

LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*

Rodrigo Valenzuela**

¿Para qué argumentamos los abogados? ¿Qué esperamos lograr con nuestros escritos? ¿Cómo convencer a un auditorio? En definitiva, ¿en qué consiste la labor de los abogados?

En el presente artículo el autor realiza un estudio acerca de la argumentación jurídica, pero desde una perspectiva práctica, "saliendo a la calle", como él mismo dice, lo que sin duda hace que este artículo sea de mucha utilidad para los operadores del derecho, ya que expone de manera explícita muchas de las motivaciones implícitas en el ejercicio de la profesión.

* Presentación realizada por el autor en el seminario "La justificación de las decisiones judiciales" organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el 23 de marzo de 2005. Agradecemos a Rodrigo Valenzuela por la sesión de este trabajo para nuestra publicación.

** Director jurídico tributario para América Latina, Ernst & Young.

Nos hemos reunido a conversar acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Los invito a que, en esta oportunidad, dejemos de lado la abstracción regalona que cada uno de nosotros seguramente tiene acerca de lo que es o debiera ser la argumentación jurídica canónica, y hagamos algo intelectualmente más modesto y prudente: salgamos al mundo a mirar. Salgamos a mirar *para qué* argumenta jurídicamente el abogado, sea como asesor, como litigante o como juez.

Miremos *para qué* argumenta, porque el abogado no argumenta por argumentar. Argumenta *para* lograr algo. Dicho de otro modo, la argumentación es *una herramienta*.

Y sucede que, para comprender la naturaleza de una herramienta, es indispensable saber primero para qué se usa esa herramienta. Si un marciano que ha llegado a investigar la Tierra encuentra en el suelo esa herramienta de metal que nosotros llamamos "cuchara", poco podrá comprender de ella si no sabe cosas tales como que los terrícolas tenemos brazos, manos y boca de un cierto tamaño, que tomamos líquido y que usamos esa herramienta para hacerlo sin mojarnos. Pero una vez que tenga ese conocimiento sobre *para qué* usamos las cucharas, ahí entonces podrá comprender, por ejemplo, el hecho que este extraño instrumento tenga un receptáculo cóncavo, que no esté hecho de esponja, que el mango no tenga dos metros de largo e incluso estará en condiciones de hacer una evaluación crítica del ejemplar de cuchara que tiene delante señalando cómo podría ser aún más efectivo para lograr la finalidad que él ahora conoce.

Si queremos comprender y evaluar la *herramienta* que es la argumentación jurídica, entonces miremos primero *para qué* argumenta el abogado.

Miremos a nuestro derredor. ¿Para qué argumenta el abogado? Quiero destacar tres cosas que se ven allá afuera.

Lo primero que vemos es que el abogado no argumenta para teorizar acerca de lo que es inferible en un sistema, sino que argumenta para dar determinada solución aquí y ahora a un problema. Sea que como asesor aconseje, que como litigante defienda o que como juez falle, en el centro de sus preocupaciones está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Así como del médico no se espera una lección de anatomía sino que se pase el dolor por el

cual lo visitamos y del ingeniero no se espera una charla sobre mecánica de suelos sino el puente que resolverá el problema de circulación, del abogado no se espera una clase de teoría de las obligaciones sino el lanzamiento del arrendatario que estaba destruyendo la propiedad. El abogado no argumenta para satisfacer tales o cuales exigencias teóricas de la academia, sino para ayudar a quien le ha pedido consejo, defensa o justicia ante un problema.

Lo segundo que quiero destacar en este breve recorrido por la ciudad es que, cualquiera sea la solución que el abogado dé al problema que enfrenta, esa solución siempre *consiste* en que determinados terceros actúen de cierta manera. El asesor no fue exitoso en ayudar a quien le pidió consejo si le entregó informes con un sesudo análisis de la legislación aplicable pero después en ventanilla al cliente le dijeron que no se puede hacer lo que él pretende. No fue exitoso porque su argumentación no logró de los terceros con quien necesitaba interactuar su cliente la acción que constituía la solución que él quiso dar al problema. El litigante no fue exitoso en ayudar a quien le pidió defensa si presentó en juicio alegaciones del rigor digno de un texto de lógica deóntica, pero el defendido terminó en la horca. No fue exitoso porque su argumentación no logró del juez, ministros de corte y otros terceros pertinentes la acción que constituía la solución que quiso dar al problema. El juez no fue exitoso en ayudar a quien le pidió justicia si en los considerandos de su sentencia vertió su visión y más profunda convicción de lo que era justo para este caso, pero un tribunal superior revirtió la decisión o bien las partes o la comunidad no vieron que la decisión encarnara principios y valores que compartimos sino capricho y arbitrariedad con el consiguiente descrédito de la institución o daño para la paz social¹. No fue exitoso porque su argumentación no logró del tribunal superior, de las partes o de la comunidad pertinente acuerdo sobre la razonabilidad de la solución que quiso dar al problema.

