

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DEL ZULIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS PARA GRADUADOS
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
MARACAIBO-VENEZUELA.**



**ENSAYO SOBRE LAS TEORIAS DE LA
ARGUMENTACIÓN SEGÚN MANUEL
ATIENZA**

**BARTOLOMÉ GIL OSUNA
CARLOS PORTILLO ARTEAGA
JOSÉ GREGORIO VILORIA**

Resumen:

Uno de los autores que con mayor empeño de estudio y constancia de divulgación, ha dedicado su atención durante los últimos años al estudio de las teorías de la argumentación, es Manuel Atienza. El mencionado autor, de origen español y con formación *ius filosófica*, ha sintetizado desde finales del siglo pasado, y de manera plausible las ideas fundamentales que han servido de soporte dogmático a los destacados autores que se han ocupado del tema desde la mitad del siglo pasado hasta ahora, analizando los planteamientos fundamentales, mediante una valoración crítica que le ha conducido a expresar una serie de observaciones al respecto. También, ha expresado en diversos trabajos escritos, una serie de ideas propias –sin constituir una teoría- que sirven de fundamento a lo que podría denominarse su propuesta particular en torno al tema. Conscientes de la importancia e influencia que en la comunidad jurídica de habla hispana ha ejercido los trabajos realizados por Manuel Atienza, el presente ensayo persigue difundir las ideas que concurren a dar cuerpo a la(s) teoría(s) de la argumentación, desde la perspectiva del autor bajo estudio.

Introducción

La moderna visión del Derecho plantea retos relativos ya no a la existencia del Derecho como institución jurídico-política, sino a la justificación de su funcionamiento práctico en tanto en cuanto, técnica de la argumentación.

Bajo el ideario propuesto por Manuel Atienza, se propugna que el Derecho como fenómeno complejo, admite su comprensión y realización desde diversos enfoques (estructuralista, funcional y valorativo). La concepción moderna del Derecho hace posible su comprensión y operatividad desde una perspectiva práctica: el Derecho como argumentación. En efecto, a su decir, ya no se trata de la pura concepción normativa que limitaba el Derecho a su plano legal, al mundo de las normas jurídicas como expresión de la voluntad del legislador en las que nace, desarrolla y agota el Derecho; tampoco, la visión axiológica que devela los valores y fines perseguidos por el ordenamiento jurídico en la vida de sociedad, y que sirven de soportes ideológicos al Derecho y la Ley.

Para atender al objeto del presente ensayo, se requiere indagar sobre las críticas fundamentales realizadas por el autor a los representantes de las denominadas corrientes de los precursores (Viehweg, Perelman y Toulmin) y la de los tributarios de la teoría estándar (MacCormick y Alexy); luego es necesario poner al descubierto y puntualizar las principales ideas que según el señalado autor son fundamentales en la elaboración de una teoría de la argumentación integradora. Para la consecución de tal propósito se ha efectuado la revisión de dos trabajos realizados por Manuel Atienza, que llevan por título Derecho y Argumentación en primer lugar; y Las razones del Derecho, en segundo lugar.

La aspiración de fondo es que el presente ensayo contribuya siquiera en modesta medida, a enriquecer la discusión jurídica puntualizando y trayendo a colación las principales ideas y críticas formuladas a las principales teorías de la argumentación jurídica, destacando la propuesta realizada por el ius filósofo español Manuel Atienza.

1.1. Los enfoques del Derecho:

Siguiendo al autor bajo estudio en su obra *El Derecho y Argumentación* (1997: 20-26), el Derecho admite su consideración triádica desde una *perspectiva estática* en la que lo fundamental es su carácter normativo, su estructura, las normas y sus características, sus fines, por contraposición al *enfoque funcional* que viene a ser la vertiente dinámica de como actúa el mismo, esto es, el Derecho en acción, en movimiento a través de los mecanismos que propician su puesta en ejecución, para el cumplimiento de unos cometidos jurídico-político-sociales de carácter superior en la sociedad de que se trate: para qué sirve cada uno de sus elementos, que necesidades individuales o colectivas aspira satisfacer y bajo qué condiciones, en fin, se trata de un enfoque realista que enriquece y complementa el primer enfoque. Una tercera consideración se detiene y aborda el Derecho desde la perspectiva valorativa crítica del Derecho, esto es, los requisitos que debería cumplir desde un punto de vista modélico.

