

¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Manuel Atienza

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

1. La contestación a la pregunta «¿para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?» exige responder a una cuestión previa: «¿De qué teoría de la argumentación jurídica estamos hablando?», puesto que, por una parte, no se puede hablar sin más de *la* teoría de la argumentación jurídica y, por otra, hay varias teorías de la argumentación que defienden tesis no exactamente coincidentes entre sí. Dicho de otro modo: una cosa es esa teoría considerada como una entidad abstracta —que habría que caracterizar, por lo tanto, en términos bastante imprecisos— y otra cosa una particular teoría de la argumentación jurídica.

Supongo que, cuando se habla de «teoría de la argumentación jurídica» sin más precisiones, uno se está refiriendo a un corpus teórico que incluye, por lo menos, las obras de los autores a los que se puede considerar como *precursores* de esa teoría (en los años 50 del siglo pasado) y también a los que han elaborado lo que suele denominarse la *teoría estándar* (a partir de finales de los años 70).

Entre los precursores, los nombres más importantes son los de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin y, en el ámbito de lengua castellana, Luis Recaséns Siches. Todos ellos coinciden en la tesis de que la lógica deductiva no está en condiciones de suministrar

un método adecuado para el razonamiento jurídico (o, en general, práctico), pero los métodos alternativos (al de la lógica) que proponen no son del todo homogéneos entre sí. Como se sabe, mientras que Viehweg reivindicó la necesidad de recuperar la tradición de la tópica, Perelman (con Olbrecht-Tyteca) construyó una «nueva retórica» que, de alguna forma, incluía también a la tópica (pero no deja de haber diferencias entre una y otra orientación). Toulmin desarrolló una «working logic» —que luego sería llamada «lógica informal»— y Recaséns Siches habló, inspirándose en Ortega y Gasset, de un «*logos* de lo razonable», aunque ese concepto nunca tuvo un grado de desarrollo teórico apreciable. Si, a partir de ahí, nos preguntáramos para qué sirvieron las obras de esos autores, mi contestación sería que tuvieron el mérito de mostrar la necesidad de encontrar una senda que permitiera enfrentarse a los problemas que caen en el ámbito de la razón práctica (en especial, jurídica) y que supusiera una alternativa tanto al deductivismo como al decisionismo, es decir, una vía que no contemplara las cuestiones prácticas como asuntos de pura decisión y en las que tuviera cabida un ejercicio de la razón no limitado a la lógica formal deductiva. Desde luego, eso no suponía una novedad radical, de ahí que todas esas concepciones entroncaran con tradiciones

que, de alguna manera, habían sido olvidadas: la retórica y la dialéctica de la antigüedad. Pero, en fin, poner de relieve, por así decirlo, lo obvio puede ser de gran importancia, de gran utilidad, en disciplinas que, por los motivos que sean, tienden a olvidarlo.

Otra cuestión es si, en esas obras, el jurista puede encontrar los instrumentos que le permitan resolver mejor los problemas argumentativos con los que se enfrenta en su práctica. Y mi respuesta aquí es que, a pesar de los indudables límites que pueden identificarse en esas teorías (o prototeorías) de la argumentación jurídica, hay también en ellas aportaciones de gran valor e indispensables para la formación de un jurista, especialmente en las obras de Perelman y en las de Toulmin (a pesar de que este último no fuera en absoluto un jurista). Lo ilustro con dos ejemplos: el examen de las técnicas argumentativas analizadas en *La nueva retórica* de Perelman permite entender (y manejar) mejor muchos de los razonamientos más usuales en la práctica jurídica (*a pari*, *a contrario*, de reducción al absurdo...); y los esquemas de Toulmin son sumamente útiles para representar —de manera más pregnante de lo que permite la lógica estándar— muchas de las inferencias que se llevan a cabo en la práctica jurídica.

En relación con la teoría estándar, sus representantes de mayor relieve parecen haber sido Robert Alexy y Neil MacCormick. A diferencia de los precursores, ellos no contrapusieron la lógica a la razón práctica, sino que propugnaron teorías integradoras que pudieran dar cuenta de esas dos dimensiones del razonamiento jurídico justificativo, lo que, de alguna forma, quedó plasmado en la clásica contraposición (formulada por primera vez por Wróblewski) entre la justificación interna y la justificación externa de las decisiones jurídicas (no solo judiciales).

