indicativo sino una serie de ejemplos concretos-, convierten a este autor en el real precursor de las actuales teorías de la argumentación jurídica, sobre todo, si se asume que éstas –como se reconocen actualmente-, empiezan a plantearse en Europa a partir de la mitad del siglo XX.

Luis Recasens Siches por su parte, plantea una propuesta de lo razonable, como un método de aplicación del derecho. En concepto de Cabra Apalategui (2011:37), “*los trabajos de Recaséns Siches sobre interpretación jurídica suelen mencionarse como las primeras contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica*”. El guatemalteco elabora un método de interpretación al que llama método para la aplicación del derecho, distinto a los ya conocidos por la comunidad de juristas; y lo distingue de la lógica tradicional que se ha venido usando para aplicar el derecho. Su propuesta recae en las razones humanas que debe tomar en cuenta el juzgador para aplicar el derecho porque el contenido de las normas jurídicas es social. La lógica de lo razonable o logos de lo razonable –como él denomina su método-, deja de lado la rigidez o dureza de la lógica tradicional; lo cual indica que en su tesis están anticipados ya, algunos elementos y aspectos de la moderna teoría de la argumentación jurídica.

Para Recasens el Derecho positivo, como sistema normativo para regular la conducta humana, elige entre varias opciones de la misma, de acuerdo con criterios de valor que no se obtienen de la experiencia pues toda axiología supone unos fundamentos a priori, pero tampoco excluye la presencia de elementos empíricos en el Derecho. Su lógica de lo razonable se sitúa en un punto intermedio entre lo formal y lo empírico, ejerciendo una especie de mediación entre la teoría (los principios del ordenamiento jurídico) y la praxis (su aplicación a la vida humana). Así pues, su lógica de lo razonable contiene y supera la razón histórica de Dilthey, la razón vital de Ortega y Gasset, la razón de la experiencia práctica de Dewey.

En su obra *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* (México, 1956), desarrolla su propuesta lógica desarrollando en ella un empalme con la tópica jurídica moderna, a la cual se refiere más ampliamente en su posterior obra *Introducción filosófica al Derecho* (México, 1970). Su postura abarcadora y englobante, plantea un diálogo abierto con las corrientes modernas de la filosofía jurídica, que se hace más explícito a través de *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* (México, 1963), desde el cual reclama el regreso a la praxis, que ha sido el punto de partida del Derecho natural clásico.

El logos de lo razonable, que aunque no es una teoría de la argumentación si es el eje nodal de su teoría de la argumentación jurídica, de manera sucinta indica que ante cualquier caso, fácil o difícil, se debe proceder de manera razonable, percatándose de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo y de las valoraciones complementarias que produzca el juez en armónica consonancia con dicho sistema y en armonía con éste, de tal modo que haya conjugación de lo uno con lo otro para poder llegar a una solución consistente y satisfactoriamente justa; entendiéndose la consistencia de la decisión como la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente –por una parte- y a la obligatoriedad de ajustarse a la realidad en materia probatoria (1956,)

Otra importante postura más reciente es la del argentino Leandro Vergara, de la Universidad de Buenos Aires, quien desestima la teoría de Alexy (Ponderación de Principios), pues desarrolla un método en que prueba que la ponderación es un sistema de privilegio y sacrificio, lo cual es inapropiado para América Latina y los países en desarrollo, donde la concentración de la riqueza está en pocas personas, y no puede seguir privilegiando a éstas en desabrigo del resto del pueblo, que es el 99 por ciento de la población, generando violencia y resentimiento: al privilegiar un principio, otro queda sin amparar, lo cual genera desequilibrio, inequidad.

Otros autores que destacan por sus posiciones novedosas sobre argumentación jurídica contextualizada desde el escenario iberoamericano son Néstor Leandro Guzmán, autor de la obra *La argumentación jurídica en la experiencia procesal del derecho*, en la cual busca mostrar de manera sintética, de qué modo y en qué medida la argumentación jurídica se manifiesta en el empleo de normas o institutos procesales cuando se los somete a las exigencias de la práctica judicial. Para lo cual se detiene en algunos aspectos de la demanda civil, como acto de iniciación del proceso, la problemática de la prueba y la complejidad de elaborar una sentencia judicial. Destaca la utilidad de su planteamiento para poner en evidencia la importancia que tiene el problema de argumentar correctamente a fin de mantener la coherencia y la racionalidad discursiva de los distintos sujetos que actúan en el proceso judicial. Sostiene la posibilidad de que con el desarrollo de la argumentación jurídica se pueda construir “un puente de

comunicación entre abogados, jueces y teóricos del derecho que permita poner los puntos esenciales del debate de manera clara y ordenada contribuyendo así a la confiabilidad de las resoluciones ante la sociedad” (Guzmán, 2009:1)