Ello se conecta sin duda en opinión propia, con la dimensión axiológica, esto es, los valores que consagra, protege y los fines que aspira alcanzar en la vida social; se trata del Derecho en acción, pero en función del plexo axiológico de los intereses que protege y los valores que propugna y salvaguarda de manera explícita o implícita, y que se deben ser leídos y evaluados dependiendo del momento, el lugar y las condiciones culturales de la sociedad que regula ese derecho, ya para dar por satisfechas sus aspiraciones, o bien para orientar su evolución al logro de sus cometidos esenciales.

Entre las muchas perspectivas de estudio que ofrece el tema de la visión del Derecho, hay dos enfoques fundamentales desde los cuales puede emprenderse y aprehenderse el tema (estático-dinámico). El aspecto estático guarda relación con su estructura, mientras que su enfoque dinámico entraña su comprensión desde su realización práctica. Y como quiera que, la realización de éste no es una cuestión que se produce de manera espontánea, ha lugar a la intervención de los sujetos a quienes se dirige éste, ello entronca con la idea de que el Derecho en su aplicación demanda de una actividad no sólo cognoscitiva, sino ejecutiva, que requiere su interpretación, aplicación y

argumentación al objeto de su aplicación específica, sin desconocer el contexto de la producción legislativa que plantea no pocos problemas de argumentación.

1.2. El Derecho y la argumentación.

Según se desprende del planteamiento que hace Atienza (1997:26), sin argumentación (lo que incluye su interpretación) no es posible la realización del Derecho. Ello implica su abordaje a través de los distintos momentos: Legislativo-judicial-dogmático.

En este sentido señala que *“todas las sociedades tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, algunos de los cuales se considera que no podrían resolverse –o al menos tratarse adecuadamente– sin recurrir a instrumentos jurídicos”* (1997: 27). Ello alude sin más al momento de la producción del Derecho.

El momento de su aplicación (jurisdiccional). Al respecto señala el autor que pueden surgir dudas en cuanto a la aplicación de las leyes, ya porque la Ley no basta, no es suficiente. Puede en este momento surgir dudas en cuanto a su validez o conformidad con otras reglas o normas que forman parte del sistema jurídico, o en la pertinencia en su aplicación al caso concreto. La jurisdicción es la instancia encargada de resolver los casos, pero la jurisdicción no puede resolver esos conflictos decidiendo pura y simplemente como enseña el autor, debe pues mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos, es decir, debe acudir al recurso de la argumentación.

En tercer lugar, no por ello menos importante, se encuentra la interpretación en el campo dogmático, la que siguiendo un esquema sistemático, persigue la comprensión del Derecho, con el fin de suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias (legislativa-judicial) y suministrar criterios para su aplicación, lo que distingue ésta vertiente de la anterior es que se ocupa de los aspectos generales y no es vinculante; mientras que la anterior es específica y de carácter obligatorio, por la razón de que el órgano judicial

está en la obligación de decidir, y por tanto, la tercera forma es orientativa al respecto.

En su texto *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica* (2011:19) el mismo autor precisa la noción fundamental de argumentar, al indicar que:

“Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.”

Esta conceptualización por básica que sea, tiene la claridad suficiente como para generar un conjunto de reflexiones en torno a su núcleo, que no es otro que la prestación de razones fundadas en apoyo de una afirmación (o negación) de índole jurídica.

Prosigue, adicionando que es posible distinguir entre la argumentación en su conjunto, respecto de cada uno de los argumentos de que se compone y al efecto, señala la existencia de conjuntos parciales de argumentos (líneas argumentativas) dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (intermedia o final). Esto se pone de manifiesto como puede apreciarse de manera evidente en los casos difíciles, en los cuales es necesario que el juzgador realice una serie de argumentos que aborden los distintos aspectos implicados en el tema, mediante una serie ordenada (encadenada) de argumentos que dan sustento y fundamento a la motivación del fallo de que se trate.

