

DEPÓSITO LEGAL ppi 201502ZU4666

*Esta publicación científica en formato digital
es continuidad de la revista impresa*

ISSN 0041-8811

DEPÓSITO LEGAL pp 76-654

Revista de la Universidad del Zulia



Fundada en 1947
por el Dr. Jesús Enrique Lossada

Ciencias
Sociales y
Arte

Año 7 N° 19
Septiembre - Diciembre 2016
Tercera Época
Maracaibo - Venezuela

La argumentación jurídica y sus teorías: Una aproximación a la propuesta de Manuel Atienza

*José Gregorio Vilorio Ochoa**

RESUMEN

El proceso argumental en el ámbito jurídico-judicial ha observado diversos cambios en su devenir histórico, en la medida que la concepción del Derecho ha registrado diversos movimientos en su evolución. Bajo esa perspectiva, resulta necesario y pertinente difundir entre los operadores jurídicos una visión de conjunto sobre las principales *teorías de la argumentación jurídica*, en un abordaje descriptivo-valorativo bajo la lectura del ius filósofo español Manuel Atienza. Con ello, se persigue sensibilizar a los operadores jurídicos del proceso penal, en particular sobre la utilidad e importancia práctica del tema de la argumentación judicial. El presente artículo tiene por objeto la exposición de las principales ideas atribuidas a los representantes de las corrientes *precursora y estándar* de la argumentación jurídica; ello incluye las explicaciones y las críticas efectuadas por el mencionado autor, así como la reseña de algunas reflexiones expuestas por el mismo en torno al tema del Derecho como argumentación.

PALABRAS CLAVE: jueces penales; Manuel Atienza; proceso argumental; teorías precursora y estándar de la argumentación jurídica.

* Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Universidad del Zulia.

Legal argument and its theories: An approach to Manuel Atienza's proposal

ABSTRACT

The reasoning process in the legal-judicial field has experienced various changes in its historical development, as in the conception of law has registered diverse movements in its evolution. Under that perspective, it is necessary and appropriate to spread among legal operators as a whole view about the main legal argument theories, under a descriptive-valorative approach according to the interpretation of the Spanish philosopher Manuel Atienza. In doing so, the purpose is to sensitize legal practitioners of the criminal process, particularly about the practical utility and importance of the judicial argument matter. This article aims the exposition of the main ideas attributed to the representatives of the pioneering and standard currents of the legal argument; it includes explanations and criticism made by the mentioned author, as well as the review of some reflections presented by himself related to the topic of law as argument.

KEYWORDS: Criminal Judges; Argument process; Legal argument of the precursor and standard theories.

Introducción

Es innegable hoy día la importancia teórica y práctica de la argumentación jurídica, llegándose a afirmar que el paradigma de la argumentación es el judicial; sin embargo, ello no ha impedido la formulación de críticas que cuestionan la calidad y fundamentación de las sentencias. Las diferentes concepciones del Derecho¹ tienen (o debieran tener) su influencia mayor o menor en la práctica judicial. El profesor Manuel Atienza (2006) desde

1 Por concepción del Derecho se entiende acá –adhiriendo al profesor Atienza (2006: 19-20): “un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho: a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden- alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; g) y quizás algunas otras”.

una reflexión teórico-práctica inquiriere: *¿hasta qué punto esas concepciones tienen su reflejo en la práctica judicial?* Y responde, parecería que tendría que ser así, aunque resulta también razonable -indica el autor- pensar que las concepciones del Derecho de los prácticos no presentan el grado de articulación interna propia de la obra de los filósofos del Derecho.

Como hilo conductor de sus trabajos, el autor muestra su preocupación sobre el estado de la cuestión en materia de argumentación. En su obra *Las razones del derecho*, escrita en 1992 y reimpressa en 2003, se ocupa de indagar las razones elaboradas por cierta doctrina extranjera a las que denomina corrientes *precursora* y *estándar* de la argumentación jurídica, con las que pretende responder a las preguntas de *¿cómo?* o *¿sobre la base de cuales razones deciden (o debieran decidir) los jueces?*

Las señaladas teorías (precursora-estándar) bien pueden servir a los operadores de justicia como punto de partida para la adecuada comprensión y realización de la función argumental dentro del proceso. Es preciso entonces, indagar la lectura que hace el profesor Atienza a las mencionadas teorías, teniendo en cuenta las principales críticas que realiza a los representantes de las denominadas corrientes de los precursores (Viehweg, Perelman y Toulmin) y la teoría estándar (MacCormick y Alexy); para luego, poner de relieve algunas ideas y consideraciones en la elaboración de una teoría de la argumentación.