Tanto Alexy como MacCormick construyeron sus teorías con propósitos que eran tanto normativos como descriptivos y analíticos, pero se ocuparon únicamente de la argumen-

tación judicial en las instancias superiores. En mi opinión, *Legal Reasoning and Legal Theory* y *Theorie der juristischen Argumentation* fueron, y siguen siendo, obras de gran valor, aunque con posterioridad a su publicación (ambas en 1978) tanto MacCormick como Alexy modificaron algo sus posiciones: el primero abandonó el positivismo hartiano —que había constituido la base de su teoría— y se aproximó al postpositivismo de Dworkin o del mismo Alexy; este último, por su parte, incorporó una teoría de los principios que le llevó a añadir a su planteamiento inicial —centrado en el esquema de la subsunción: la argumentación con reglas— el razonamiento ponderativo, o sea, el que parte de la existencia de principios contrapuestos para la resolución de un caso. En un libro publicado en 1991, sostuve que una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas —en otros términos: hay que considerar cuál es su objeto, cuál es su método y cuál es su función—, y que tanto la teoría de Alexy como la de MacCormick resultaban insuficientes en esas tres dimensiones: «Descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico; no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y tienen un interés limitado para el teórico y el práctico del Derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el Derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente»¹.

Por lo que se refiere a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy en particular (que, en el mundo latino, es la que ha tenido una mayor difusión e influencia), en el libro mencionado observé que podían formularse objeciones (que, por cierto, ya se habían hecho) sobre el concepto, el alcance práctico y la dimensión ideológica de la teoría. La crítica de carácter conceptual más importante apuntaba a ciertas ambigüedades que permeaban su tesis central (tesis de acuerdo con la cual la argumentación jurídica es un caso especial de

la argumentación práctica general) y al alcance de la noción de «pretensión de corrección», pues, aduje allí, no parecía que esa pretensión pudiera predicarse, por ejemplo, de las argumentaciones que llevan a cabo las partes en un proceso. En cuanto al alcance práctico de la teoría, entendí que era dudoso que Alexy hubiera logrado integrar adecuadamente la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica y que, en todo caso, sus criterios de racionalidad o justificabilidad de las decisiones parecían resultar, por un lado, demasiado latos (en los casos difíciles, lo que ocurre con mucha frecuencia es que las diversas soluciones propuestas cumplen con esos criterios) y, por otro lado, demasiado estrictos (es dudoso que en muchos casos se cumplan reglas como la de la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados, la exigencia de sinceridad o la obligación de citar los precedentes o de usar argumentos dogmáticos). Y, en fin, las críticas de carácter ideológico se referían al riesgo de que la teoría pudiera contribuir a justificar, de manera acrítica, un determinado modelo de Derecho: el del Estado Democrático y Constitucional.

Ahora, unos 25 años después, acabo de escribir un artículo sobre la concepción argumentativa del Derecho de Alexy que revisa toda su producción y he llegado a la conclusión de que ese autor ha hecho frente a todas esas críticas de manera considerablemente exitosa, si bien me sigue pareciendo que en esas objeciones hay un punto de razón que no puede dejarse de lado. Dicho de manera sintética: «[L]a tesis del caso especial tiene [...] el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, lo que supone, a su vez, el peligro de una teoría no suficientemente articulada (en el plano conceptual o analítico), menos útil en la práctica de lo que debiera ser (por su falta de realismo, de potencia descriptiva) y proclive a presentar la práctica jurídica (o algunos aspectos de la misma) en forma ideológica (dada su tendencia a la idealización)»².

2. No voy, sin embargo, a entrar aquí en ningún detalle sobre esas insuficiencias³, simplemente porque su superación constituye, en buena medida, el *leitmotiv* de la teoría de la argumentación jurídica que he tratado de ir construyendo en muchos trabajos publicados en los últimos tiempos —en particular, en *El Derecho como argumentación* y en el *Curso de argumentación jurídica*⁴—. Los elementos de esa teoría (de un enfoque argumentativo del Derecho) pueden situarse, por lo demás, en dos planos distintos.

En un nivel muy abstracto, la teoría presupone una concepción del Derecho de carácter postpositivista, la única que me parece adecuada para nuestra época, la del Derecho de los Estados constitucionales, y que, entre otras cosas, supone la inclusión de los tres elementos siguientes. El primero es el pragmatismo filosófico, entendida la expresión en un sentido muy amplio (próximo al del pragmatismo clásico de autores como Peirce, Holmes o Dewey, pero bastante alejado del neopragmatismo contemporáneo de Rorty y compañía), que supone fundamentalmente asumir la idea de la primacía de la práctica. El segundo elemento es el objetivismo ético, en un sentido también muy básico (si se quiere, un objetivismo ético mínimo), que implica la tesis de que cabe discutir racionalmente sobre fines morales últimos: desde esta óptica, los valores no son simplemente preferencias individuales o colectivas. Y el tercero, la idea de que el Derecho contiene tanto un elemento autoritativo como uno valorativo, de que no solo es un fenómeno de autoridad, sino también una práctica con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. A partir de aquí, la teoría se desarrolla en un plano que podría llamarse «técnico», o sea, una vez establecido que el Derecho puede verse en buena medida como una práctica consistente en tomar decisiones y en dar razones —argumentos— a favor de las mismas (o a favor de otras posibles decisiones), se necesita articular una serie de conceptos y de distinciones que permitan dar cuenta de esa dimensión argumentativa.