Como enseña el mencionado autor, embarcarse en una actividad de argumentación es una tarea compleja e implica aceptar que el problema específico (del que deriva la necesidad de resolver y argumentar), requiere necesariamente del intercambio de razones y esas razones se hacen presentes y exteriorizan -en ese proceso intelectual- a través del lenguaje oral o escrito. Como idea de fondo, que adquiere el carácter de premisa fundamental, se aprecia como todo lo dicho permite afirmar que, argumentar supone e implica la

necesidad de abandonar al uso de la fuerza (física o psicológica) como medio de resolución del conflicto (2001: 21). Esta idea del autor, es de evidente interés y permite agregar de nuestra parte que, aunque resulte evidente que la violencia física es totalmente antitética con la actividad de argumentar; también lo es y conspira contra el fin superior de justicia –aunque no se la perciba- la coacción psicológica que deriva del empleo de falacias en el proceso argumentativo; situación que es de frecuente realización cuando el discurso argumentativo se aparta de cánones lógico-rationales y se efectúa violentando reglas de relación e inferencia y otras inherentes al sentido común y la racionalidad del proceso argumentativo.

Es oportuno señalar que, en las obras del autor, examinadas con ocasión del presente ensayo, la noción de interpretación, se integra en la de argumentación jurídica. La teoría o teorías de la argumentación jurídica tiene(n) como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos según señala el autor en el texto *Las razones del Derecho* (2003: 1). Se interpretan los textos legales, las sentencias, pero también los hechos, la conducta humana de los sujetos; y esta actividad pareciera ser el punto de partida para alcanzar la argumentación, cuyo punto de llegada es la solución justificada del problema jurídico. Ello, refrenda la posición realista expuesta por el autor al indicar que: *“la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad.”* (2003: 1).

Otro aspecto teórico-practico que indaga y explora el autor, es el relativo a las concepciones de la argumentación. Puede afirmarse que tratándose de un quehacer tan complejo, no existe un enfoque único y suficiente, desde el cual se la realice.

Atienza (2011:21) distingue entre la argumentación formal, material y pragmática. 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. Prima la cuestión lógica y el problema de la interpretación gravita en torno a si a partir de determinadas premisas puede lógicamente derivarse la conclusión alcanzada, a través de específicas reglas de inferencia, que constituye los criterios de corrección del argumento. Son esquemas, formas de argumentos, categorías con prescindencia de su contenido material. Su modelo más frecuente es la inducción, pero ello no excluye el uso de otras formas de razonamiento (inductiva- abductiva).

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; “responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer y consiste en una teoría de las premisas: de las razones para realizar una determinada acción y sus criterios de corrección ya no se hallan desde una consideración formal. Lo importante es verificar bajo qué condiciones un razonamiento prevalece sobre otros en función de sus contenidos reales, es decir, como es, o debería ser el mundo, según precisa el autor (2011: 22). Tiene cabida acá la consideración de los contenidos de verdad, plausibilidad y razonabilidad de los argumentos.

Esta concepción abre un espacio de reflexión al intérprete que se considera aún más amplio y trascendente desde el punto de vista jurídico-político y social, que el que suministra la interpretación formal, pues va al fondo de las proposiciones que hacen parte de los argumentos. El por qué y para qué de las esencia de las instituciones jurídico procesales y de la naturaleza de las cosas y las personas en su actuación hace posible la adecuada interpretación del objeto, desde esta perspectiva.

La *concepción pragmática*: hace alusión –según el autor, 2011: 22- 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; se trata de una actividad final dirigida a los propósitos antes mencionados, que se nutre de la retórica y la dialéctica como procesos de comunicación, por tanto ya no se trata de actividades individuales –como las dos primeras- sino de carácter

social, que persiguen un fin específico o varios a la vez. La persuasión, el convencimiento, el acuerdo y el consenso son las ideas finales que se persigue con la misma.

Luego de ese bosquejo, el autor da entender que, no se trata de tres compartimientos estancos o perspectivas excluyentes, como pudiera asumirse. Es frecuente el empleo de unas y otras en forma concurrente. La clave está en determinar cuando una interpretación se corresponde con uno o varios de los enfoques antes explicados, pues dependiendo de ello los resultados pueden ser concurrentes o disímiles y hasta contrapuestos; cuestión que obliga al intérprete a una toma de posición –y elección- frente a las diversas opciones interpretativas que se le proporcionan, y así escrutar los resultados obtenidos o pretendidos.