El profesor Atienza, es uno de los *ius*-filósofos de habla hispana que con mayores méritos y esfuerzos se ha encargado de explicar el tema en la comunidad jurídica hispanoparlante. La recepción de su densa obra jurídica (textos, investigaciones y artículos en revistas especializadas de diversos países), testimonia el calado de sus ideas en la comunidad jurídica internacional. Se trata pues, de indagar el pensamiento de un filósofo del Derecho: crítico y comprometido con una permanente acción reflexiva, sin dejar de ser -como el mismo reconoce- un pesimista activo: “alguien que se esfuerza por mejorar algún aspecto del mundo, a pesar de conocer que el éxito no sólo no está asegurado, sino que en muchas ocasiones es sumamente improbable y, en el mejor de los casos, muy limitado” (1997:18).

Se ha efectuado la revisión descriptiva-valorativa de tres trabajos realizados por el profesor Manuel Atienza, intitulados: *Derecho y Argumentación* (1997), *Las Razones del Derecho* (2003) y *El Derecho como argumentación* (2006), con el fin de difundir entre los operadores de justicia, algunas ideas de los representantes de las teorías precursora y estándar, desde la lectura hecha por el profesor Atienza, para plantear a partir de él, la reflexión sobre el tema de la argumentación jurídica. Esto puede suponer dos cosas: la posibilidad de puntualizar y fortalecer la comprensión del tema en los ya iniciados; o la probabilidad de despertar el interés de operadores jurídicos que se inician en esta materia, con el fin de despejar dudas que se ciernen sobre la práctica de la argumentación judicial.

1. Los enfoques del Derecho

El profesor por Manuel Atienza se aparta de las tradicionales concepciones (*ius* naturalistas y/o *ius* positivistas) y plantea un cuarto enfoque del Derecho, esto es, su comprensión, análisis, estudio y realización desde una perspectiva práctica²: *el Derecho como argumentación*. En su decir, ya no se trata de la pura concepción normativa que limita el Derecho al mundo de las normas jurídicas como expresión de la voluntad del legislador en las que nace, desarrolla y agota el Derecho.

2. El Derecho y la argumentación

Según el planteamiento de Atienza, la argumentación está presente en todos los quehaceres propios del jurista. Ella forma parte y cumple importantes funciones en las diversas actividades jurídicas: de asesoría, ejercicio profesional, desempeño de la función judicial, docencia e investigación en el ámbito de lo jurídico. La interpretación/argumentación cubre un vasto campo de actividades jurídicas, sin que por ello sea posible afirmar que la argumentación constituye un quehacer privativo del ámbito jurídico. Parafraseando al profesor Atienza, se puede decir que sin argumentación no es posible la realización del Derecho. Todo ello explica e implica la posibilidad del Derecho a través de los distintos momentos que lo constituyen: Legislativo-judicial-dogmático (1997).

Una aproximación al concepto y al contenido de la actividad de argumentar, hace necesario recordar lo expresado por el autor, al señalar que, aunque el Derecho no puede, naturalmente, reducirse a argumentación, el enfoque argumentativo del Derecho, si puede contribuir de manera decisiva al logro de una mejor teoría y de una mejor práctica jurídica.

El concepto de argumentación, como señala el autor en referencia, es ambiguo y complejo; lo primero por cuanto alude tanto a la *actividad* como al *producto* de una labor intelectual que básicamente consiste en dar razones en torno a una tesis; y es complejo, porque presenta una *pluralidad de significados* (2006:67). El autor plantea diversas concepciones de la argumentación, afirmando que se trata de un quehacer tan complejo, que no existe un enfoque único y suficiente desde el cual se la realice. Por ello,

2 En su obra *Derecho y Argumentación*, Manuel Atienza abona la existencia de un cuarto enfoque del Derecho, denominándolo pragmático. Explica allí mismo que se trata de "una perspectiva que tiene que ver con la cultura jurídica de cada país, esto es, con las actitudes que la gente en general y los juristas en particular tienen hacia el Derecho y hacia la sociedad (1997: 23-24). Aclara allí también, que el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres" (1997: 26).

partiendo de un concepto general, distingue entre la argumentación formal, material y pragmática (2011). La *interpretación formal*: (aspecto fundamental de la lógica deductiva estándar), considera la argumentación como una actividad compuesta de una serie de enunciados independientemente de su verdad, de la corrección de sus premisas o la verdad de sus conclusiones. La *interpretación material*: En ella lo esencial no es la forma de los argumentos, sino su contenido material, esto es las normas o hechos en tanto ser o deber ser. La *concepción pragmática*: hace alusión a un tipo de actividad que busca lograr la interacción del intérprete para el logro de la persuasión o el acuerdo con un auditorio, respetando ciertas reglas (2012).