El abogado, entonces, argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuya acción constituye la solución que él busca dar al problema concreto para el cual se la ha pedido ayuda.

Lo tercero que quisiera destacar en nuestro ejercicio de reconocimiento de los alrededores es que aquellos terceros cuyo acuerdo busca el abogado con su argumentación, son personas a quienes –al igual que al lector y al que escribe– les importan las

¹ Un hecho reciente que destaca lo importante y operante que puede ser que los tribunales superiores logren para sus decisiones la aceptación de la comunidad es que, al hacerse público en diciembre recién pasado el informe de la Comisión sobre Tortura y Prisión Política, la Corte Suprema haya estimado necesario formular en tribunal pleno una declaración pública para explicar a la ciudadanía sus decisiones de hace más de treinta años. Es probable (y deseable) que el asunto no haya terminado ahí.

consecuencias morales y políticas de sus decisiones. Almorcé la semana pasada con un juez tributario quien me decía que uno de los desafíos que enfrentaba con frecuencia era cómo evitar aplicar a pequeños contribuyentes ciertas sanciones legales que procedían conforme a la letra de la ley pero que, por su magnitud, dejarían sin capital de trabajo y por tanto sin medios de subsistencia al modesto afectado. En la misma línea de anécdotas de esa semana, notemos como en los alegatos ante la Corte Suprema en la apelación del desafuero de Pinochet por el caso de la muerte del general Prats, los abogados de ambas partes estimaron pertinente hacerse cargo de la noticia aparecida en prensa el día anterior acerca del centenar de cuentas bancarias que alguna vez tuvo en el exterior la familia Pinochet. ¡Recordemos que para este paseo les he pedido dejar guardadas en la universidad sus abstracciones favoritas como, por ejemplo, aquellas sobre la separación entre moral, política y derecho! Les he pedido dejarlas atrás para que no nos impidan ver lo que allá afuera hay que ver ya que es para ese mundo que estamos viendo y no para las aulas de la academia que ha sido desarrollada la herramienta argumentativa del abogado.

Demás está decir que si el abogado argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuyo acuerdo está condicionado por percepciones morales y políticas sobre el caso, el abogado no puede sino hacerse cargo de dichas percepciones morales y políticas en su argumentación, de manera explícita o implícita según sean las circunstancias y su particular estrategia.

Veamos dónde estamos. El abogado no argumenta por argumentar sino para lograr otra cosa, lo que equivale a decir que la argumentación jurídica es una herramienta y, por tanto, comprenderla y criticarla requiere primero saber para qué se la quiere. Como estamos hablando de una práctica social milenaria y extendida, y no de un artefacto que las personas en esta sala de conferencias pudiéramos diseñar a nuestro capricho con pretensión de operatividad en el mundo, los he invitado a que dejemos atrás por un rato nuestras particulares predilecciones y salgamos a mirar para qué se quiere esta herramienta allá afuera. Lo que hemos visto en nuestro breve recorrido se puede sintetizar como sigue. En términos amplios el abogado, sea en su rol de asesor, de litigante o de juez, *argumenta para* cumplir con su compromiso profesional de ayudar a quien pide consejo, defensa o justicia ante un problema concreto. Lo anterior se traduce en que el abogado *argumenta para* dar determinada solución a un problema concreto de alguien; *argumenta para* lograr el acuerdo de determinadas terceras personas cuya acción constituye dicha solución al problema; *argumenta para* hacerse cargo, entre otras cosas, de

las inquietudes morales o políticas a las que dichas terceras personas condicionan su acuerdo.

Bien. *Ahora* estamos en condiciones de responder preguntas acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Volvamos entonces a nuestras aulas y esbozaré respuestas a tres preguntas tradicionales, más que nada con el propósito de ilustrar el efecto de haber salido al mundo antes de abocarnos al tema.