En su concepto, desde una visión instrumental el derecho procesal -en donde aplica su teoría de la argumentación-, no regula la argumentación normativa-jurídica en cuanto tal, y solo asegura en el aspecto temporal y objetivo el marco institucional para que las partes y el juez puedan interactuar. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de modo que la sentencia y sus fundamentos puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo.

Otro connotado y reconocido jurista argentino es Carlos Santiago Nino, quien, haciendo un reconocimiento del valor de la argumentación como factor importante del discurso jurídico, va más allá de las simples formalidades argumentativas de la lógica clásica y sostiene que “La argumentación sirve como medio de investigación o descubrimiento de razones para la toma de la mejor decisión” (Nino, 2003: 168). Y la razón con la cual justifica su tesis es que cuando se avanza en procesos de argumentación se hace posible detectar errores fácticos y lógicos en la estructura del discurso

Desde la perspectiva de Nino, argumentar requiere cimentarse en buenas razones, pues existen razones con un sustento más débil que otras; y con frecuencia desconocemos la naturaleza de cada cual. Por eso, la construcción de argumentos debe ser al mismo tiempo un medio de indagación y búsqueda. En consecuencia, argumentar bien es algo más que reiterar las inferencias a las cuales se quiere llegar; y en el proceso se deben ofrecer suficientes razones y pruebas, con el fin de que otras personas puedan formarse sus propias opiniones, utilizando los argumentos para llegar a una conclusión.

En relación con la lógica o razonamiento que sigue el jurista en la aplicación de la norma, para tomar decisiones, Nino analiza el proceso que seguían los antiguos, entre los cuales una de las razones para el desarrollo de la lógica era la necesidad de validez de los argumentos formulados por juristas y juzgadores en la tarea de impartir justicia. Aunque, los intentos de organizar un discurso jurídico racional no se detuvieron solamente en estas argumentaciones, sino que fueron más allá trascendiendo al mismo discurso normativo; desde esta perspectiva es que abogados y juristas generalmente hacen referencia a una lógica de normas o lógica deóntica.

También en el ámbito argentino el jurista y iusfilósofo Jorge Douglas Price, presenta una propuesta contextualizada en el medio. En su obra titulada *La Decisión Judicial* (2012), de sus 500 páginas dedica 74 a analizar la relación o el papel de la teoría de la argumentación en la adopción de la decisión judicial. Una vez definido lo que en su

concepto es el carácter de la argumentación jurídica, deteniéndose incluso en dos clásicos como Habermas y Luhmann, se enfrenta al interrogante que le sirve como referente de análisis para abordar el tema de la lógica como requisito de la argumentación; y de paso se detiene en el deseo, la decisión y la deliberación como factores que se involucran en la argumentación, lo cual tiene una relación con los aspectos histriónicos de la argumentación e inciden en la decisión judicial como tal. Al analizar la relación entre derecho y argumentación plantea la necesidad de argumentar las decisiones como una opción y sugiere tres concepciones y tres modos de argumentar en su complementariedad, a las cuales es común el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, ampliamente tratado por Atienza, Especial atención le merece el criterio de derrotabilidad de las normas y de las decisiones, que otros autores han presentado como opción posibilitada por el sentido de la interpretación que es concomitante a todo proceso de argumentación, dado el sentido de interpretación en el cual debe basarse todo argumento judicial.. Un aspecto novedoso del planteamiento de Douglas Price, es el relacionado con el tema del razonamiento jurídico en su aspecto de sistematicidad, teniendo en cuenta los aspectos de cláusula operativa y apertura cognitiva.