3. Las teorías precursoras de la argumentación

El profesor Atienza agrupa a los autores denominados por él como precursores en cuanto al tema de la argumentación, señalando como artífices a Theodor Viehweg (Topik und Jurisprudenz), Chaim Perelman (La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation de 1958) y Stephen Toulmin (The Uses of Argument, 1958).

3.1. La propuesta de Theodor Viehweg (Topik und Jurisprudenz)

En cuanto a este autor y su obra, Atienza (2003) sitúa su pensamiento bajo el influjo de Vico, a comienzos del siglo XVIII, quien contrapuso el método antiguo, tópico o retórico, al novedoso método crítico del cartesianismo, planteando la necesidad de recuperar la tópica, que en su opinión contribuía a examinar una cosa desde ángulos muy diferentes, tomando como punto de partida lo verosímil, el sentido común. En este sentido, la tópica sería el arte de hallar los argumentos, mientras que la formación del juicio consistiría en el paso de las premisas a la conclusión.

Viehweg caracterizó la tópica mediante tres elementos vinculados entre sí: el punto de vista del objeto (pensamiento problemático); el instrumento con que opera (la noción de topos o topoi, ó lugar común), y la actividad (búsqueda y examen de premisas). Su énfasis recae en las premisas, más que en la conclusión. Así, los tópicos pueden verse como premisas compartidas generalmente, que gozan de una vocación de plausibilidad o que al menos imponen la carga de su refutación por parte de quien los rechaza o cuestiona (Atienza, 2003).

De otra parte, Viehweg sostiene que el modelo de pensamiento jurídico romano fue esencialmente tópico. No obstante, como se refiere, a partir de la época moderna, la cultura occidental abandona el uso de la tópica

y la sustituye por el método axiomático-deductivo (Atienza, 2003). Este viraje apunta ahora, hacia los principios o axiomas como fundamentos de la argumentación.

La crítica elaborada por Atienza (2003) a Viehweg, destaca lo siguiente: Existe imprecisión en la noción de tópica, puesto que por tal podría entenderse tres cosas diferentes: una técnica de búsqueda de premisas; una teoría sobre la naturaleza de las premisas; o una teoría del uso de estas premisas en el campo de la argumentación jurídica. La concepción del topoi ha sido históricamente equívoca y se usa en varios sentidos: como equivalente de argumento, como punto de partida para la obtención de argumentos, como enunciados de contenido y como formas argumentativas³.

Otra observación crítica es la exagerada contraposición entre lógica y sistema, puesto que la noción de sistema que maneja el autor es más estrecha que la que manejan los lógicos; y no parece adecuado reconocer la importancia de la tópica, prescindiendo de la lógica. Culmina Atienza el examen del aporte de Viehweg, señalando que su “mérito fundamental no es haber creado una teoría de la argumentación, sino haber descubierto un campo para la investigación, algo que parece encajar perfectamente con el espíritu de la lógica” (2003:43).

3.2. Chaim Perelman y la Nueva Retórica

Tal como cabe afirmar de Viehweg, respecto al rescate y replanteamiento de la tópica como elemento fundamental de la argumentación, puede señalarse de Perelman en lo que concierne a la retórica. Este último efectuó lo que podría calificarse como el mayor aporte en cuanto a la aplicación de la retórica como núcleo fundamental de la teoría de la argumentación.

Su obra principal *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation* (1958), contó con la colaboración de Olbrech-Tyteca, quien de acuerdo a la opinión de Atienza, dotó de sistematicidad al texto (2003). Perelman tomó como base de su obra la distinción entre razonamientos analíticos o lógico-formales por una parte (de origen aristotélico), y por la otra, los razonamientos dialécticos o retóricos, ubicándose su planteamiento fundamental en este segundo aspecto. Amplía la razón más allá de lo estrictamente demarcado en

3 Posición Crítica, que es rotulada por García Amado, citado por Atienza, al expresar: “... hemos visto que de los tópicos se ha dicho que son puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc. Y como tópicos se citan adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios de Derecho, valores, reglas de la razón práctica, standards, criterios de justicia, normas legales, etc.” (2003:38).

el ámbito de las ciencias deductivas o empírico inductivas, para dar cabida a los razonamientos en el campo de las ciencias humanas, en el Derecho y en la filosofía. Eso explica la idea de que a partir de los razonamientos de los políticos, jueces o abogados se debe construir la teoría de la argumentación jurídica. Abonando que la “argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible”, idea que será como se apreciará luego, el hilo conductor de su propuesta (Atienza, 2003).

