



## RETÓRICA, ARGUMENTACIÓN E INTELIGIBILIDAD DEL DERECHO: UNA PROPUESTA DE ABORDAJE DE LA PRAXIS ARGUMENTATIVA JUDICIAL A PARTIR DE LOS APORTES DE PILAR ZAMBRANO.

*Rhetoric, argumentation and intelligibility of law: A proposal for an approach to judicial argumentation praxis based on the contributions of pilar zambrano.*

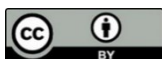
**Eliana de Rosa**

Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Universidad Juan Agustín Maza Universidad de Mendoza Universidad de Congreso

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0675-2444>

E-mail: [elianaderos82@gmail.com](mailto:elianaderos82@gmail.com)

Trabalho enviado em 07 de março de 2023 e aceito em 08 de abril de 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.02., 2023, p. 870 - 893

Eliana de Rosa e Eliana de Rosa

DOI: 10.12957/rqi.2023.74017

## RESUMEN

El presente trabajo se propone explorar y analizar las implicancias del reconocimiento de una dimensión discursiva en el fenómeno jurídico como consecuencia del auge del paradigma de la argumentación que ha impregnado las prácticas jurídicas en la actualidad. En particular, me focalizaré sobre el modo en que se complejiza tanto la praxis adjudicativa judicial a partir de la ampliación de marcos de referencia desde los que se opera como implicancia de las exigencias de contralor de constitucionalidad y convencionalidad. Esta modificación en las prácticas ha facilitado un aumento significativo de la discrecionalidad en las distintas instancias del proceso adjudicativo con la consecuente carga de justificar (argumentar) el modo en que se desenvuelve el razonamiento jurídico en general y judicial en particular. Procuraré demostrar cómo esta problematización de las prácticas jurídicas se materializa en un discurso que conlleva a su vez un ejercicio retórico a los fines de su comunicabilidad, que puede teñir de indeterminación la praxis jurídica tornándola ininteligible. Finalmente argüiré que las complejidades señaladas son susceptibles de superación a partir de la teoría de la inteligibilidad propuesta por la profesora de la Universidad de Navarra, Pilar Zambrano.

**Palabras clave:** discurso jurídico, argumentación, retórica, inteligibilidad, Pilar Zambrano.

## ABSTRACT

This paper aims to explore and analyze the implications of recognizing a discursive dimension in the legal phenomenon as a consequence of the rise of the argumentation paradigm that has permeated legal practices today. In particular, I will focus on the way in which the judicial adjudicative praxis becomes so complex from the expansion of reference frames from which it operates as an implication of the demands of control of constitutionality and conventionality. This modification in practices has facilitated a significant increase in discretion in the different instances of the adjudicative process with the consequent burden of justifying (arguing) the way in which legal reasoning in general and judicial reasoning in particular unfolds. I will try to demonstrate how this problematization of legal practices materializes in a discourse that in turn entails a rhetorical exercise for the purposes of its communicability, which can stain legal praxis with indeterminacy, making it unintelligible. Finally, I will argue that the indicated complexities can be overcome based on the theory of intelligibility proposed by the professor at the University of Navarra, Pilar Zambrano.

**Key words:** legal discourse, argumentation, rhetoric, intelligibility, Pilar Zambrano.



## 1. Introducción

En una de sus publicaciones más recientes, Robert Alexy explicaba a propósito de la referencia a la dimensión ideal del derecho que:

“...la democracia puede ser concebida al mismo tiempo como una decisión procesal y como un proceso de argumentación. La familiaridad con las que tomamos decisiones desde el principio de la mayoría es el costado real de la democracia. La argumentación en cuanto discurso público está necesariamente conectada con la pretensión de corrección sustantiva. Por esta razón es el costado ideal de la democracia” (ALEXY, 2017, p. 338).

Esta idea resulta especialmente pertinente en el panorama jurídico contemporáneo, donde la práctica argumentativa ha ido adquiriendo una relevancia significativa en grado tal que ha propiciado el surgimiento de nuevos enfoques tendientes a la identificación y conceptualización de las prácticas jurídicas en esos términos.

En este sentido, algunos autores se han aventurado a proponer la conceptualización del fenómeno jurídico en términos de “técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho (...) y que conduce a considerar al derecho como Argumentación” (ATIENZA, 2001, p. 252), por un lado, pero también como instancia de legitimación de las decisiones de los órganos públicos, por otro.

En consecuencia, el derecho ya no puede concebirse exclusivamente como un hecho o realidad que cuya legitimidad se explica por referencia simple a una fuente originante (una autoridad), sino que -en línea con la afirmación de Alexy- el nuevo paradigma supone asumirlo como práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, que ya no es jurídica sino moral. En este orden de ideas se advierte que concebir al derecho como argumentación supone adscribirle -o mejor dicho, reconocerle- una innegable dimensión discursiva, y este aspecto proyecta sus implicaciones sobre casi la totalidad de las dimensiones implicadas en las prácticas jurídicas. De este modo, se puede hablar de discurso jurídico constitucional, legislativo, supra-constitucional o de derechos humanos, y también judicial.

Constituye el objetivo de este trabajo examinar las implicaciones que el reconocimiento de una dimensión discursiva del derecho tiene en el ámbito de la praxis judicial, identificando los desafíos con los que se enfrenta el juzgador en las distintas etapas por las que atraviesa el proceso de adjudicación. Como paso previo a este análisis, corresponde identificar tres instancias constitutivas del proceso

adjudicativo, a saber: interpretación, adjudicación en sentido estricto (en adelante ‘adjudicación’), comunicabilidad (retórica y argumentación).

Se advierte así que el proceso de adjudicación se ha complejizado de modo tal que podemos identificar dos dificultades: (i) por un lado, el fenómeno actual de la indeterminación del derecho a causa de la ampliación de sus marcos de referencia, (ii) y correlativamente, la ampliación de márgenes de discrecionalidad judicial en las instancias interpretativas del proceso. A estos dos frentes de problematización cabría agregar un tercero, que surge más bien como una implicancia de los anteriores y es su incidencia directa tanto en la actividad argumentativa judicial como en su ejercicio retórico, provocando una mayor exigencia en orden a dar cuenta de las premisas involucradas en el razonamiento y de su comunicabilidad de modo tal que el proceso en su conjunto pueda resultar inteligible para todos los agentes que intervienen en el mismo.

Identificados estos desafíos, en el presente trabajo me propongo analizar la el concepto de inteligibilidad del derecho propuesto por la profesora de la Universidad de Navarra Pilar Zambrano<sup>1</sup>, con la finalidad de verificar de qué modo este aporte puede arrojar luz sobre las dificultades que afectan la práctica interpretativa y argumentativa en la actualidad, en el discurso jurídico en general y en la labor de los magistrados en particular.