Conforme a estas ideas puede considerarse oportuno además, destacar la posibilidad de diversas “soluciones”, según sea la concepción que sirva de punto de partida en la interpretación que se realice. Ello conduce a reconocer la variada gama de soluciones que es dable obtener a partir de estas concepciones, lo determinante es que la interpretación requiere de estar debidamente justificada con buenas razones y en la forma adecuada, que puedan ser evaluadas mediante criterios de corrección, para que pueda decirse que son el producto de un proceso de reflexión y resulten persuasivas.

La interpretación como hacer humano tiene su vocación y admite preferencias. Así y a pesar de que se reconozca la posibilidad de su combinación, ello no obsta para apreciar la existencia de perspectivas de uso preferente, según el sujeto que interpreta. La argumentación del litigante es predominantemente dialéctica, pragmática (dirigida a convencer en pro de sus intereses); la del juez es de orientación material (orientada al ser o deber ser de la conducta); y la del dogmático es de inclinación formal, en tanto consideran las sentencias no como actividad, sino como resultado, tal como advierte el autor bajo estudio (2011:23). Obviamente, existe matices, y no debe entenderse ello como una categorización exclusiva ni excluyente, pues ha lugar a yuxtaposiciones.

El autor considera fundamental que la labor del juez –en materia de argumentación- vaya mas allá de explicar como llegó a determinada decisión; el juez debe en todo caso, justificar, y ello supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, plausible, defendible, y no sólo dar las razones por las cuales se produjo la decisión. El autor afianza su postura en la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, tomados de la filosofía de la ciencia. Expresa al respecto que, por un lado está la actividad de enunciar una teoría, y por otro, el consistente en justificar o validar esa teoría, es decir, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez. Traspolado ello al ámbito de la argumentación jurídica, una cosa es el procedimiento para el establecimiento de una premisa y/o conclusión, y otro el de justificar dicha premisa o conclusión.

Ha de entenderse entonces de acuerdo al autor, que quien decide no sólo debe explicar (los hechos: señalando las premisas) sino justificar (el hecho y el derecho: mediante la decantación de las pruebas y la determinación del derecho aplicable con vista en razones de peso que sirvan de fundamento a uno u otro extremo). Así, la decisión se hace más controlable y puede resultar mucho más adecuada en términos de justicia y de una cumplida administración de justicia.

1.3. La corrección de los argumentos:

En líneas muy generales el autor aborda el tema de la corrección de los argumentos advirtiendo que es posible que ello se predique desde el ámbito formal y desde el material. La lógica formal sólo proporciona mecanismos de corrección formal, desentendiéndose de lo material o de contenido, que naturalmente, son relevantes cuando se argumenta en el contexto jurídico (2003:13). Es posible que a partir de premisas incorrectas se alcance soluciones correctas, desde el punto de vista lógico formal. En la argumentación material se prima la verdad de las premisas y la conclusión o su plausibilidad (defendibilidad).

El problema radica en determinar cuando un argumento es bueno o no, válido o no. Hay argumentos manifiestamente inválidos y otros que parecen válidos,

pero no lo son (falacias). El problema se resume a la dicotomía entre argumentos válidos e inválidos o falacias. Un buen argumento –señala el autor– debe serlo tanto desde el punto de vista formal como material.

1.4. Críticas a las teorías precursoras de la argumentación

Atienza se ocupa de agrupar 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).

La propuesta de Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*):

En cuanto al primer autor y obra antes indicada, Atienza (2003: 32) sitúa su pensamiento, bajo el influjo de Vico, a comienzos del siglo XVIII, en la que contraponía el método antiguo, tópico o retórico, al método nuevo, al método crítico del cartesianismo, con lo que planteaba 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. 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 caracteriza la tópica mediante tres elementos vinculados entre sí. Desde el punto de vista de su objeto como pensamiento problemático; desde el punto de vista del instrumento con que opera, se halla la noción de topoi o *topoi*, o lugar común; y desde el punto de vista de la actividad: como 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 desvirtuación por parte de quien los rechaza o cuestiona.

Viehweg sostiene que el modelo de pensamiento jurídico romano fue esencialmente tópico.