Los argumentos retóricos, no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino demostrar el carácter razonable, plausible de una determinada decisión u opinión. Un dato interesante es que Perelman afilia su teoría a la retórica y no a la dialéctica, precisamente como consecuencia de la importancia y la incorporación de la noción de auditorio. La estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez de este es muy superior a la de cada hilo que lo integra (Atienza, 2003).

Su obra *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation* (1958), se encuentra dividida en tres grandes secciones: los presupuestos o límites de la argumentación; los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas, es decir, los argumentos en sentido estricto (Atienza, 2003).

Perelman, distingue también entre persuadir y convencer, con lo primero se alcanza la adhesión de un auditorio particular; mientras que la segunda aspira a ser válida para todo ente dotado de razón. Esta obra contiene una prolija clasificación de las técnicas argumentativas, que va de lo que denominan enlace o asociación, argumentos cuasi-lógicos, argumentos basados en la estructura de lo real, argumentos que fundan la estructura de lo real, y argumentos de disociación, que conllevan a un extenso catálogo de las mismas (Atienza, 2003).

Atienza concentra la crítica a Perelman en lo que sigue:

1. A pesar de la amplia difusión de la obra y su influencia en el campo de las comunicaciones, la política, la filosofía, la moral y el derecho, la Nueva retórica no ha logrado sentar las bases de una teoría de la argumentación que pueda cumplir las funciones descriptivas y prescriptivas que le atribuye Perelman. De hecho, su recepción ha sido fundamentalmente crítica; no obstante, se aprecia el valor de la obra al tratar de introducir un esquema que permita la discusión de cuestiones atinentes a la moral, la justicia y el derecho, en un espacio intermedio entre la razón teórica de las ciencias exactas y la mera irracionalidad (Atienza, 2003).
2. Peca el autor de impreciso en la formulación y empleo de ciertos conceptos y categorías centrales en la concepción de la Retórica, a pesar de que Perelman ha señalado que las nociones confusas no sólo son inevitables, sino que juegan un importante papel en la argumentación, lo que no le exime de la crítica (Atienza, 2003).

3. La clasificación de los argumentos dista de ser clara y útil, los supuestos de duda son más que los de claridad, lo que hace inapreciable la utilidad del esfuerzo clasificatorio (Atienza, 2003).
4. La noción de auditorio universal es ambigua, ambigüedad que no siempre se ha visto de la misma manera. Algunos la califican como un concepto ideal (Aarnio); como una construcción ideal que depende del orador y que por tanto, dada su amplitud no puede servir como medida para valorar los argumentos (Atienza, 2003).
5. Al ubicar el centro de gravedad de su teoría en el discurso judicial y en particular en el de los jueces superiores, supone una distorsión del fenómeno del derecho moderno, ya que atribuye a la retórica un peso mayor del que tiene en efecto, puesto que la retórica no constituye una esencia fija, ni caracteriza el discurso jurídico en exclusividad (Atienza, 2003).

Atienza finaliza sus observaciones críticas señalando que no advierte claridad en la obra de Perelman sobre la relación entre el plano de la retórica general y el de la retórica o lógica jurídica; tampoco está claro si la noción de auditorio universal aplica al discurso jurídico (juez o legislador); tampoco explica cómo se aplica al razonamiento jurídico la clasificación de los argumentos según en técnicas de enlace y de disociación. En fin, para Atienza, Perelman no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado de los argumentos jurídicos ni del proceso de argumentación (Atienza, 2003).

3.3. La Teoría de la argumentación de Stephen Toulmin

Este autor contribuyó de manera notable a los estudios de lógica, filosofía y teoría ética. En lo que atañe al tema de la argumentación su obra principal se intitula *The Uses of Argument* (1958).

Según entiende Atienza (2003), Toulmin parte de la idea de que la lógica guarda estrecha relación con lo que los hombres piensan, como argumentan, a pesar de que esta ciencia desde su origen se ha despreocupado de la práctica; no obstante aclara que la lógica formal sólo tiene campo fértil en las matemáticas y no en el campo de la razón práctica, pues, “la lógica formal no alcanza a dar cuenta tampoco de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito, incluido el de la ciencia”.