En concreto, procuraré analizar la dimensión discursiva del derecho y de la práctica judicial entendida como actividad argumentativa y materializada en un ejercicio retórico específico cuya pretensión central radica en poder dar cuenta de la vinculación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales con las fuentes jurídicas en contextos de indeterminación normativa. Específicamente argüiré en favor de la noción de inteligibilidad del derecho como presupuesto lógico indispensable tanto de la práctica argumentativa como de la retórica como corolario de aquella, en orden a la justificación de decisiones judiciales. Para ello, procederé a análisis de las causas de indeterminación e implicancias en la praxis adjudicativa, en primer lugar. En segundo lugar me propongo a profundizar en la dimensión discursiva del derecho tanto en producción escrita como oral, para luego explicar la necesidad de que el derecho implicado en esas prácticas pueda ser objeto de intelección.

---

<sup>1</sup> La autora investigada es de nacionalidad argentina, abogada y doctora en derecho. En la actualidad se desempeña en la Universidad de Navarra (España) como profesora titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho. Ha sido investigadora de CONICET. Es autora de *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político* (Buenos Aires, 2005), *La inevitable creación en la interpretación jurídica. Una aproximación a la tesis de la discrecionalidad* (México, 2009), y coautora de *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre valoración de la ética en el derecho* (México, 2012). Cuenta con numerosas publicaciones en Argentina, Colombia, España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y Perú.

## ***2. El problema de la indeterminación del derecho y la praxis adjudicativa. La retórica como corolario de la argumentación.***

La superación del modelo decimonónico propio del formalismo jurídico supuso una ampliación de la actividad judicial en la medida en que implicó un desconfinamiento de la labor del juez y de una práctica consistente en meras operaciones técnicas de subsunción, donde los márgenes interpretativos estaban estrechamente acotados a los términos de la norma positivizada.

La superación de estas limitaciones ha traído aparejadas otras dificultades. En concreto, la primera y más obvia dificultad en el ámbito de la praxis judicial consiste en que los marcos de referencia normativos desde los cuales opera el juez no se restringen a los jurídico-positivos de alcance nacional (reglas y principios) sino que también comprende marcos supranacionales, particularmente en materia de derechos humanos, y estos últimos a su vez remiten a principios normativos extrajurídicos. En otros términos, esta ampliación de los marcos de referencia como consecuencia del pluralismo de fuentes ha generado también un aumento de la discrecionalidad en la tarea interpretativa del juez, discrecionalidad ésta que incluye o puede llegar a incluir instancias de creatividad, lo cual complejiza aún más la praxis argumentativa como instancias justificadoras tanto de la interpretación como del «espacio jurídico» (VIOLA, 2018, p. 25) desde el que se opera.

En este contexto, este desbordamiento de las fuentes sitúa al intérprete frente a la necesidad de optar, no solamente entre significados alternativos de las fuentes sino también entre modos alternativos de sistematizar el conjunto de fuentes. Dada la pretensión de justificación que es inherente al derecho como práctica argumentativa, la ampliación de las instancias de elección conlleva una ampliación de los márgenes interpretativos y valorativos disponibles para el juzgador en el acto adjudicativo. Esta ampliación supone una pérdida de determinación del marco de referencia, ya que la adjudicación deja de ser una operación puramente técnica, incluyendo ahora instancias valorativas que requerirán su respectiva justificación y que, por tanto, amplían al mismo ritmo las exigencias en la actividad argumentativa.

Con referencia a la instancia de interpretación del juez, la autora investigada apunta algunos interrogantes que se suscitan dentro de este panorama:

“a) ¿Es, acaso, un requisito conceptual, necesario, o natural del Derecho la capacidad para controlar la dimensión valorativa del razonamiento interpretativo y aplicativo del Derecho?

b) Si el Derecho debe poder controlar de algún modo la dimensión valorativa de la interpretación, ¿cuál es este modo? ¿Es este control meramente cuantitativo, a modo de límite al tipo de casos en los cuales la valoración puede entrar en el Derecho, o es un control cualitativo acerca de la clase de razones que validan jurídicamente la valoración?

c) Si el Derecho ejerce un control cualitativo sobre la creatividad interpretativa, ¿cuáles son las razones desde las cuales el Derecho controla la creatividad interpretativa?” (ZAMBRANO, 2009, p. 113).

Correlativamente, la dificultad identificada produce un impacto directo en la instancia de la comunicabilidad en su calidad de exigencia inherente a los actos de gobierno, y en consecuencia, ello nos remite a una nueva instancia que tiene lugar dentro de la praxis adjudicativa a saber: la retórica. Ciertamente, la retórica como instancia comunicacional de la argumentación adquiere particular relevancia, en la medida en que asume el rol de transmitir el modo en que se ha desenvuelto el razonamiento judicial, mediante el explicitación de premisas que intervinieron en el mismo, e indicación de marcos de referencia dentro de los cuales se desarrolló el entimema.

## 2. 1. La relevancia de la retórica en la adjudicación.

Conocida es aquella sentencia de Aristóteles que reza que la retórica es «la facultad de considerar en cada caso lo que cabe para persuadir»<sup>2</sup>. Profundizando este concepto, explica Martínez de la Escalera que – en tiempos de Aristóteles- la retórica:

“...se presentaba como un arte de la persuasión, o bien, en cuanto una sistematización de las artes de la palabra. El término clave parecía ser el de verosimilitud opuesta al vocablo epistemológico verdad. Las artes de la palabra mostraron, cuando se dirigía a la lectura de textos o discursos, que al nivel de la argumentación ellos estaban positivamente llenos de retórica antigua. Asimismo, estas mismas artes de la palabra evidenciaban un gobierno que iba mucho más allá del gobierno humano, y que representaba a la vez su hábitat y aquello por lo que en el nombre de poder se combatía” (MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, 2000, p. 37).

En el contexto específico de la praxis judicativa, la dimensión retórica del discurso judicial adquiere particular significación en la medida en que la fuerza justificatoria de una decisión judicial

<sup>2</sup> Aristóteles, *Retórica I*, 2, 1355 b, 25.

depende de la posibilidad de demostrar la pertinencia de las proposiciones y de la comprensión acabada de realidades a las cuales remite la argumentación, incluso en las instancias de creación del derecho. Y en este orden de ideas, esa praxis requiere, además, de una instancia de exteriorización con aptitud para comunicar la forma en se ha desenvuelto el razonamiento judicial. Todo esto se materializa en un ejercicio retórico de transmisión discursiva tanto oral como escrita. Sobre el punto, escribe Sandoval que:

“...la retórica como ciencia es una lógica, pero una lógica de la argumentación. En términos aristotélicos, el argumento es una operación del lenguaje y una de sus formas es el ejemplo, que busca demostrar y defender una tesis. No es, por tanto, un mero recurso del lenguaje para fascinar o seducir, sino una forma de demostración lógica” (SANDOVAL, 2008).

Entendida así, la retórica como instancia de comunicabilidad jurisdiccional, adquiere un peso adicional, ya que no solo deberá estar en condiciones de explicitar las conexiones de tipo formal que han intervenido en el entimema, sino que sobre todo deberá dar cuenta de las valoraciones extra positivas que han intervenido en el razonamiento del juez, y que incluso, pueden haber abierto instancias de creatividad. Esto último justifica el carácter imperioso de la necesidad de que los magistrados adquieran una sólida formación retórica, ya que, como explica Barrientos Pellecer, “la credibilidad y confianza en el Poder Judicial, son los elementos básicos para que el ciudadano común sienta que sus derechos fundamentales estén realmente protegidos y esa debe ser, sin duda, meta prioritaria de la consolidación democrática” (BARRIENTOS PELLECCER, 2001, p. 122). En otras palabras, el discurso jurídico en general y el discurso judicial, deberán estar en condiciones de dar cuenta –vía ejercicio retórico- de la pretensión de corrección sustantiva que caracteriza a la democracia.