Para llevar a cabo este segundo paso en la construcción de la teoría, conviene distinguir todavía, en mi opinión, entre una parte general y una parte especial, de manera más o menos análoga a lo que ocurre en el ámbito de cada una de las disciplinas «dogmáticas» que versan sobre determinado segmento del Derecho. Esa nueva disciplina jurídica, la argumentación jurídica, que obviamente atraviesa a todas las otras, a todas las dogmáticas, vendría entonces a estructurarse así.

La parte general está destinada a esclarecer la noción de argumentación. Para ello, arranco de una distinción —que ha tenido cierta fortuna en la filosofía práctica de los últimos tiempos— entre *concepto* y *concepciones*. Es decir, habría un concepto (muy abstracto) común de argumentación, conformado por todos los rasgos que se hallan presentes siempre que tiene sentido decir que existe una argumentación (ya se trate de la noción manejada por los lógicos, los psicólogos, los lingüistas, los juristas o la gente común y corriente), y ese concepto, a su vez, permite diversas concepciones, diversas interpretaciones. Así, los razonamientos son siempre relativos a un lenguaje, presuponen algún problema, alguna cuestión para la cual el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma, y permiten ser evaluados según diversos criterios. Pero esos mismos elementos pueden interpretarse de maneras distintas, lo que, como decía, permite hablar de diversas concepciones o diversos enfoques del razonamiento: formal, material o pragmático (retórico o dialéctico). Lo peculiar, si se quiere, del razonamiento jurídico es que en el mismo (como ocurre con otras «empresas racionales» —para emplear la expresión de Toulmin—) deben considerarse las tres perspectivas, aunque alguna de ellas pueda ser predominante según el campo del Derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etc.) que se tome en consideración.

Desde una perspectiva formal, el razonamiento viene a ser un conjunto de enuncia-

dos sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de los mismos); responde al problema de si a partir de enunciados —premisas— de tal forma se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma; privilegia la argumentación vista como un resultado; y los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia. Lo que suministra esa perspectiva, en definitiva, son esquemas o formas (de carácter deductivo o no) de los argumentos. Tres formas características del razonamiento judicial son la subsunción, la adecuación (argumentos medios/fines) y la ponderación según, respectivamente, que la premisa de la que se parta (en el esquema de «justificación interna») sea una regla de acción, una regla de fin o un principio. Además, dentro de esas formas generales de razonamiento, se utilizan otros esquemas que a veces tienen una clara estructura lógica (el argumento *a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, de reducción al absurdo, etc.) y otras veces no (argumento de la coherencia, psicológico, histórico, teleológico, económico, de autoridad, sistemático, etc.). Y si, además de argumentos interpretativos, nos interesaran los que entran en juego cuando se trata de discutir si un determinado hecho ha tenido lugar o no, entonces las formas características de razonamientos jurídicos son las que se basan en relaciones de causalidad.

Desde una perspectiva material, lo esencial del razonamiento no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos; un razonamiento responde al problema de en qué se debe creer o qué se debe hacer y esencialmente se resuelve, por lo tanto, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; los criterios de corrección aquí no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otro. Hay, como es obvio, diversas formas de clasificar las razones. Por supuesto, hay razones teóricas (para creer en algo) y ra-

zones prácticas (razones para actuar) que se combinan entre sí de diversas maneras. Pero además puede hablarse de razones de primer nivel, de segundo nivel, etc. Desde el punto de vista de su fuerza o peso, algunas tienen un carácter perentorio (las reglas jurídicas) y otras son no perentorias (los principios). La fuerza de las razones puede fijarse en abstracto o considerando todas las circunstancias. Puede haber razones definitivas o concluyentes (prevalecen sobre las otras dadas las circunstancias) o absolutas (prevalecen en todas las circunstancias). Y la fuerza es algo distinto del alcance de las razones: los principios, por ejemplo, tienen menos fuerza que las reglas, pero su alcance es mayor. Además, hay razones independientes del contenido (autoritativas o formales), pero también razones dependientes del contenido (razones materiales o sustantivas) que, a su vez, pueden subdistinguirse útilmente en razones de corrección y razones de fin. Etcétera.