Toulmin realiza un interesante planteamiento que tiene que ver con cuestiones de carácter muy general de interés para esta y las demás teorías de la argumentación, que Atienza precisa del modo siguiente:

“(…) Las situaciones y problemas con respecto a las cuales se argumenta pueden ser muy distintos y, en consecuencia, el razonamiento

cambia en relación con las situaciones. Sin embargo es posible plantear algunas cuestiones que son comunes: una de estas cuestiones es la de cuál es la estructura de los argumentos, esto es, de qué elementos se componen los argumentos, qué funciones cumplen los argumentos y cómo se relacionan entre sí; otra es la de la fuerza de los argumentos, esto es, la cuestión de con qué intensidad y bajo qué circunstancias el material presentado en la argumentación suministra un apoyo en relación con la pretensión que se esgrime en la argumentación” (2003:83).

Sobre la base de lo citado, se comprende cómo Toulmin, estructura los argumentos en torno a cuatro elementos muy bien definidos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo, que en forma resumida se explica señalando que la pretensión es el punto de partida y de llegada de la argumentación. Una vez cuestionada la propuesta por el oponente, el proponente de la misma debe dar razones relevantes y suficientes (hechos específicos del caso). La garantía son los enunciados generales que autorizan el paso de las premisas a la pretensión, que puede consistir en una regla de experiencia, en una norma o en principios jurídicos; y el respaldo son las ideas que sirven de soporte a la garantía, mostrando que esa garantía es superior a cualquier otra que pueda existir. Así concibe Toulmin la validez -que no la fuerza- de los argumentos, en los que todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí (2003). Estos elementos son los presupuestos de toda clase de argumentación.

La crítica de Atienza (2003), se puede sintetizar así:

La propuesta de Toulmin representa una superación de los esquemas habituales de la lógica, al trascender de los conocidos elementos de las premisas y la conclusión, y proponer seis elementos: el respaldo, la garantía, las razones, el cualificador, la condición de refutación y la pretensión; sin estos elementos no sería posible examinar los argumentos substanciales.

La distinción entre garantía y respaldo es necesaria para poder distinguir entre argumentos analíticos y argumentos substanciales y evita la ambigüedad, típica del modelo tradicional de la lógica.

Hay argumentos en los que es difícil distinguir entre garantía y respaldo, ya que si la función del respaldo es ofrecer una justificación de la garantía, no se ve por qué ha de consistir en un enunciado empírico; la distinción garantía -respaldo en el ámbito de la argumentación jurídica- no muestra nada que no haya enseñado por la lógica deductiva, a saber, la existencia del silogismo práctico. Atienza también cuestiona la distinción entre la garantía y la condición de refutación, puesto que las normas jurídicas y los principios tienen que expresarse como condicionales abiertos (hipotéticas) y no categóricos.

4. Las teorías estándar de la argumentación

A partir de la década de los años 70 y durante los años comprendidos en los decenios 80 y 90 del siglo XX, se dio a conocer las obras de Neil Mac Cormick y Robert Alexy, considerados los autores de la denominada corriente *estándar* de la argumentación jurídica, quienes profundizaron los planteamientos teóricos iniciados por los precursores en esta materia.

4.1. La tesis fundamental de Mac Cormick

Se encuentra contenida en su obra *Legal Reasoning and Legal Theorie* (1978), allí el autor expone su planteamiento integrador, armonizando la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; plantea en su formulación teórica, una combinación de los aspectos formales y materiales, llamada a ocupar un lugar intermedio entre una teoría ultrarracionalista (como la de Dworkin: tesis de la única respuesta correcta posible para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: carácter arbitrario de las decisiones judiciales).

Para Mac Cormick, la argumentación práctica en general y la jurídica en particular cumplen una función de justificación. Por tanto, justificar una decisión jurídica significa dar razones que muestren que las decisiones aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho (Atienza, 2003). Al referirse a las justificaciones que realizan los jueces, Mac Cormick afirma en algunos casos el carácter deductivo de su razonamiento (2003:109). En consecuencia indica: "...lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal" (2003:110), de ello cabe colegir que el juez se sirve de la lógica como un presupuesto necesario, cuando razona en forma deductiva, sin que ello permita afirmar que siempre el juez proceda conforme a este tipo de razonamiento.