1. ¿QUÉ SENTIDO TIENE LA PREGUNTA POR LA RESPUESTA CORRECTA?

Si el abogado argumenta para que se de determinada solución a un problema concreto, entonces la pregunta que importa respecto de las bondades de su discurso es la pregunta *por sus consecuencias* ante ese problema concreto, no por su derivabilidad desde tal o cual sistema. Si el juez elabora un discurso *para que se haga efectiva su visión de lo justo para el caso*, esto es, si el juez elabora una herramienta con esa finalidad o, por usar una imagen, si el juez elabora un martillo para clavar ciertos clavos, la pregunta que importa no es si el martillo fue elaborado conforme a tales o cuales especificaciones teóricas sino si sirvió o no para clavar los clavos para lo cual fue elaborado. Dicho de otro modo, si alguien se acerca a un abogado en busca de consejo, defensa o justicia, lo que está en juego es demasiado importante para que el abogado se dedique a jugar un juego donde lo que importe sea la pulcritud lógica con que se jugó.

Contrario a lo que a veces piensan quienes malentienden lo que es el acercamiento pragmático a un problema, la pregunta por las consecuencias es una pregunta *por todas* las consecuencias. Es así como el lector seguramente conoce sentencias en que, por ejemplo, la decisión ha sido motivada, entre otras cosas, por las consecuencias que el tribunal ha visualizado para la economía nacional o para la estabilidad institucional. Pues bien, entre las consecuencias que siempre importan al auditorio cuyo acuerdo el abogado corteja, se incluye que el argumento no se perciba como caprichosamente alejado de la ley. Por eso nunca veremos a un abogado invitar a su auditorio *a prescindir* de los textos legales pertinentes para resolver un problema, sino que lo veremos previamente invitar a su auditorio *a entender de cierta nueva manera* los hechos y los textos legales pertinentes para resolver el problema. De este modo, dado ese nuevo entendimiento de los hechos y los textos, la argumentación no se percibe ya como caprichosamente alejada de la ley.

Esta invitación a entender de nueva manera los textos y los hechos tiene, en cada caso, límites. Pero entonces, podría rebatírseme lo que he planteado

anteriormente aduciéndose que, a todas luces, el abogado no argumenta solamente para lograr el acuerdo de determinado auditorio cuya acción podría constituir la solución buscada para el problema, sino que argumenta además de manera de mantenerse dentro de ciertos cauces inferenciales pre-establecidos. Pero no es así. Es *ese determinado auditorio* –y no los dioses- quien debe aceptar que no ha habido un alejamiento caprichoso de los textos legales. Dicho de otro modo, sigue siendo el caso que el abogado argumenta *para lograr el acuerdo de un determinado auditorio* y que, a ese efecto, obviamente debe hacerse cargo de *todo* aquello a lo cual dicho auditorio pudiera condicionar su acuerdo. Y sucede que, entre aquellas consideraciones que condicionan el acuerdo de cada auditorio se encuentran no solo sus percepciones morales y políticas, como antes habíamos señalado, sino, además, *su* entendimiento de lo que constituye o no constituye un alejamiento inaceptable de la ley. El abogado argumenta para modificar ese entendimiento.

De este modo, el sentido tradicional de la respuesta correcta como aquella inferible dentro de un sistema conforme a reglas anteriores a la argumentación, se transforma en entender la respuesta correcta como aquella de la cual resultan ciertas consecuencias posteriores a la argumentación y entre las cuales se encuentra la aceptación que el auditorio de para ese caso a determinado alejamiento de lo que es una lectura corriente de la ley o de los hechos.

La pregunta por la respuesta correcta, entonces, es la pregunta por las consecuencias de la argumentación.

2. ¿QUÉ PAPEL TIENEN LA MORAL Y LA POLÍTICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Como ya he destacado anteriormente, si el abogado argumenta para que determinados terceros contribuyan con su acción a dar cierta solución a un problema concreto, entonces necesita tomar en cuenta en su argumentación *todo aquello que puede mover a su auditorio a la acción*. Y como la observación del mundo nos muestra que el auditorio del abogado está siempre compuesto por personas para quienes ¡afortunadamente! las consecuencias morales y políticas de una decisión son importantes, el abogado no puede dejar de hacerse cargo de dichas consideraciones morales y políticas pertinentes para su auditorio. Es así como, en el caso de la argumentación del juez, tales consideraciones morales o políticas a menudo aparecen en los considerandos de los fallos, a veces implícitamente, a veces explícitamente, según sean las características del asunto específico y la consiguiente estrategia del argumentador.