En el contexto iberoamericano, Brasil es otro país que ha mostrado posturas teóricas importantes. En este país se pueden destacar los trabajos que como propuestas con diversos elementos originales ofrecen los académicos brasileiros Fábio Schecaira, jurista y filósofo del derecho, adscrito a la facultad de derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro, es autor, junto con Noel Struchiner, de una obra no muy extensa titulada *“Teoria da argumentação jurídica”*, cuyo análisis parten de un análisis del concepto de argumentar, como algo aparentemente misterioso para el lego, pues a veces se tiene la impresión de que así como los sofistas en la antigüedad griega, los juristas siempre ponen el lenguaje al servicio de intereses y objetivos preestablecidos. En otras ocasiones, actuando más como predicadores moralistas parecen depositar una fe exagerada en la creencia de que por medio de argumentos se podrá realizar la justicia substantiva en el derecho. La obra se aparta de los libros clásicos sobre argumentación jurídica y busca más bien ofrecer, en un lenguaje llano y sencillo una descripción de la argumentación jurídica como ella es, explicando cómo los profesionales del derecho argumentan típicamente y cómo los jueces llegan a una decisión judicial.

Siguiendo una estrategia didáctica, plantean lo que para ellos son dos modos de argumentar: 1. El modo institucional, que está limitado por reglas y procedimientos previamente establecidos en fuentes dotadas de autoridad. 2 El modo substantivo, que se basa en consideraciones morales, políticas, económicas y sociales, etc. Para estos autores, la argumentación jurídica es predominantemente institucional, lo cual

demarca los límites de objetividad e indeterminación parcial del derecho. O sea, el derecho no es, ni un dominio de “se vale-todo principio lógico”, ni se confunde con las argumentaciones morales substantivas.

La importancia de la obra –que incluye aspectos claves como la noción de argumentación, argumentación práctica, fuentes del derecho, métodos de interpretación jurídica, argumentación teórica en derecho, descubrimiento y justificación-, es que presenta al lector brasileiro una teoría articulada de la argumentación jurídica adaptada al positivismo jurídico contemporáneo, lo cual no se descalifica en una cultura jurídica brasileira, fuertemente marcada aún por un positivismo kelseniano que no ha dado lugar a una teoría de la argumentación jurídica más elaborada.

Otro importante autor brasileiro es Tercio Sampaio Ferraz Junior (1941), filósofo del derecho, jurista y doctrinante adscrito a la Universidad de Sao Pablo, expone sus tesis en materia de argumentación en la obra “Introdução ao Estudo de Direito: Técnica, Decisão e Dominação” (1988). Su planteamiento parte de la concepción de que en la sociedad actual ha ocurrido una sutil modificación en las líneas de diferenciación entre política, economía y líneas de decisión jurídica, las cuales se tornan confusas, De tal modo que el ejercicio político por la autoridad judicante pasa por actividades con lógicas estructuralmente indiferenciadas, por la estrecha cercanía entre las diversas tecnocracias decisorias. En esta perspectiva, el ejercicio jurisdiccional, supuestamente neutral desde el punto de vista político por el principio de la división de poderes, adquiere contornos nuevos, mediante la exigencia de pronósticos que en la toma de decisiones, convierten la decisión judicial en una anticipación de efectos políticos, sociales y económicos; lo cual no puede desentenderse al construir argumentos orientados hacia las decisiones judiciales.

También en Brasil es destacable el trabajo desarrollado en equipo, como grupo investigador, por el GPRAJ (Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juricidades) de la Universidad de Brasilia, liderado por Claudia Roesler. Fabiano Hartman e Isaac Reis, el cual ha iniciado una serie de publicaciones titulada Coleção Direito, Retórica e Argumentação; la cual está dedicada a la publicación de trabajos, especialmente de investigación sobre retórica y argumentación en el campo del derecho, a partir de diversas líneas de investigación que integran a estudiantes, docentes y profesionales vinculados al grupo de investigación. Las actividades del grupo han sido estructuradas alrededor de la convicción de que el trabajo académico de calidad solo es realizable en condiciones de cooperación y construcción colaborativa del conocimiento.

Como ejemplo de la producción académica del grupo, el segundo volumen de la mencionada colección –el primero es el *“Curso de Argumentação Jurídica”* (2017), última obra de Manuel Atienza, publicada originalmente en lengua castellana-, titulado *“Retórica e Argumentação Jurídica. Modelos em Analise”*, publicado bajo la dirección de Roesler, Hartmann y Reis, es una muestra de su producción, en el que se recogen 11 trabajos, productos de su actividad investigativa, los cuales versan sobre los más diversos temas del interés reflexivo actual en torno a retórica y argumentación.