Mac Cormick realiza una división cuatripartita, en atención a que se trate de problemas: 1) de interpretación, 2) de relevancia, 3) de prueba; y 4) de calificación, refiriéndose los dos primeros a cuestiones normativas y los dos últimos a premisas fácticas. Conforme con tal planteamiento, existen problemas de interpretación cuando se sabe cuál es la norma aplicable, pero esta admite más de un sentido; los problemas de relevancia se sitúan en un momento anterior al de la interpretación e indagan sobre si en efecto existe una tal norma para el caso concreto; los problemas de prueba se hallan referidos al establecimiento de la premisa menor; y los problemas de calificación son secundarios y se plantean cuando no existe dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios y lo que se discute es si subsumen en el supuesto de hecho de la norma (Atienza, 2003).

La crítica de Atienza (2003), se puede resumir así:

1. La utilización de la lógica proposicional no es adecuada para dar cuenta del razonamiento judicial, siendo preferible la expresión del mismo a través de la lógica de predicados.
2. La aceptación de una concepción deductivista del razonamiento jurídico lleva al siguiente dilema: o se afirma que el ordenamiento jurídico carece de inconsistencias lógicas, lo que es insostenible, o bien se acepta la existencia de tales contradicciones en cuyo caso la tesis deductivista cae por tierra, pues a partir de una serie inconsistente de premisas se puede justificar cualquier conclusión. Ciertamente, no siempre el razonamiento del juez es estricta y exclusivamente deductivista.
3. Se critica que su concepción de la subsunción es poco clara; la subsunción no es un problema exclusivamente jurídico, sino un problema que afecta el uso empírico del lenguaje.

4.2. La tesis fundamental de Robert Alexy

Este autor alemán -de los más conocidos y difundidos en Europa y parte del mundo de habla hispana-, se ha ocupado del tema de la argumentación jurídica. Su obra fundamental se halla contenida en el texto *Theorie der juristischen Begründung* (1978). Su planteamiento, en la misma corriente de Mac Cormick, parte de un sentido contrario. Mientras éste proponía como paradigma la argumentación jurídica, Alexy parte de una teoría de la argumentación práctica general que luego se proyecta e irradia al campo jurídico. Por tanto, éste último, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Ello tal vez le distancie de la práctica real de la argumentación jurídica, pero le dota de mayor sistematicidad (Atienza, 2003).

En este sentido, Alexy hace suyo el planteamiento de Habermas al dotar a su teoría de un carácter procedimental que se pone de manifiesto en la aplicación y regulación del discurso práctico mediante reglas, las cuales, se refieren no sólo a las proposiciones, sino a los hablantes, lo que implica afirmar que no son sólo reglas semánticas, sino pragmáticas (Atienza, 2003).

En la propuesta de Alexy, se observan varias clases de reglas, siendo ellas -de manera enunciativa- las siguientes: Las *reglas fundamentales*, cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística y aplican tanto al discurso teórico, como al práctico. Estas reglas contienen los principios de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje. Las *reglas de razón*, las cuales definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso, que comprenden la regla general de fundamentación, y comprenden también las situaciones ideales de

diálogo. Las *reglas sobre la carga de la argumentación*, son reglas de carácter técnico, cuyo objetivo es precisamente, facilitar la argumentación. Las reglas de fundamentación, se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a cabo la fundamentación y, por último, las *reglas de transición*, que plantean la posibilidad de transitar mediante argumentos de un discurso práctico a uno teórico o a un discurso de análisis del lenguaje (Atienza, 2003).

Pero Alexy también realiza la distinción entre justificación interna y justificación externa, señalando que para la justificación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Estas reglas operan y justifican el paso de las premisas a la conclusión; mientras que en el plano de la justificación externa, es decir el referido a la justificación de las premisas, Alexy plantea reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y enunciados de reformulaciones de normas. Especial importancia concede el señalado autor al uso de los precedentes, estableciendo como reglas generales que cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. Y quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación (Atienza, 2003).

Sin embargo, Alexy reconoce los límites de la argumentación jurídica al aceptar que a pesar de que este discurso lleva las cosas un poco más allá en términos racionales de lo que logra el discurso práctico general, puesto que la racionalidad lograda en el discurso jurídico mediante la aplicación de reglas no garantiza que en cada caso se pueda alcanzar una única respuesta correcta. Cabe recordar que su planteamiento de las reglas no es irrestricto o exacto, sino aproximativo; esto da pie a que el autor maneje su planteamiento acerca del discurso jurídico en los límites de lo discursivamente necesario y lo discursivamente imposible o lo discursivamente posible. A partir de sus planteamientos, se puede afirmar que sostener la tesis de una única respuesta correcta es equivocado, pues haría falta una teoría fuerte o total para ello.