3. ¿QUÉ PAPEL TIENE LA LÓGICA EN LA RECONSTRUCCIÓN O ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Es indiscutible que toda argumentación contiene cadenas inferenciales que pueden analizarse o reconstruirse como derivaciones lógicas a partir de cierto entendimiento de los hechos y cierto entendimiento de la ley. Pero rara vez se puede reducir la argumentación completa a una o varias cadenas de inferencia lógica y, probablemente, nunca se puede reducir así una sentencia interesante.

Esto es así porque el abogado argumenta para lograr el acuerdo de un determinado auditorio, haciéndose cargo de percepciones morales y políticas pertenecientes al terreno de los fines inconmensurables, donde las distancias entre posiciones contrapuestas no se acortan con fundamentos y puentes lógicos sino con la atracción del *sentido*. Sin necesidad de fundamento explícito ni cadenas deductivas, la argumentación del abogado logra que el auditorio reconozca que la solución propuesta para el caso encarna principios y valores que al auditorio importan, además de incorporarse coherentemente a su entendimiento global de cómo las cosas son y debieran ser. Los instrumentos discursivos con que el abogado logra así dar *sentido* (no fundamento) a la solución que propone son la narración de los hechos, el uso de la tradición (incluyendo el uso especial a dar en el caso a los textos legales) y el vocabulario, imágenes, composición y estilo de su discurso. Esto es, poética, hermenéutica y retórica.

Luego, la reconstrucción de una argumentación jurídica para fines de análisis debe incluir, sin duda, las cadenas de inferencia lógica, pero debe *identificar y destacar separadamente*, además, aquellos puntos de apoyo que aparecen sin lógica ni fundamento pero plenos de esa autoridad autosuficiente que da la narración dirigida de los hechos, el uso intencionado de la tradición y, en general, un discurso adaptado al auditorio concreto cuyo acuerdo se busca. Esos puntos del discurso, carentes de lógica o fundamento, no son debilidades de la argumentación sino que son su mayor fortaleza. Sin ellos la solución buscada no habría sido alcanzable porque el auditorio cuya acción constituye esa solución no habría sido persuadido. Esos puntos del discurso constituyen el suelo sobre el cual después construye la lógica. Y ese suelo *no está dado*, en algún sentido metafísico, sino que *es construido retóricamente* por la propia argumentación que después se apoya en él para desarrollar su lógica.

Las respuestas recién esbozadas a tres preguntas tradicionales sugieren cómo el camino que hemos seguido da cierta marca distintiva a la comprensión de la argumentación jurídica. Por una parte, este camino

nos ofrece una explicación de la realidad tal cual se la observa, como sería de esperar de una reflexión hecha con la mirada puesta sobre las prácticas sociales. En seguida, tal explicación de la práctica constituye inevitablemente un instrumento efectivo para actuar en el mundo de la argumentación, aunque con ciertos énfasis y desarrollos que no han sido materia de esta presentación. Finalmente, contrario a lo que a veces se me ha objetado (aunque nada de esto elaboraremos en esta oportunidad), el paso desde una visión dogmática a una visión pragmática de la argumentación, no significa pasar de una postura crítica a una postura acrítica ante el fenómeno, sino que significa mas bien pasar de la crítica lógica de la argumentación a la crítica retórica de la misma. La diferencia es importante. La crítica lógica ocurre entre

cuatro paredes, con la mirada puesta sobre el texto, para satisfacer el rigor técnico de los especialistas. La crítica retórica ocurre en la calle, con la mirada puesta en cómo el texto interviene el mundo, para evaluar, por ejemplo, si nuestras prácticas discursivas forjan comunidad haciéndose cargo de lo que todos los afectados consideran estar en juego en cada caso; o si con la riqueza de su análisis van contribuyendo a una comprensión más fina de nuestras tradiciones; o si son oportunas en renovar dichas tradiciones como a menudo lo exigen para mejor convivencia los cambios en el entorno; o cómo ha incidido en la decisión quiénes fueron las partes, o lo que las partes representan o los debates públicos del momento. Así como la crítica lógica es filosóficamente más rigurosa, la crítica retórica es políticamente más productiva.