Algunos ejes temáticos tratados son: El análisis de la argumentación judicial en perspectiva crítica, que se detiene en la actividad que se realiza cuando se analizan decisiones judiciales. Tres de dichos trabajos se ocupan de hacer un análisis crítico de teorías de la argumentación ya reconocidas como clásicas, como son el esquema propuesto por Stephen Toulmin, los criterios de evaluación de las decisiones propuestos por Neil McCormick y el análisis de los precedentes usados como soporte del argumento, según la misma propuesta de Stephen Toulmin. Otros aspectos destacados están relacionados con la racionalidad discursiva en la teoría de la argumentación jurídica, el análisis empírico-retórico del discurso; el lugar de las emociones en el discurso jurídico; el modelo desarrollado y aplicado para el análisis de la argumentación jurídica en la decisión judicial y algunos aspectos prácticos de aplicación de las teorías de la argumentación en el campo fáctico del derecho en algunos tribunales brasileños, para lo cual se analizan casos específicos realizados en el Superior Tribunal Federal, el Supremo Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo del Trabajo, mostrando lo que se puede hacer en términos aplicados, cuando se usan las nociones centrales de teoría jurídica .

El jurista y filósofo del derecho peruano José Manuel Cabra Apalategui, profesor adscrito a la facultad de derecho de la universidad Málaga en España, es uno de los autores iberoamericanos más prolíficos en producción textual sobre el tema de la argumentación jurídica. Entre sus obras sobresalen: *Conflictos de derecho y estrategias argumentativas* (2017) *Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica* (2017), *Democracia, argumentación e ideologías jurídicas* (2016), *Sobre derecho y argumentación: Estudios de la teoría de la argumentación jurídica* (2015), *Antiformalismo y argumentación jurídica* (2011) y *Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches* (2011).

En un recorrido panorámico por su extensa obra, se encuentra el abordaje de algunos aspectos de su concepción de la razón práctica, que en líneas generales sirve de punto de partida a las teorías modernas de la argumentación jurídica. Después de analizar la atención prestada a la argumentación jurídica a lo largo de la historia desde la antigüedad y el medioevo y aunque sus precursores modernos asocian sus tesis a

nociones clásicas, no ve la moderna teoría de la argumentación como el retorno a un camino extraviado, con la consolidación del Estado moderno y la doctrina de la separación de poderes. Ni ve el desarrollo de la teoría de la argumentación como un fenómeno aislado y circunscrito solamente al ámbito jurídico, sino que hace parte de un proceso más amplio, cuyo eje nodal es la rehabilitación de la razón práctica, lo cual conlleva un replanteamiento de conceptos esenciales como los de racionalidad, justicia y legitimidad política.

En esta perspectiva y en contraposición a las teorías materiales, logran capital importancia las teorías procedimentales de la argumentación, las cuales, sin afirmar la validez a priori de ciertos contenidos normativos, se orientan más a definir reglas y condiciones de racionalidad regulativas de los procesos de argumentación y decisión, dando como resultado estándares morales, políticos o jurídicos con validez definida. En las teorías procedimentales de tipo argumentativo el concepto central es el consenso racional; o sea, que no se trata de un simple consenso satisfactorio a los intereses de las partes obtenido en un proceso equitativo de negociación, sino de un acuerdo logrado con base en razones de validez para todos –pues la normatividad esperada es la vinculada a la razón-. Esto permite concebir la argumentación jurídica ante todo, como una práctica social orientada al consenso.

Igualmente, son valiosos por su sentido los aportes de otro jurista peruano Luis Alberto Solís Vásquez, adscrito al poder judicial peruano en calidad de Magistrado de Primera Instancia. Autor de diversos artículos publicados en medios académicos especializadas en el campo del Derecho, Docente en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV). En su artículo sobre el *Razonamiento Judicial*, Solís establece frontera entre la lógica jurídica y la lógica formal, la cual considera meramente enunciativa; añade que la lógica jurídica es esencialmente axiológica, por cuanto involucra criterios valorativos y teleológicos. Pero la lógica jurídica en sí, no produce decisiones judiciales, sino que constituye una herramienta para decidir si esa decisión es razonada, previendo una serie de criterios para controlar la racionalidad de esa decisión; en este sentido, contribuye a convertir el derecho general abstracto, en un derecho concreto, que se materializa en lo que el juez emite como sentencia, lo cual implica hacer todo el análisis lógico jurídico, que involucra la labor interpretativa y de aplicación de la ley cuidando que esta aplicación se mueva en el sistema jurídico, el cual debe tener un solo ordenamiento guardando las condiciones de unidad, coherencia, plenitud y actualidad.