## **2. La necesidad de inteligibilidad del discurso jurídico.-**

Ahora bien, si el marco de referencia desde los que se opera el derecho en el proceso de adjudicación es difuso, si sus límites se encuentran desdibujados, si no resulta claro dentro del razonamiento desplegado en el acto adjudicativo la índole de las premisas, o el momento en que éstas han salido del margen jurídico positivo ingresando en otro orden normativo, si falta claridad respecto de si las razones que validan las decisiones judiciales son razones jurídicas o meta-jurídicas (morales o políticas) ¿cómo poder comunicar la motivación de las decisiones judiciales de modo que resulten inteligibles para el destinatario? ¿Qué características debe revestir la retórica (oral o escrita) para poder

cumplir su fin de comunicabilidad de las proposiciones normativas implicadas en el razonamiento jurídico? Intentaremos proporcionar una respuesta a estos desafíos en las líneas que siguen a luz del concepto de inteligibilidad del derecho propuesto por Pilar Zambrano. No obstante, una comprensión acabada de lo que está implicado en el concepto de inteligibilidad requiere la consideración del derecho en su dimensión teleológica y en su dimensión lingüística o discursiva. A continuación, procederé a desarrollar cada una de ellas.

### ***3. 1. Aproximación al objeto de interpretación a través de la dimensión teleológica***

Como punto de partida, Zambrano se propone explicar esta problemática del derecho focalizándose en la estructura intencional del Derecho como discurso y como práctica social. En lo que respecta al tópico de la interpretación, la autora ha investigado y analizado *in extenso* los desafíos cognitivos a los que se enfrentan los jueces en el marco de la labor interpretativa<sup>3</sup>, distinguiendo lo atinente a la identificación de los marcos de los esquemas jurídico-normativos, la plataforma fáctica del caso sometido a juzgamiento, y lo referente a la determinación de la conducta futura que cumple la finalidad resolutoria del conflicto objeto del litigio. A partir de allí, señala en detalle todos los espacios que se abren para la creatividad proponiendo como límite a esta problemática, la consideración de los fines del derecho como práctica social.

Partiendo entonces del carácter teleológico que caracteriza al objeto del razonamiento práctico en general y –por extensión- a las ciencias humano prácticas, y de la diferencia del tipo de operaciones intelectuales que están implicadas tanto en las ciencias naturales como en las ciencias humano-prácticas, Zambrano explica que la ‘operación de comprensión’ propia de estas últimas, supone descubrir conexiones intencionales entre las acciones humanas y los motivos, los propósitos o las

---

<sup>3</sup> Sobre el punto, véase: ZAMBRANO & CIANCIARDO, 2019, pp. 119 y siguientes. En esta sección Zambrano analiza exhaustivamente los distintos momentos que se desenvuelve la interpretación judicial, identificando como primera medida lo designa como ‘problema de la variabilidad’, que no es otra cosa que la dificultad que surge de la aplicación de principios generales y abstractos al inabarcable universo de situaciones concretas. Seguidamente identifica dos operaciones a cargo del intérprete, a saber (i) por un lado, el de la individuación de los hechos del caso y (ii) por otro lado, lo que Zambrano designa como ‘juicio de imperio’, por medio del cual el intérprete se enfrenta al desafío cognitivo de tener que definir el caso sometido de juzgamiento “determinando el modo en que debe actuar un agente (reparar, indemnizar, cumplir una condena, etc.). En esta instancia, Zambrano señala que a pesar de que “el problema de la aproximación exterior a la acción se elimina, el problema de la variabilidad se potencia porque la opción entre uno de los muchos modos de realizar el tipo imperado por el Derecho todavía está abierto”. (p. 125).



razones que las tornan inteligibles (ZAMBRANO, 2009, p. 115), y en esa inteligencia debe desenvolverse en última instancia la actividad interpretativa.

Esta aproximación teleológica determina que una misma acción pueda ser descrita de varios modos diferentes, según cuál sea la práctica social y/o la ciencia desde la cual se la interprete.

Sobre este punto, escribe Zambrano:

“Si el intérprete se propone determinar cuál es el significado lingüístico de un enunciado, se tratará de una interpretación lingüística; si se propone determinar cuál es su relación con una práctica política, se tratará de una interpretación política; si se propone determinar cuál es su relación con el Derecho, será jurídica. Pero el lenguaje, la política y el Derecho son prácticas sociales que, como todo obrar humano, sólo resultan comprensibles a la luz de sus fines propios” (ZAMBRANO, 2009, 115).

En otro de sus trabajos, a propósito del primero de los desafíos antes apuntados, señala que:

“...una acción humana singular puede ser concebida como una instanciación (realización) de diferentes tipos de acciones desde una perspectiva externa, dependiendo de cuál sea la práctica social desde la cual se interpreta la acción y, particularmente, de cómo se conciben los fines y propósitos de la práctica social dentro de la cual se inserta la interpretación” (ZAMBRANO & CIANCIARDO, 2019, p. 123).

Con lo cual, en última instancia, el intérprete siempre encontrará límite a su discrecionalidad en el margen que le proporciona «la comprensión teleológica de la práctica social y/o del sistema normativo dentro del cual la acción es interpretada» (Zambrano & Cianciardo, 2019, p 123). De modo que el primer paso para hallar un horizonte que fije un límite al activismo judicial está constituido por la indagación de los fines de las normas aplicables. En este orden de ideas, el intérprete no puede ir más allá del fin que da razón de la norma, y que la torna sino razonable, al menos racional.

Este encuadre teleológico-sistemático de interpretación jurídica además requiere el análisis tanto del derecho y como de la praxis jurídica en términos de praxis discursiva, a partir de las consideración de las proposiciones jurídicas como ‘actos del habla’ (ZAMBRANO, 2009, p. 116)<sup>4</sup>. En relación a este punto, Zambrano arguye que “si la proposición jurídica se toma como un caso de acto

<sup>4</sup> En este punto, Zambrano retoma la distinción de Austin y Searl, explicando que el lenguaje hablado o escrito supone el despliegue de tres niveles intencionales. En primer término, la intención fonética de producir los sonidos o los grafismos que en un determinado lenguaje se asocian a un significado. En segundo lugar, la intención propiamente lingüística de significar y referir, esto es, la intención de que los sonidos y grafismos producidos se tomen como signos de aquello que se quiere significar y referir. Finalmente, la intención ilocucionaria de hacer algo con lo que se dice: mandar, prometer, advertir, describir, entre otras posibles intenciones ilocucionarias o pragmáticas (Cfr. AUSTIN, 1981, p. 138 ss.; y SEARL, 1969, pp. 23 y ss.9) (Zambrano, 2009, p. 116).

de habla, el éxito de su interpretación dependerá de cuánto se acerque el intérprete, a través del enunciado jurídico, a la intención pragmática del autor de la norma” (ZAMBRANO, 2009, p. 116).