Finalmente, la perspectiva pragmática considera el razonamiento como un tipo de actividad (como la realización de una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico (dialéctica). Los criterios de evaluación de los razonamientos retóricos apelan fundamentalmente a la eficacia del discurso (a su capacidad para persuadir), mientras que el razonamiento dialéctico debe seguir ciertas reglas de procedimiento, como las que rigen el desarrollo de un juicio o las reglas de la discusión racional. La importancia de los componentes retóricos y dialécticos en el razonamiento jurídico es indudable, y en ocasiones no es fácil separar unos de otros. Los modelos dialécticos son útiles (indispensables) para construir sistemas expertos que facilitan cómo puede argumentarse a favor de una determinada tesis, a qué objeciones tendría que hacer frente, etc.; pero en las sentencias judiciales los elementos dialécticos (la discusión en el interior del tribunal) quedan más o menos borrados. Y aunque la argumentación jurídica no tenga como única

finalidad la de persuadir (para un juez, justificar la decisión ha de ser más importante que persuadir), los (clásicos) esquemas retóricos (basados en distinguir ciertas partes del discurso o de la actividad retórica: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*) siguen siendo fundamentales para la construcción de los diversos discursos jurídicos de carácter argumentativo: demandas, sentencias, dictámenes...

Pues bien, a partir de aquí, de lo que se trata en la parte especial es de contestar a estas tres preguntas, que juegan un papel esencial en la práctica del Derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla, cómo argumentar. Y las respuestas que yo propongo, expresadas de manera muy sintética, vienen a ser las siguientes.

En relación con la primera, expongo un método para la representación de los argumentos que consiste en el uso de diagramas de flechas para dar cuenta tanto de la estructura como del flujo de la argumentación, de los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo al argumentar y de las razones involucradas en ello. Y presento una clasificación de cuestiones controvertidas o casos difíciles en ocho categorías: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación.

A propósito de la evaluación de los argumentos, examino la cuestión de si existe o no una única respuesta correcta a los problemas jurídicos, y doy una respuesta diferenciada según la instancia jurídica a la que se refiera la pregunta: la tesis de la única respuesta correcta es básicamente adecuada en relación con la argumentación judicial de carácter justificativo, pero, naturalmente, no puede sostenerse en relación con las argumentaciones legislativa o de los abogados. Y presento los criterios que avalan la objetividad del razonamiento jurídico: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral justificada y razonabilidad.

Finalmente, la contestación a la pregunta de cómo argumentar pasa fundamentalmente

por la distinción de una serie de etapas que pueden establecerse en el proceso de resolución argumentativa de un problema jurídico: identificación y análisis del problema, propuesta de una solución, comprobación y revisión, redacción de un texto (en el que, a su vez, cabe distinguir entre la organización —en partes— del discurso y su expresión).

3. En mi opinión, esta concepción de la argumentación (que pretende integrar todo lo valioso que puede encontrarse tanto en los precursores como en la teoría estándar, evitando muchos de sus inconvenientes) puede servir, fundamentalmente, para conectar de una manera que cabría denominar «natural» la teoría con la práctica. Por un lado, permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del Derecho, como la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos,

de la validez, de la interpretación... de manera que la argumentación vendría a ser algo así como la piedra de toque para la teoría del Derecho de nuestros días. Por otro lado, desde la perspectiva de los juristas prácticos y de los cultivadores de la dogmática jurídica, estos podría reconocer, y de una manera efectiva, en la teoría del Derecho (incorporada en esa teoría de la argumentación jurídica) un presupuesto necesario para poder desarrollar con sentido y éxito su función. A todo lo cual debe añadirse que, por supuesto, el Derecho no consiste únicamente en argumentación, de manera que una teoría del Derecho plenamente desarrollada no puede tener un carácter exclusivamente argumentativo, al igual que la práctica jurídica (y el cultivo de las distintas dogmáticas) requieren de algo más que de argumentación. Pero me parece que ser consciente de sus límites no resta utilidad a esa teoría, sino que más bien la potencia.

NOTAS

1. Atienza (1991: 236)
2. Atienza (2015).
3. Pero el lector interesado puede encontrarlas en el trabajo citado en la nota anterior.
4. Atienza (2006) y (2013).

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2006): *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- (2015): «Robert Alexy y el “giro argumentativo” en la teoría del Derecho contemporánea», en prensa. Disponible en: <<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/search/label/Alexy>>.