Para el jurista peruano, argumentar es estructurar una secuencia coherente de pensamiento. La argumentación jurídica consiste en estructurar un pensamiento con base en reglas razonables; su función principal es la de persuadir de la verdad o validez de una tesis. La argumentación que realiza el juez está orientada a persuadir a las

partes. De ahí que, la argumentación hoy, no sea la aplicación simple del silogismo aristotélico; pues la sentencia es una suma de argumentos en la cual pueden darse “n” respuestas a un caso, ya que, por su carácter práctico y demostrativo, admite discusión, desacuerdo, controversia, y por tanto la presentación de contra-argumentos, en lo cual juega importante papel la interpretación, pues todo lo que se diga está sometido a pruebas, contrapruebas y a la libre valoración de las mismas. Hoy, la sentencia tiene una justificación, la cual puede ser interna –cuando al analizar la premisa mayor y la menor se obtiene una conclusión- o externa –cuando, para validar se debe justificar la premisa mayor y la menor con pruebas-. De ahí su tesis, de que el argumento jurídico es interpretación y valoración.

Como características que asigna a la argumentación, están la coherencia, razonabilidad, suficiencia y claridad. En su propuesta clasifica los tipos de argumentación a partir de tópicos jurídicos y establece una serie de principios a los cuales debe ajustarse el argumento jurídico (existencia, justificación, veracidad, identidad, no contradicción, pertinencia y normatividad).

Otros autores peruanos que han mostrado gran interés en su país y tienen valiosos aportes al campo de la argumentación jurídica son Francisco Miró, Quezada, Miguel León Ontiveros, Armando Romero Muñoz y José Chávez-Fernández Postigo, de cuyo análisis nos ocuparemos en otra ocasión, pero antes, debemos señalar, que tal la importancia que en los medios académicos de este país se ha dado a la producción académica sobre argumentación que la Editorial Palestra de la capital peruana, que tiene como lema ser el “sello de los buenos libros de derecho”, ha creado un proyecto especializado en Derecho y Argumentación, cuyo consejo editorial está conformado por autoridades mundiales en argumentación jurídica, como Manuel Atienza Rodríguez, Susan Haack, Michele Trauffo y Luis Vega Reñón.

Derecho y argumentación nació en Editorial Palestra desde sus inicios y se ha ido consolidando con el tiempo. Gran parte del interés fondo se ha centrado en trabajos de autores de distintas nacionalidades que, directa o indirectamente, trabajan el enfoque argumentativo del Derecho; con lo cual se pone al alcance de la comunidad académica una amplia gama de producción editorial novedosa y actualizada, rescatando con ella lo mejor de los trabajos de los autores más representativos en el campo, con el fin de facilitar su difusión.

En Colombia Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, son los autores de una obra que se realizó desde 2006 y ha sido reeditada (2008) por encargo de la Sala Administrativa del Consejo Nacional de la Judicatura –una de las altas cortes del poder judicial del país- dentro del Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama

Judicial, que se desarrolla a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. La obra se publicó en medios físicos y virtuales bajo el título de *“Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas”*, con lo cual la institución oficial, busca cumplir con el objeto de unificar criterios pragmáticos acerca de la argumentación jurídica en el país, mediante la modalidad de aprendizaje auto dirigido; pretendiendo orientar a la comunidad de juristas y operadores judiciales, en el empeño de mejorar la aplicación en la práctica judicial, bajo el criterio de absoluto respeto por la independencia del juez o jueza.

En cumplimiento del cometido propuesto, el módulo –que se inserta como componente de una estructura curricular orientada a la autoformación del sector judicial del país-, contiene diversos aspectos relacionados con el proceso argumentativo encaminado a la adopción de una serena y equitativa decisión judicial. Entre los ejes temáticos allí considerados se encuentran las unidades relativas a: i) La sentencia judicial, los conceptos relacionados y la estructura argumentativa pertinente; ii) Se hace un análisis de los argumentos deductivos, como estructura formal preponderante –aunque no exclusivo- en el argumento jurídico y complementa el tema con una exposición sobre la noción de validez; iii) Los argumentos inductivos como otra forma del argumento lógico aplicado al campo judicial, es el tema que continúa y se complementa con un análisis del ámbito de la probabilidad; iv) Como tema determinante en la literatura argumentativa, no podía faltar el relativo a las Falacias, las cuales son detenidamente estudiadas como formas de incorrecciones persuasivas, y finalmente, v) Un quinto componente de carácter práctico inserta una serie de sugerencias o propuestas acerca de Cómo mejorar nuestras argumentaciones, para lo cual analiza factores relativos a la construcción y exposición escrita y oral de argumentaciones.