Atienza formula diversas críticas a la teoría de Alexy, las cuales se hallan dirigidas a dos aspectos específicos, que se condensan así:

En primer lugar, se ha criticado la aplicabilidad o utilidad práctica de la teoría, esto es así, en tanto el mismo Alexy reconoce las limitaciones de su teoría al señalar que: “todos estos modelos tanto ofrecen ventajas como tienen puntos débiles, de manera que es preciso combinarlos. La fundamentación pragmático-universal suministra, por así decirlo, la base para la fundamentación de las reglas del discurso” (Atienza, 2003:157). Y además, según entendemos acá, por las mismas razones que las teorías precursoras resultan insuficientes para explicar el tema de la argumentación en su totalidad, también resultan insuficientes las teorías estándar, a pesar de sus mayores desarrollos en torno al tema de la argumentación.

En segundo lugar, se critica que el procedimiento discursivo no puede constituir el criterio de verdad o de corrección de los enunciados; lo que más cuenta en el contexto de justificación no son las opiniones de los participantes, sino las verdades objetivas, y no que sean aceptadas por consenso; es decir, buenas razones (Atienza, 2003).

Algunas de las reglas planteadas por Alexy son discutibles como por ejemplo la regla de sinceridad. Las reglas suponen que los participantes tengan cierta habilidad o capacidad de juicio y de imaginación, es decir, que sean capaces de distinguir entre buenos y malos argumentos, lo que no siempre es fácil, ni común.

Finalmente, una teoría general de la argumentación debe delimitar con precisión los diversos contextos de la argumentación jurídica, con detalles acabados de cada uno de ellos, y sus relaciones entre sí.

5. La propuesta de argumentación en Manuel Atienza

5.1. Su propuesta particular

En *Las razones del Derecho*, Atienza (2003) realiza un conjunto de proposiciones de carácter general que -a su decir- resulta necesario considerar en lo que respecta al diseño de una teoría general de la argumentación, en un planteamiento de carácter modélico, derivado de las líneas estructurales y funcionales de su propuesta crítica, mediante un proceso de generalización de la teoría.

Esto último, podría entenderse como una propuesta de integración de las teorías precursoras y estándar de la argumentación, respecto a distintos elementos implicados en el tema, en la medida que ello resulte adecuado, necesario y útil para instrumentar una teoría de carácter alternativo. Comienza el autor haciendo una pertinente advertencia, al señalar que una teoría general de la argumentación debe evaluarse desde tres perspectivas diferentes: el objeto, el método y la función de la misma (Atienza, 2003). Respecto al objeto expresa que la argumentación jurídica debe considerar los diversos planos o campos y contextos de la misma (lo que guarda relación con su visión acerca de los enfoques y perspectivas del Derecho, tratados al inicio del presente artículo). En primer lugar, señala que la teoría estándar se ocupa preferentemente de la cuestión normativa en desmedro de la cuestión fáctica, que ocupa el grueso de la atención y los problemas de la praxis del Derecho (Atienza, 2003). Tal tendencia va contra la realidad, puesto que en la vida jurídica, en gran parte, la argumentación tiene por objeto en mayor medida, los hechos.

De modo que, la teoría de la argumentación alternativa debe virar su atención con mayor énfasis a la cuestión del hecho, para lo cual es necesario que se aproxime hacia las teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria (Atienza, 2003).

En segundo lugar, amplía el espectro de la argumentación tradicionalmente reservados a los aspectos relacionados con la interpretación y aplicación del derecho, y la dogmática jurídica, proponiendo su extensión y aplicación al ámbito de la producción del derecho, esto es, al proceso de argumentación que tiene lugar en sede legislativa (Atienza, 2003).

En lo que concierne a los problemas metodológicos, Atienza (2003) propone que una teoría de la argumentación debe ser lo suficientemente amplia y profunda como para disponer de un método que represente adecuadamente el proceso real de la argumentación, tal como esta se presenta en la realidad: en las sentencias y otros documentos jurídicos. Pero debe disponer también de criterios -tan precisos como sea posible- para juzgar la corrección -mayor o menor corrección- de los argumentos en relación con su resultado final: las decisiones judiciales. Su enfoque a este respecto, se subdivide en dos aspectos, relacionados con: 1. La Representación de la Argumentación; y 2. Los Criterios de Corrección.

En cuanto a la representación de la argumentación, critica a la teoría estándar el hecho de no haber elaborado un procedimiento que permita representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones.