Según Atienza, traduciendo el pensamiento del antes referido autor (2003:35),

“...el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos, y no en la elaboración de un sistema conceptual. El objetivo principal del *ius civile* eran colecciones de reglas, de tópicos (por ejemplo: *quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam iose haberet, etc*), que se legitimaban en cuanto que eran aceptados por hombres notables, dotados de prestigio (la importancia de la referencia a la autoridad para la tópica es una constante desde Aristóteles).”

A partir de la época moderna, la cultura occidental abandona el uso de la tópica y la sustituye por el método axiomático-deductivo, según señala Atienza (2003:36). Este viraje apunta ahora, hacia los principios o axiomas como fundamentos de la argumentación, dejando a salvo que en materia de jurisprudencia ello requiere unos ajustes puesto que los principios deben ser entendidos y aplicados en función de los estrictos límites del problema a resolver.

En lo que atañe a la crítica elaborada por Atienza (2003:37) 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; ó una teoría del uso de estas premisas en el campo de la argumentación jurídica. En tal sentido, el concepto de topos ha sido históricamente equívoco 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 argumentativas.

García Amado, citado por Atienza, rotula esta crítica 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).

Otra observación crítica que se le formula, 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).

Chaim Perelman y la nueva Retórica:

Tal como cabe afirmar de Viehweg, respecto a la tópica como elemento fundamental de la argumentación, puede afirmarse 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* data de 1958, y es una obra que contó con la colaboración de Olbrech-Tyteca, quien de acuerdo a la opinión de Atienza, dotó de sistematicidad al texto. Esta obra cuenta con antecedentes inmediatos del mismo Perelman en su trabajo sobre la justicia, de 1945, tratando de aplicar a este campo el método positivista de Frege, ello implicaba suprimir cualquier juicio de valor sobre la justicia, ya que ello era irracional. Su concepción de la justicia era formal: tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría; iguales o a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades. Lógicamente la aplicación de tales criterios conduce irremediablemente a la elaboración de juicios de valor, lo que no alcanzó a explicar Perelman en tal obra.

Según Atienza (2003: 47), 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 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.

Los argumentos retóricos –señala Atienza, (2003:48) no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar 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.

Su obra 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. En cuanto a lo primero destacan las nociones de orador, discurso y auditorio. Privilegia Perelman el género epidíctico, sobre el deliberativo (ante la asamblea) y el judicial (ante el juez) por la razón de que la argumentación busca la adhesión del auditorio, destacando la insistente clasificación entre auditorio universal y auditorio particular.

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, concentra su crítica a los siguientes aspectos:

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.

2. Peca el autor de impreciso en la formulación y empleo de ciertos conceptos y categorías centrales en la concepción de la Retórica, al decir de Atienza, 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.

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.

Agrega la crítica del mencionado autor: “Uno de los grandes esfuerzos emprendidos por Perelman, el del análisis de las diversas técnicas argumentativas, queda en buena medida, desvalorizado, pues el análisis de la estructura de cada argumento no puede considerarse satisfactorio cuando no está claro cual es el marco en que se inserta y, por tanto, como se relacionan entre sí las diversas estructuras.” (Atienza, 2003: 67).

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. Gianformaggio concede dos acepciones a la noción de auditorio universal, al señalar que argumenta ante un auditorio universal quien argumenta con

seriedad y de buena fe y está convencido de las conclusiones que sostiene y de los procedimientos que utiliza; de otra parte, argumenta ante un auditorio universal no argumenta ad hominem; si se usan juicios de valor sería imposible dirigirse al auditorio universal, puesto que estos valen únicamente frente a auditorios particulares.

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. El derecho del estado moderno presenta un nivel de institucionalización más elevado, con más poderosos elementos de coacción, y por tanto la retórica ocupa un espacio más reducido en el discurso jurídico.

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*, de 1958.

Según entiende Atienza (2003: 81) 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; agrega que la lógica formal sólo tiene campo fértil en las matemáticas y no en el campo de la razón práctica.

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

“El punto de partida de Toulmin es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos. Aunque exista una gran variedad de usos del lenguaje, es posible distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo. El primero

tiene lugar cuando las emisiones lingüísticas consiguen directamente sus propósitos sin necesidad de dar razones adicionales; por ejemplo cuando se da una orden, se pide algo, etc. El uso argumentativo, por el contrario, supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas. Dicho uso tiene lugar, por ejemplo cuando se plantea una pretensión jurídica (por ejemplo X tiene derecho a recibir la herencia), se comenta una ejecución musical, se apoya a un candidato para un empleo, etc. 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).