Aunque muy bien intencionado, el módulo propuesto por el CNJ no representa una propuesta de teoría de la argumentación. Las necesidades reales y concretas de la rama judicial del país, son más bien las razones que animan el manual, que no se detiene en basamentos teóricos o doctrinales, salvo lo esencial, para cimentar con criterio pragmático el propósito de mejorar efectivamente el funcionamiento de la Rama en su sistema oral y escrito, buscando superar la crisis de eficacia que la afecta.

CONCLUSIONES

La mentalidad eurocéntrica que históricamente ha sido impregnada como sello de origen en el pensar racional de los pueblos iberoamericanos, no pocas veces lleva a pensar que en contexto de nuestra realidad no ocurren o se producen ideas nuevas y

diferentes en el campo intelectual, frente a lo que genera el continente europeo. Y cuando algo aparece con visos de novedad, se empiezan a buscar sus raíces e influencias en autores del viejo continente.

En el debate académico actual en torno al campo del pensamiento argumentativo aplicado a la construcción del discurso jurídico, sobre las formas paradigmáticas de teorías de la argumentación y más concretamente en el de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica –denominación que pertenece al mundo hispanohablante–, generalmente éstas se muestran como el producto de aportes hechos por autores europeos, como Wiehweg, Alexy, Perelmann, Luhmann, Bobbio, Habermas, Atienza y otros, considerados como clásicos del tema. Encuadre que no es cierto en todos sus aspectos, especialmente en el de sus orígenes.

En una entrevista que realicé en julio de 2018 en río de Janeiro, a Manuel Atienza –apreciado como un clásico viviente de la teoría estándar de la argumentación jurídica–, al interrogarlo sobre las fases del proceso de formación de las teorías de la argumentación jurídica, respondió diciendo “...yo distingo tres momentos: *El momento de los precursores, de los años cincuenta (La Tópica de Theodor Viehweg, la Nueva Retórica, la concepción de la argumentación de Toulmin), a los que había que añadir por cierto dos autores de la tradición latina que han sido muy importantes, uno es Recasens Siches y otro, todavía muy anterior Vas Ferreira. A ellos los llamaría precursores de la teoría actual de la argumentación Jurídica...*”.

La percepción de Atienza es una clara muestra del reconocimiento que se hace desde Europa a los precursores iberoamericanos, más concretamente hispanos, sobre el papel jugado en los orígenes y gestación de las teorías de la argumentación jurídica.

En el caso de Vaz Ferreira, su planteamiento dado a conocer ya desde 1910 sobre una lógica viva o psico-lógica, en la que recupera el formato aristotélico con un nuevo enfoque aplicado al derecho, plantea su teoría como una *psico-lógica* o lógica vinculada a una ética del entendimiento. La propuesta de Vaz Ferreira de aplicación de la doctrina argumentativa aristotélica al campo jurídico, lo convierten a distancia en pionero o precursor de las modernas teorías de la argumentación jurídica en el mundo occidental, sobre todo, si se asume que éstas –como las señaladas por Atienza–, empiezan a formularse en Europa solamente a partir de la mitad del siglo XX

Y Recasens Siches por su parte, al plantear su propuesta sobre el logos de lo razonable, aplicado a la argumentación en el campo del derecho, a partir de un ejercicio de interpretación jurídica, hace otra de las primeras contribuciones modernas a la teoría de la argumentación jurídica, hecha desde el escenario iberoamericano. Su método de

interpretación, al que llama método para la aplicación del derecho, es muy distinto a los ya conocidos por la comunidad de juristas, y también distinto de la lógica tradicional que se había usado para aplicar el derecho. Su propuesta, al recalcar en las razones humanas que debe tomar en cuenta el juzgador al aplicar el derecho, se funda en que el contenido de las normas jurídicas es de carácter social. En ese sentido, la aplicación del logos de lo razonable, para tratar asuntos jurídicos de manera concreta y práctica, también es aplicable desde el ámbito jurídico sin perder la pretensión de corrección, con lo cual se deja de lado la rigidez o dureza de la lógica tradicional, y se prefiguran ya –desde 1932–, aspectos de la moderna teoría de la argumentación jurídica.