Esta última referencia nos conduce a la siguiente dimensión que está implicada en la actividad hermenéutica judicial, a saber: la dimensión discursiva, al respecto de la cual, Zambrano realiza un análisis exhaustivo y formula una propuesta en orden a la superación de desafíos cognitivos que surgen de aquella.

### ***3. 2. Aproximación al objeto de la interpretación a través de la dimensión discursiva.***

En este punto es donde la autora investigada realiza un aporte realmente novedoso a la problemática de la creatividad en la instancia interpretativa de la adjudicación.

No se trata solo de reconocer la dimensión lingüística del derecho, sino que en relación con este punto, la autora investigada identifica y apunta otra serie de factores que contribuyen a complejizar aún más esta práctica, a saber: (i) por un lado, el contexto en el que se desenvuelve la interpretación, y (ii) por otro lado las teorías semánticas que están implicadas en la construcción del discurso jurídico.

Respecto del primero de estos factores, explica Zambrano que la característica definitoria del neo-constitucionalismo es que no queda controversia que no se plantee en términos de derechos fundamentales, con una marcada indiferencia hacia las reglas de uso del lenguaje iusfundamental<sup>5</sup> (ZAMBRANO, 2014, p. 425).

En concreto, los desafíos referidos por la profesora de Navarra, acaecidos como consecuencia del fenómeno del neo-constitucionalismo pueden resumirse en los siguientes: (i) Por un lado, el pluralismo ético socava toda posibilidad de lectura común del lenguaje jurídico en general, pero particularmente de los principios jurídicos como última directriz orientadora de la interpretación.

En este sentido, señala Zambrano que:

“...la ausencia de una plataforma moral común para interpretar los principios fundamentales, ha transformado a nuestras prácticas jurídicas en una suerte de torre de babel, donde todos usamos las mismas palabras y declaraciones para hacer valer nuestras pretensiones, pero lo hacemos con sentidos diferentes y a veces contradictorios” (ZAMBRANO, 2014, p. 427).

(ii) En estrecha relación con este fenómeno, el lenguaje propio de los principios jurídicos se ha tornado, por esta misma razón, en altamente manipulable, y por tanto, genera una nebulosa que permite

<sup>5</sup> También puede consultarse: ZAMBRANO, 2015.

que permeen en la praxis interpretativa elementos intencionales del agente que son externos tanto al objeto interpretado –norma o plexo normativo aplicable- como a los fines que informan al derecho.

A su turno, la autora hace referencia a la necesidad de colocar la atención en el impacto que tiene en el uso del lenguaje aquel fenómeno de fragmentación moral, lo cual expone al lenguaje jurídico, y específicamente al lenguaje de los derechos humanos como instancia última de justificación en las practicas interpretativas y argumentativas al riesgo de devenir en “un bonito disfraz para la imposición de unas pretensiones sobre otras sin más fundamento que la fuerza” (ZAMBRANO, 2014, p. 427). La consecuencia inexorable de este panorama se traduce en la pérdida de inteligibilidad del contenido de proposiciones jurídicas –sean normas o principios- respecto de los cuales el intérprete siempre hará una lectura particular y atravesada por las propias convicciones, lo que a su turno redunda también en la imposibilidad de justificar y comunicar con objetividad cualquier acto que suponga adjudicación concreta de ese contenido.

En este contexto, el dilema con el que se enfrenta la praxis jurídica en general consiste en identificar en el nivel del lenguaje iusfundamental aquello que necesariamente debe estar implicado en el concepto en cuestión, para que efectivamente sea viable su apelación en las demás dimensiones involucradas en estas prácticas, y ello exige la posibilidad de identificar y el reconocer de un núcleo duro sustancial sobre el que debiera asentarse tanto la práctica legislativa como la adjudicativa.

Para la concreción de este objetivo, Zambrano propone una doble estrategia: (i) Por un lado, recurrir a una “teoría semántica que dé cuenta del vínculo objetivo —no discrecional— de significación o representación entre los enunciados de derechos fundamentales y los requerimientos de justicia que estos enunciados expresan” (ZAMBRANO, 2014, p. 427), (ii) En segundo lugar, la identificación de un horizonte de justicia objetiva que garantice que la realidad expresada o significada en los enunciados iusfundamentales es intrínsecamente razonable (ZAMBRANO, 2014, p. 428).

En la confluencia de ambas estrategias se perfila la noción de inteligibilidad del derecho. Seguidamente argumenta sobre la importancia de recurrir a estos extremos en orden a evitar que el descarrilamiento de la actividad interpretativa:

Una y otra condición enmarca la interpretación jurídica entre un piso de posibilidades interpretativas dado por las normas que rigen la formación y el uso del lenguaje jurídico, y un techo de posibilidades interpretativas dado por las exigencias básicas de justicia a las que apunta todo lenguaje jurídico. Es el marco que permite distinguir la creación pura, sin espacio para el reconocimiento del

objeto, del espacio legítimo e inevitable de creatividad en la interpretación (ZAMBRANO, 2014, p. 428).

De ahí la necesidad de buscar en el ámbito de las teorías lingüísticas, aquella que se encuentre en condiciones de dar cuenta de lo que está referenciado en los enunciados jurídicos de derecho fundamental, cuya inteligibilidad resulte evidente a fin de operar como límite a la discrecionalidad propia de la práctica adjudicativa.

### 3. *3. El problema de las teorías semánticas convencionales y la tautología o regreso al infinito.*

La autora advierte también la inviabilidad de este objetivo si la problemática se aborda desde las teorías semánticas convencionales, en las cuales “el significado de los tipos de acción es una construcción social que precede a su referencia y que por lo mismo, no representa ni expresa un orden dado, sino más bien construye e imprime un orden en los «hechos brutos»” (ZAMBRANO & CIANCIARDO, 2019, pp. 126-127), en donde la vinculación entre el significante y el significado se produce como consecuencia de un acuerdo entre agentes constructores del discurso. Este es el caso de la propuesta kelseninana en la que –como explica Zambrano– “un hecho social se transforma en hecho jurídico cuando una norma lo identifica, lo regula y le trasfiere significación jurídica” (ZAMBRANO & CIANCIARDO, 2019, p. 126), que es lo que en última instancia ocurre en la elaboración de esquemas de tipificación jurídica.

En estos procesos, los problemas de interpretación se resuelven atendiendo a un número limitado de opciones disponibles provistos generalmente por la ciencia jurídica, todos ellos de carácter abstracto, y carentes de conexión cognitiva con algún otro orden normativo de la conducta humana. En este caso, la posible coincidencia entre sistemas positivos y prácticas sociales resulta meramente aleatoria, generando el riesgo de tornarse ininteligibles o desprovistas de sentido para el intérprete, para el destinatario o cualesquiera agentes que intervengan en el proceso. En el caso puntual de la interpretación, la falta referencia a realidades concretas en la construcción de categorías jurídicas se traduce en una ampliación de los niveles de discrecionalidad, que –como apunta Zambrano–

“...envuelve concretamente tres elecciones: la elección de cuál de los muchos significados abstractos identificados en el plano dogmático se hará valer en el caso, la elección de subsumir o no los hechos en el significado abstracto de la norma, y la decisión de cómo materializar la acción típica que se pretende imperar” (ZAMBRANO & CIANCIARDO, 2019, p. 128).