En cuanto a los criterios de corrección, destacan los aportes efectuados por la teoría en lo relacionado con la elaboración de criterios para la valoración de la corrección de los argumentos, mediante la noción de racionalidad práctica, los cuales no fueron agotados por dichos autores. En su opinión los criterios de racionalidad práctica constituyen elementos mínimos que sólo permiten descartar las argumentaciones irracionales evidentes (Atienza, 2003).

5.1. Funciones de la argumentación jurídica

En lo que concierne a las funciones de la teoría de la argumentación -refiere Atienza- que esta debería cumplir al menos tres funciones fundamentales: teórica, práctica o técnica y política o moral. Se trata entonces, de combinar la visión del Derecho como sistema de normas, pero también como sistema de procedimientos. Y agrega que, una teoría desarrollada de la argumentación debe necesariamente considerar los estudios que se realizan sobre la argumentación en el contexto de otras ciencias en particular (Atienza, 2003).

La función práctica o técnica de la argumentación debe proporcionar herramientas y una orientación útil en la reproducción de los esquemas de producción, interpretación y aplicación del derecho. Esta aspiración de interés para los prácticos y teóricos del derecho, debe comprender un método que reproduzca el proceso real de argumentación dotándolo de un haz de criterios de corrección; y esto es una empresa compleja y en la que resta mucho por hacer, según puntualiza Atienza (2003).

Esta idea la patentiza el autor, al destacar que en la teoría estándar de la argumentación se acepta la existencia de casos fáciles y difíciles. En los primeros la respuesta del sistema es relativamente sencilla, la cual se estima correcta además; en los segundos, hay lugar a varias posibles soluciones sobre cuya corrección y justicia debe justificarse. Pero hay lugar también a una tercera categoría, la de los casos trágicos: aquellos en los que no cabe encontrar y aplicar una solución que no sacrifique algún valor esencial desde el punto de vista jurídico o moral. En este caso el problema se plantea no en términos de elección de una alternativa, sino de un auténtico dilema (Atienza, 2003).

Consideraciones finales

La utilidad de indagar el examen realizado por Manuel Atienza a las teorías de la argumentación, plantea la posibilidad de extraer útiles conocimientos, propuestas y enseñanzas en torno a dos visiones que se siguen cronológicamente desde la primera mitad del siglo pasado en Europa -fundamentalmente- hasta la actualidad.

Autores como Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Stephen Toulmin, sin desconocer el aporte de otros (como Giovanni Tarello y Michelle Tarufo, etc.), constituyen la triada fundamental, a quienes se reconoce -a través de sus estudios en el campo de la argumentación jurídica- el relanzamiento de los estudios contemporáneos sobre el tema; sin que ello signifique adhesión a sus enfoques formales, conservadores y positivistas en aspectos controversiales.

Las corrientes precursora y estándar no son completamente antagónicas ni excluyentes. Fuera de las consabidas diferencias, cabe señalar que las mismas parten de la necesidad de alcanzar una teoría que de sistematicidad y coherencia teórica-práctica a la argumentación jurídica. Sus puntos de contacto en mucho, son mayores que aquellos en los que se separan; ocurre que la segunda corriente en buena medida, propone ideas que intentan superar las falencias de la primera.

Manuel Atienza elabora serias críticas a las mencionadas teorías, en los aspectos deficitarios de éstas, pero tiene la virtud de reconocer los aportes fundamentales efectuados por los representantes de tales corrientes al tema bajo estudio, lo que dota a su crítica de objetividad y equilibrio.

Las ideas que propone para una teoría alternativa (cuyo desarrollo no alcanza a exponer completamente el profesor Atienza) de la argumentación jurídica a pesar de poseer un indudable valor teórico y el reconocimiento del esfuerzo realizado en su exposición, son muy generales -como el mismo autor reconoce en la introducción de su obra *Las Razones del Derecho*-. Esa generalidad hace que no se aborden aspectos de inculcable interés práctico, como son: la precisión de la argumentación en sede legislativa, la argumentación en el ámbito judicial institucional; en la resolución alterna de los conflictos y lo relacionado con el punto medular de los criterios de corrección; aspectos poco tratados en las obras del mencionado autor, y que por su importancia fundamental, ameritan unos desarrollos más densos y acabados que considere las complejidades prácticas del tema de la argumentación.

Referencias

- Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación*. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- (2003). *Las Razones del Derecho*. Ediciones Universidad Autónoma de México. México.
- (2006). *El Derecho como argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona. España.
- (2011). *Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica*. Editorial Porrúa. México.