Pero, además de la presencia de estas figuras representativas del momento de los fundadores o precursores de la teoría de la argumentación jurídica, en las últimas décadas han ido apareciendo en el medio académico, nuevos esfuerzos y propuestas en distintos escenarios del ámbito iberoamericano, como bien quedó planteado en los casos analizados a manera de muestra representativa y que señalan cómo, desde Perú, México, Brasil, Argentina, Colombia, sumado a las nuevas tesis que se vienen proyectando en España, especialmente con los trabajos de Manuel Atienza, también se viene construyendo teoría propia frente a las necesidades concretas de la realidad de cada país; para mostrar a la comunidad académica y jurídica, que desde estos ámbitos, estamos en condiciones de pararnos en nuestros propios pies y pensar con nuestra propia cabeza para afrontar nuestros propios problemas conceptuales y darles adecuada respuesta.

Agosto, de 2019

Referencias documentales

- Aristóteles (2001). *Tratados de lógica (El Organón)*. México: Porrúa
- Alexy, Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e I. Espejo. Madrid CEC.
- Atienza, Manuel (1998). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ____ (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Unam.
- ____ (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.
- ____ (2017). *Curso de argumentação jurídica*. Curitiba (Brasil): Alteridade-UnB
- Bobbio, Norberto (1965). *Derecho y Lógica*. México: UNAM. Centro de Estudios Filosóficos. Cuaderno 18.

- Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván (2008). Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas 2ed. Bogotá: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Cabra Apalategui, José Manuel (2011). Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: Estimativa jurídica y logos de lo razonable. Málaga: Anuario de Filosofía del derecho, N° 27, pp.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo (2014). Oralidad, argumentación y texto jurídico. Bogotá: Jurídicas Andrés Morales.
- Chávez-Fernández Postigo, José (2017). Luis Recaséns y la teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revalorización del logos de lo razonable. Pamplona: Thomson Reuters.
- Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (s.f). Escuela Lara Bonilla. Argumentación Judicial. Bogotá: CSJ
- Copi, Irvin M. & Cohen, Carl (2002). Introducción a la lógica. México: Lumusa
- Douglas Price, Jorge Eduardo (2012). La decisión judicial. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- García Amado, Juan Antonio (1988). Teorías de la tópica jurídica. Madrid: Civitas.
- _____. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann (2006). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán, Néstor Leandro (2009). La argumentación jurídica en la experiencia procesal del derecho. Buenos Aires: El dial Express 22-06-
- Kaufmann, Arthur (1999). Filosofía del derecho. Traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, Niklas (2005). El derecho de la sociedad, 2ed. México: Herder-Universidad Iberoamericana.
- Maranhao, Juliano (2013). Estudos sobre lógica e direito. São Pablo: Marcial Pons editora do Brasil.
- Moreno Cruz, Rodolfo (2012). Argumentación jurídica, ¿por qué? ¿Para qué? México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (enero-abril 2012)
- Nino, Carlos Santiago (2003). La Constitución de la Democracia Deliberada. Barcelona: Gedisa.
- Perelman, Chaïm (1993). O imperio retórico: Retórica e argumentação (versión portuguesa de Fernando Trindade y Rui Alexandre Grácio. Porto Alegre: ASA.
- Recaséns Siches, Luis (1956). Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. México: UNAM.
- _____. (2002). Tratado general de filosofía del Derecho, 16ed. México: Porrúa.
- Reyes Coria, Bulmaro (2004). Arte de convencer. Lecciones ciceronianas de oratoria. México: UNAM.

- Roesler, Claudia, Hartmann, Fabiano & Reis Isaac (comp.) (2018). Retórica e argumentação jurídica. Modelos em análise. Curitiba (Brasil): Alteridade-UnB.
- Schecaira, Fabio P. & Struchiner, Noel (2016). Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Pontificia Universidad Católica, Contrapunto.
- Ureta Guerra, Juan Antonio. Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita. Lima, Perú: Jurista Editores, 2010.
- Vaz Ferreira, Carlos (1963). Lógica viva. Montevideo: Centro Cultural de España.
- Wiehweg, Theodor (1964). Tópica y jurisprudencia: traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid: Taurus.