De este modo Zambrano demuestra que finalmente Kelsen termina reconociendo que el acto adjudicativo es también un acto de construcción del derecho, en el cual se combinan operaciones de encuadre entre los modelos abstractos que las normas jurídicas colocan a disposición del intérprete con operaciones de elección discrecional entre aquellos modelos. Se advierte, por lo tanto, que la propuesta kelseniana, pese a su rigidez, está lejos de brindar un horizonte que permita delimitar las instancias de creatividad judicial. Esta dificultad es resuelta por Zambrano, recurriendo a la ya referida consideración de la dimensión teleológicamente del derecho, en la que- siguiendo a Dworkin- la autora señala que en el marco del acto adjudicativo, “las elecciones interpretativas se resuelven acudiendo al *telos* general del Derecho, y al modo en que las instituciones históricas concretas, las normas jurídicas concretas y las acciones singulares realizan este *telos* singular” (ZAMBRANO Y CIANCIARDO, 2019, p. 140), esto es, a los fines, bienes y valores dentro de los cuales se inscribe esa práctica jurídica y judicativa particular.

No obstante, para que el acervo teleológico de una práctica social concreta como el derecho resulte inteligible, requerirá –de acuerdo a la propuesta dworkiniana- una correlativa instancia de justificación<sup>6</sup>.

Queda, no obstante, sin resolver, una ulterior dificultad consistente en la determinación de un criterio que gobierne las operaciones de elección entre fórmulas abstractas proporcionadas por los esquemas normativos, en las que la identificación del horizonte teleológico como límite a creatividad interpretativa resulta aún insuficiente. Ciertamente, el acto interpretativo involucra varios niveles en los que la norma o acto a interpretar remite o puede remitir a otras normas –primarias o secundarias- que a su turno pueden requerir interpretación, y estas últimas remitir a otras produciéndose de este modo un proceso de retorno interminable.

Si a este cúmulo de dificultades se le agrega la aproximación a la naturaleza lingüística y discursiva del derecho desde una perspectiva semántica convencional, en la cual se atribuye prioridad a la construcción previa del significado por sobre la realidad a la cual se aplica, resulta más fácil que los mismos enunciados o proposiciones jurídico-positivas sean susceptibles de diversas interpretaciones, incluso aún de interpretaciones contradictorias. En este sentido, arguye Zambrano:

---

<sup>6</sup> En este nivel del análisis, Zambrano parte de la tesis de Dworkin de la interconexión entre interpretación y justificación. Sobre el tema, véase: DWORKIN, 2006, p. 171.

Si cada intérprete comprende las normas desde una concepción diferente acerca del sentido global de la práctica, habría tantas prácticas como intérpretes. Está claro, sin embargo, que lo que transforma cualquier práctica humana en una práctica “social” es el hecho que sus partícipes o interpretes orienten su acción singular a objetivos, bienes y valores comunes (ZAMBRANO, 2019, p. 133).

Del panorama sucintamente descripto surge a las claras la necesidad de identificar en el nivel discursivo una teoría semántica que esté en condiciones de superar las dificultades que traen aparejadas las teorías convencionales y que tenga la potencialidad de dar cuenta de aquellos objetivos, valores y bienes susceptibles de ser aprehendidos como comunes. A partir de allí se podrá vislumbrar algún horizonte que permita no sólo delimitar la creatividad en la interpretación, sino dotar al lenguaje implicado en las prácticas jurídicas de inteligibilidad y comunicabilidad.

#### ***4. Una teoría semántica realista como instancia de superación de las complejidades derivadas de la semántica convencional en la construcción del discurso jurídico.***

Las dificultades expuestas en los apartados precedentes revelan la inconveniencia práctica del uso de teorías semánticas convencionales en la construcción del discurso jurídico. En efecto, si los significados de los conceptos jurídicos se construyen en abstracto, sin referencias rígidas a realidades concretas compartidas por la totalidad de los integrantes de la comunidad partícipe de esas prácticas, resulta más factible que tanto el discurso como las prácticas se interpreten de modo parcial, resultando inteligibles solo para quienes comparten su sentido, pero deviniendo en arbitrarias para quienes no lo comparten. Por la misma razón, tampoco resulta posible superar los problemas de circularidad en la interpretación desde una perspectiva semántica convencional, ya que cada acto de encuadre de hechos en modelos abstractos provistos por los esquemas normativos puede ser susceptible de tantas lecturas como sujetos intervengan en el proceso.

Por esta razón, Zambrano entiende que solo en una teoría semántica realista “la inteligibilidad brota de las cosas a las cuales se refiere el lenguaje” (ZAMBRANO, 2019, p. 143). En concreto, la autora propone el enfoque de los filósofos del lenguaje Saul Kripke y Hilary Putnam<sup>7</sup> (ZAMBRANO,

---

<sup>7</sup> Ambos autores en el ámbito de la filosofía del lenguaje y constituyen los principales representantes de la llamada “Teoría causal de la referencia”, surgida en la década de los setenta cuestionando la teoría del significado heredada de la tradición analítica. Explican Conesa y Nubiola que tanto Kripke como Putnam propusieron una concepción más rica de las hasta entonces llamadas Teorías de la Referencia. “Para Kripke- continúa Nubiola- los nombres son

2014, p. 428), quienes sostuvieron que no cabe atribuir a los conceptos en el lenguaje el carácter de meras construcciones sociales, y que por tanto, a la hora de formar un concepto corresponde asignar prioridad a la referencia por sobre el significado, siendo la referencia aquella realidad a la que pretende aplicarse el concepto, y este último la idea general comprendida en el concepto. Y para ilustrar esta idea recurre al ejemplo del concepto de oro: que se define como material amarillo que brilla y que tiene determinada composición química.

Seguidamente, la profesora de Navarra traslada esta idea al ámbito de la teoría del conocimiento explicando que esta asignación de prioridad de la referencia sobre el significado le sigue una correlativa asignación de prioridad de la aprehensión sobre el juicio, siendo la primera la operación intelectual por la cual se abstrae e identifica las cualidades de las realidades a incluir en el concepto, y el juicio, la operación intelectual por la que definitivamente se incorpora una realidad identificada en la primera operación a un concepto (ZAMBRANO, 2014, p. 429). Esta propuesta supone invertir los términos y operaciones que se encuentran implicados en las teorías semánticas de corte convencional, en las cuales:

“...el significado antecede a la referencia, y (o porque) los juicios anteceden a la aprehensión del concepto. En estas teorías, no existe nada necesariamente compartido entre los entes a los que se aplica un concepto, salvo el hecho fortuito de que fueron agrupados o clasificados en una misma clase, mediante juicios análogos dentro de una determinada comunidad lingüística” (ZAMBRANO, 2014, p. 430).

En este orden de ideas, la prevalencia de los usos lingüísticos en la formación de conceptos, por sobre las realidades a las que se aplican tales conceptos termina por tornar ‘ininteligible la referencia’, esto es, la realidad designada con el concepto.

Dicho de otro modo, la inteligibilidad debe entenderse en términos de posibilidad de comprensión de la referencia significada en los conceptos. En este punto uno de los desafíos más relevantes señalados por Zambrano “es, explicar cómo es posible adquirir el significado de un concepto y desarrollar la habilidad para aplicarlo correctamente en el juicio, sin que las diferencias interpretativas

---

«designadores rígidos», esto es, recursos deícticos que tienen la misma referencia en todos los mundos posibles. Los nombres propios no tendrían propiamente sentido sino referencia (contra Frege) y no equivaldrían a descripciones (contra Russell) (...) La idea central es que *un nombre propio designa a un individuo, no lo describe*. El nombre selecciona la persona o el objeto mismo sin tener en cuenta las propiedades que esa persona podría haber tenido (...) Putnam propone una tesis similar respecto a nombres comunes que se refieren a «géneros naturales» como «tigre» u «oro». Estos términos funcionan igualmente como *designadores rígidos* seleccionando objetos particulares sin tener en cuenta las propiedades que usamos para identificarlos y de este modo no tienen –como los nombres propios ordinarios– un sentido que sea como la suma de sus propiedades descriptivas sino solo referencia” (CONESA Y NUBIOLA, 2002, p. 137 y 138). Para profundizar sobre la Teoría causal de la referencia, véase: KRIPKE, 1980; PUTNAM, 1975; NUBIOLA, 1991, PUTNAM, 1973.



entre los miembros de una comunidad lingüística marquen una ruptura conceptual” (ZAMBRANO, 2014, p. 434).

En el caso particular de las prácticas jurídicas, y concretamente en el caso de la interpretación y argumentación, la actividad se complejiza aún más si se adopta una teoría semántica de tipo convencional en la medida en que la misma puede repercutir en la inteligibilidad y sobre todo en la comunicabilidad del lenguaje jurídico, puesto que los significados construidos convencionalmente solo tienen una validez acotada a la comunidad que ha participado en el acuerdo, y por tanto, pueden resultar extraños a un intérprete ajeno al mismo. Por lo que -finalmente- el efecto de asumir teoría semántica convencional acaba de forma ineludible confundiendo la creatividad interpretativa con la discrecionalidad (ZAMBRANO, 2014, p. 436).

Y si la referencia resulta ininteligible la comunicabilidad se ve directamente afectada. En el caso concreto del acto adjudicativo, esta dificultad implica colocar un manto de sospecha sobre la imparcialidad y juridicidad de la decisión y del acto imperado en el mismo. Cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el impacto que la ininteligibilidad de la referencia tiene en el nivel de la comunicabilidad? Y en aquellos actos adjudicativos que deben comunicarse no solo por medio del discurso escrito, sino también en la oralidad ¿qué queda del acto retórico, esto es, del acto concreto de comunicación de una decisión en la que no se puede dar cuenta de su vinculación con el orden jurídico dentro del cual se inscribe?

La respuesta es evidente: el abordaje del discurso jurídico desde una semántica constructivista convencional genera imposibilidad de comunicar los resultados del razonamiento judicial interpretativo, las premisas normativas y factuales que el adjudicador ha tenido presente en la construcción de su entimema, la forma en la que se conectan o encajan éstas para arribar a la solución del caso concreto. En este contexto, la retórica como canal comunicacional del razonamiento del juez queda expuesta a devenir en vacua y desprovista de significado para el destinatario, porque ha perdido virtualidad de dar cuenta de una referencia común a todos los partícipes del proceso, se convierte en un elemento meramente decorativo, porque ha dejado de ser «el eje y puntual lógico-estructural de todo discurso argumentativo, máxime de uno que pretende hacer una defensa o la exposición de un principio» (AAVV, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2010, p. 5).

En última instancia, queda expuesta a convertirse en vehículo para disfrazar y encubrir, mediante el manejo discursivo del material jurídico, lecturas partidarias y subjetivas de quien tiene a su cargo la ejecución del acto de adjudicación.



En consecuencia, resulta imperioso la búsqueda de la referencia que no es otra cosa que la realidad significada con el concepto, o bien, el «origen del significado estático e independiente de los conceptos» (Zambrano, 2019, p. 143). De modo que el paso que sigue consiste en buscar algún modo de identificar ese origen.

### ***5. El referente rígido como punto de partida del razonamiento jurídico***

Resta entonces abocarse a la búsqueda de alguna herramienta o criterio que, en el nivel del discurso, nos permita resolver los problemas a los que se enfrenta la praxis adjudicativa, fundamentalmente en las instancias de la interpretación judicial y su comunicación. En otras palabras, el desafío consiste en procurar recomponer la inteligibilidad del discurso jurídico en general. Sobre este punto, resulta pertinente el aporte de Jonathan Crowe en orden a elucidar el concepto de inteligibilidad. Al respecto, Crowe se pregunta:

¿“Qué significa que algo sea inteligible o ininteligible?”, y responde: “Una declaración o acción se vuelve inteligible por un contexto que nos permite atribuir sentido de la intención o propósito detrás de ella. Debemos compartir lo suficiente del contexto interpretativo del agente para que podamos comprender (o al menos conjeturar) porqué actúa como lo hace” (CROWE, 2019, p. 36).

Con referencia al fenómeno jurídico, lo que confiere inteligibilidad tanto a su discurso como a sus prácticas inherentes es, pues, la inteligibilidad de los fines y bienes que sustentan y otorgan sentido a esas prácticas, y que, por su especial naturaleza y objeto, son siempre de carácter general. En esta lógica, la pregunta que sigue es ¿qué se requiere para que el discurso jurídico resulte inteligible para todos los agentes involucrados en sus prácticas?

Sobre este punto, Zambrano afirma que solo a través de una teoría semántica realista es posible arribar a un núcleo inteligible por sí mismo, que constituye el límite a la creatividad interpretativa en el ámbito del lenguaje jurídico que denomina como «referente rígido» o no convencional. En ámbito de los principios de derecho fundamental, -que constituyen las últimas instancias que intervienen en el razonamiento judicial y en cuyo nivel, hay mayor propensión a la creatividad- la inteligibilidad se manifiesta en la posibilidad de identificar “la realidad a la que se refieren los principios fundamentales [la cual] debe ser inteligible para la razón aplicada al obrar, esto es, la razón práctica” (ZAMBRANO, 2014, p. 438). Y en ese orden de ideas la autora explica que:

“La referencia rígida de los enunciados de derechos fundamental son proposiciones prácticas intrínsecamente inteligibles —y por lo mismo rígidas o no convencionales— que: a) señalan los fines o bienes humanos básicos que todo Derecho se propone garantizar; b) proscriben tipos de acción que frustran de modo necesario la realización de estos fines; c) garantizan un ámbito de libertad para actualizar tipos de acción esencialmente vinculados con la realización de los fines humanos básicos” (ZAMBRANO, 2014, p. 438).

En línea con esta idea, el profesor emérito de la Universidad de Oxford, John Finnis, enfatizaba que

“...las acciones humanas, prácticas y disposiciones y el discurso parcialmente constitutivo de tales prácticas [...] no pueden entenderse sin entender su fin, su objetivo, su relevancia o su importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc.” (FINNIS, 2003, pp. 118).

Así entendida, la inteligibilidad es un concepto que supone la identificación de bienes que están implicados en cada formulación jurídica, y que constituye la premisa originaria a partir de la cual se desenvuelve todo razonamiento jurídico, y el razonamiento judicial como corolario de aquel.

En consecuencia, el derecho deja de ser inteligible ahí donde se desdibuja el referente rígido, deviniendo también en ininteligibles los actos de interpretación y adjudicación en los que se emplean categorías conceptuales que forman parte del discurso jurídico. Debe ser precisamente en ese nivel, donde la creatividad propia de la praxis interpretativa encuentra su límite.

Esta exigencia, según Zambrano, se funda en dos razones de orden lógico, a saber:

“...en primer lugar, está la necesidad de superar la circularidad tautológica y el regreso al infinito de las propuestas interpretativas que asumen una teoría semántica convencional. en segundo lugar, la semántica realista es también una exigencia de lógica performativa. si el derecho se propone resolver conflictos utilizando normas comunes como criterio de valoración y decisión, entonces asume que existe conexión objetiva entre normas, valoración de la conducta y la decisión o el imperio judicial. no se puede aspirar a lo primero y rechazar al mismo tiempo lo segundo” (ZAMBRANO, 2019, p.146).

En otras palabras, el concepto de inteligibilidad propuesto por la autora investigada permite un re direccionamiento de la praxis interpretativa en la medida en que, cuando los marcos de referencia dentro de los cuales debe operar el intérprete se amplían generando indeterminación, la intelección del horizonte teleológico del derecho posibilita la recuperación del margen dentro del cual debe desenvolverse aquella actividad. Correlativamente la actividad de interpretar se justifica en la argumentación, lo que equivale a reconocer una innegable dimensión discursiva a la praxis

interpretativa, de modo que la actividad argumentativa, debe estar en condiciones de dar cuenta de los fines y bienes que constituyen el punto de convergencia de ambas operaciones.

Pero el proceso no finaliza allí, sino que necesariamente incluye una instancia de comunicación de los resultados del juicio de interpretación, para lo cual se requiere que las variables, proposiciones y enunciados que han intervenido en el razonamiento implicado en el acto adjudicativo sean susceptibles de ser transmitidos y recibidos por los restantes partícipes de la práctica en cuestión.

En esta inteligencia la justificación –vía suministro de argumentos destinados a dar cuenta de dichos enunciados- asume la forma de retórica, cuya especificidad propia radica en la misma naturaleza del discurso jurídico implicado en la adjudicación, como materialización de un acto autoritativo, que como tal, requiere que el logro de la persuasión de los distintos interlocutores que intervienen en la práctica, sin que ello implique incurrir en lo que Aristóteles criticaba por apartarse del entimema.

Dicho de otro modo, en el campo de la retórica, se requiere que las razones que ha suministrado quien interpretó y adjudicó derecho, sean aceptadas tanto por su fuente como por su contenido.

## 6. Retórica e inteligibilidad

Retomando la idea alexyana invocada al comienzo de este trabajo, una de las notas que atraviesa la idea de democracia es que los actos de la autoridad estén justificados formal y sustancialmente. Este principio se aplica a la adjudicación como aquella dimensión dentro de las prácticas jurídicas encargada de la *iuris dictio* (decir el derecho). En este orden de ideas, la *adjudicatio* se identifica con un proceso que ya no se limita a meras operaciones de subsunción sino que consta de los siguientes niveles: (i) la interpretación, encaje, justificación (argumentación) y comunicación (retórica).

Estos dos últimos niveles se vinculan uno con el otro en una relación de tipo instrumental, ya que la argumentación se puede abordar desde una perspectiva lógica como un tipo de razonamiento o desde una perspectiva retórica, como conjunto de estrategias que organizan el discurso persuasivo (AAVV, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, 2010, p. 264). El componente persuasivo es lo que define la organización discursiva propia de la retórica.

En el ámbito de la praxis judicial, la relevancia de la retórica se justifica en la medida en que constituye el medio a través del cual se transmiten los contenidos jurídico- normativos positivizados. En otras palabras, es la retórica la encargada de comunicar o transmitir –vía escritura u oralidad- las premisas o enunciados que han intervenido en el razonamiento judicial. Es la retórica el mecanismo



que garantiza la posibilidad de dar cuenta de los contenidos normativos y axiológicos configurativos de la pretensión de corrección sustantiva que caracteriza a los actos de los poderes públicos propios de los regímenes democráticos. No obstante, la argumentación jurídica en este punto no constituye un tipo de argumentación de índole científico, el que se caracteriza -en palabras de Fernández Ruiz-

“...no solo por la estructura impecablemente deductiva, sino también por la materia, la cual tiene por contenido los principios propios (o contenidos que directamente deriven de esos principios) del objeto sobre el cual versa la argumentación, es decir, de las características esenciales de tal objeto, las que lo definen y lo hacen ser lo que es: sus causas” (FERNÁNDEZ RUIZ, 2017, p. 10).

Por el contrario, la argumentación jurídica es un tipo de argumentación que integra aquel tipo que Aristóteles calificaba y clasificaba como ‘inventiva’, dentro de la que están comprendidas la retórica y la dialéctica. Con relación a estos subtipos de argumentación, el Estagirita explica en *La Retórica* que ninguna de las dos (retórica y dialéctica) es ciencia de cómo es nada definido, sino como meras facultades de suministrar razones<sup>8</sup>. Dicho de otro modo, es un tipo de argumentación que carece de carácter científico y siguiendo su propia dinámica, los argumentos que la integran –a diferencia de la argumentación científica- derivan de principios comunes y no de principios propios.

Si al análisis de las características del tipo de argumentación envuelta en la actividad judicativa le agregamos, la ampliación de marcos de referencia jurídico-normativos dentro de los cuales se opera en el nivel de la interpretación, el resultado que se obtiene es que la retórica queda expuesta al riesgo de devenir en un conjunto de sofismas que tiendan a encubrir elementos personales y subjetivos que pueden haber intervenido en el razonamiento del adjudicador, y en ese orden de ideas, puede resultar incomunicable por arbitrario. En línea con esta idea, ha señalado acertadamente Rodolfo Vigo a propósito del ejercicio retórico propio del adjudicador que “no se trata solo de corrección sino de persuasión, dado que el discurso tiene por finalidad lograr que triunfe racionalmente una propuesta, y para ese propósito resulta conveniente que se recurra a la vieja ciencia y arte que tiene por objeto la persuasión, o sea, a la retórica (VIGO, 2012, p. 11).

De este modo se advierte que es *conditio sine qua* non para que la viabilidad del ejercicio retórico como canal comunicacional del derecho en las prácticas judiciales, la posibilidad de intelección tanto de los fines de las premisas normativas invocadas, como de las realidades a las que se refieren dichas premisas.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, *La Retórica I*, 2, 1356<sup>a</sup>.

## CONCLUSIÓN. -

Los extremos analizados y expuestos en el presente trabajo nos han permitido identificar con cierta precisión algunos de los desafíos que se ciernen sobre las prácticas jurídicas actuales, ya que si bien no se ignoran las ventajas de haber superado la rigidez impuesta por el modelo decimonónico, no es menos cierto que el derecho como sistema de normas que regulan y coordinan la acción común social, se encuentra expuesto a un proceso de licuación que impacta en todas las dimensiones factuales de las prácticas jurídicas.

El presente trabajo ha intentado focalizarse en algunas de las implicaciones que este fenómeno tiene en el ámbito de la praxis adjudicativa, colocando especial atención en los niveles inmediatamente posteriores a las instancias interpretativas del acto de adjudicación, a saber: la motivación –o argumentación- y la comunicabilidad o discurso retórico de exteriorización del acto. En particular, se ha advertido sobre los riesgos de asumir el ejercicio de la práctica judicial que exceda los márgenes de discrecionalidad que le confiere el sistema y aceptar sin más que la misma incluya momentos de creación de derecho.

Frente a este panorama, entendemos que la propuesta de la profesora de Navarra, Pilar Zambrano, ofrece no solo un diagnóstico certero de las dificultades más relevantes que atraviesa actualmente la función judicial, sino que también proporciona un conjunto de elementos por medio de los cuales se puede vislumbrar algún límite a la creatividad judicial en el marco de las instancias de interpretación del material jurídico, permitiendo así devolverle inteligibilidad al acto adjudicativo. En concreto, la inteligibilidad se recupera no solo atendiendo a los fines comunes que inspiran la creación de normas jurídicas, sino también y fundamentalmente, prestando atención a la dimensión lingüística del fenómeno jurídico.

En relación a este último punto, concluimos que Zambrano realiza un aporte sumamente valioso en orden a la resolución de varios de los desafíos apuntados, puesto que propone una revisión de las teorías lingüísticas respecto de las cuales se construyen los significados de las categorías que conforman el discurso jurídico, demostrando de modo contundente la insuficiencia de las teorías semánticas convencionales para superar los problemas que surgen en el nivel de la interpretación y para limitar las instancias de creatividad judicial. En este sentido, la autora investigada proporciona un criterio fundado en las teorías semánticas realistas que asignan prioridad a la referencia por sobre el significado,

trasladando esta idea a la necesidad de asignar prioridad de la aprehensión por sobre el juicio en el proceso de intelección de los significados de categorías jurídicas en juego en el acto interpretativo.

Entendemos que esta idea constituye un ‘giro copernicano’ en la medida en que provee tanto al intérprete como a los distintos agentes que intervienen en las prácticas jurídicas, de un horizonte rígido a partir del que se identifica su punto de partida y en el cual deben converger esas prácticas. El reconocimiento de este horizonte contribuye asimismo a reencauzar la praxis judicial dentro de los esquemas de razonabilidad provistos por el orden jurídico, y configura un límite a la creación judicial. Finalmente, consideramos que este aporte hace viable también la comunicabilidad del proceso, en la medida en que las referencias rígidas resultan inteligibles tanto para el intérprete como para el destinatario del acto adjudicativo, cargando de sentido el discurso retórico propio del acto comunicacional. Así, el concepto de inteligibilidad y su incidencia operativa en esa dimensión está en condiciones de dar cuenta y de justificar razonablemente la pretensión de corrección sustantiva implícita vinculada a los actos de autoridad.

La autora investigada ha continuado profundizando el concepto de inteligibilidad del derecho en trabajos posteriores, demostrando su capacidad de proyección sobre las fuentes del derecho<sup>9</sup>, argumentando sobre la necesaria —o lógica— conexión sobre del orden jurídico con otros órdenes normativos previos, de tipo axiológico o antropológico, lo que por su relevancia y extensión excede ampliamente, los márgenes disponibles en el presente trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “The Ideal Dimension of Law”, Ed. by George Duke and Robert P. George, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 314-339.

Aristóteles, *Retórica I*, 2, 1355 b, 25.

ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Ed. Ariel, 2001, España.

ATIENZA, Manuel. (2014), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2014, Madrid.

AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, (trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi), 1981, Barcelona, Paidós.

---

<sup>9</sup> Para ampliar sobre la inteligibilidad del derecho puede consultarse: ZAMBRANO, 2020.

AAVV, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función judicial*, (6ta edición), 2010, México D. F.

BARRIENTOS PELLECCER, César, *Poder Judicial y Estado de derecho*, 2001, F&G, Guatemala.

CROWE, Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*, Cambridge University Press, 2019, United Kingdom.

CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime, *Filosofía del lenguaje*. Segunda Edición. Ed. Herder. 2002. España.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986 Cambridge Mass.

DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge Mass, 2006, Harvard University Press.

FERNANDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Instituto de investigaciones jurídicas, 2017, UNAM, México.

FINNIS, John, "Law and what i truly should decide?", en *American Journal of Jurisprudence*, 2003, pp. 107-129, <https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.107>.

MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, Ana María (2000), *La retórica o el privilegio de la palabra* (consideraciones sobre filosofía y retórica), 2000, UNAM, México.

SANDOVAL, Edgar, "Retórica y semiótica. El conocimiento como argumento". *Conceptos y objetos de la retórica de hoy*", *Bitácora de la Retórica* 23, 2008, UNAM, México.

SEARL, John R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969, Cambridge.

VIGO, Rodolfo Luis, *Cómo argumentar jurídicamente*, Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires.

VIOLA, Francesco, "Il futuro del diritto", en *Persona y Derecho*, 2018, 79-2, pp. 9-36.

ZAMBRANO, Pilar, "El derecho como práctica y como discurso". La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", En *Dikaion*, 2009, Año 23 - Núm. 18, pp. 109-133.

ZAMBANO, Pilar, "Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción", en *Dikaion* 2014, Año 28 - Vol. 23 Núm. 2, pp. 423-455.

ZAMBRANO, Pilar, Fundamental principles, Realist Semantics and Human Action, en *Rechtsheorie* 46, 2015, Duncker & Humblot, pp. 323-345.



ZAMBRANO, Pilar & CIANCIARDO, Juan, *La inteligibilidad del derecho*, 2019, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Marcial Pons.

ZAMBRANO, Pilar, “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, en *Doxa. Cuadernos sobre Filosofía del derecho*, N° 42, 2019, pp. 36-61.

**Sobre a autora:**

**Eliana de Rosa**

Abogada, Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas, Doctora en derecho por la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza-Argentina. Profesora titular de la cátedra de Introducción al derecho, Universidad Juan Agustín Maza, Profesora titular de la cátedra de Filosofía Jurídica, Universidad de Congreso, Profesora Asociada de Deontología Jurídica, Universidad de Congreso, Profesora de Filosofía Jurídica, Universidad de Mendoza, Mendoza-Argentina.

Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Universidad Juan Agustín Maza Universidad de Mendoza Universidad de Congreso

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0675-2444>

E-mail: [elianaderos82@gmail.com](mailto:elianaderos82@gmail.com)