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 respaldo 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; todos los elementos de la argumentación están conectados entre sí.

Estos elementos son los presupuestos de toda clase de argumentación:

“Lo que funciona como respaldo final de los argumentos ante cualquier clase de audiencia es el sentido común, pues todos los seres humanos tienen similares necesidades y viven vidas similares, de manera que comparten los fundamentos que necesitan para usar y comprender métodos similares de razonamiento.”

La crítica de Atienza, 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, 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 categóricas.

Finalmente Atienza (2003:101) acepta que la teoría de Toulmin en algunos aspectos vaya más allá de la lógica formal, pero no contra ella.

1.5. Críticas a las teorías estándar de la argumentación

Durante la década de los años 70 y 80 del siglo pasado, se dio a conocer las obras de Neil MaCormick y Robert Alexy, considerados respectivamente como los autores de la denominada corriente estándar de la argumentación jurídica.

La tesis fundamental de MaCormick:

Se encuentra contenida en su obra *Legal Reasoning and Legal Theorie*, de 1978, allí el autor, con sencillez y claridad expone su planteamiento integrador, armonizando la razón práctica Kantiana con el escepticismo humano, señalando que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría

de las pasiones; propugna una teoría tanto descriptiva como normativa, que considere los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como los no deductivos; de los aspectos formales y materiales, llamada a ocupar un lugar intermedio entre una teoría ultrarracionalista y una irracionalista. Según este autor 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.

Al referirse a los presupuestos o límites de la justificación deductiva, MaCormick señala que el juez debe aplicar reglas de derecho válidas, sin entrar en la naturaleza de dicho deber; el juez debe también identificar las reglas válidas; debe formular las premisas fácticas y normativas lo que no es problemático en los casos fáciles; pero sí lo es, en los casos difíciles.

El mencionado autor, hace una división cuatripartita: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación, refiriéndose los dos primeros a cuestiones normativas y los dos últimos a premisas fácticas. Existen problemas de interpretación cuando se sabe cual 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.

Como idea central cuando el caso es fácil parece suficiente la justificación deductiva, no así en los casos difíciles, en los cuales es necesario cumplir con la regla de la universalidad (que no tiene que ver con su generalidad, sino que se trata de un requisito de carácter lógico) y esto cierra y comprende la justificación de primer nivel (interna); y en segundo lugar, que la decisión que se adopte tenga sentido en relación con el sistema, es decir que posea consistencia y coherencia. Lo primero implica ausencia de contradicciones y lo

segundo, afiliación y concordancia con los principios y reglas del sistema y con el mundo (justificación externa o de segundo nivel). Los casos difíciles no tienen una única solución, sino que pueden llegar a tener varias soluciones posibles, no siendo suficientes la concepción consecuencialista que propone el autor.

La crítica de Atienza, se puede resumir así:

1.- La utilización de la lógica preposicional 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; ó 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.

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.- Los juicios de valor tienen un uso más restringido que el que MaCormick considera aplicable a la determinación de los hechos, en la interpretación de las normas y en la aplicación de términos valorativos.

La tesis fundamental de Robert Alexy:

Robert Alexy de origen alemán, representa uno de los autores más conocidos y difundidos en Europa y parte del mundo de habla hispana, que se ha ocupado del tema de la argumentación jurídica. Su obra fundamental se halla contenido en su texto *Theorie der juristischen Begründung* de 1978. Su planteamiento en la misma corriente de MaCormick parte de un sentido contrario; mientras que aquél 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, para él, 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: 149-150).

Alexy, plantea no sólo una teoría que se ocupa del aspecto normativo de la argumentación jurídica y que permita distinguir los buenos de los malos argumentos, sino que propone un planteamiento analítico al explorar la estructura de los argumentos, asumiendo un abordaje descriptivo al incorporar elementos empíricos en su teoría. El autor es tributario de las ideas de Hare, Toulmin y Baier, pero también de Habermas y Perelman. Fundamentalmente, su teoría –al decir de Atienza (2003:150) constituye un esfuerzo de reinterpretación y sistematización de la teoría del discurso Habermasiana, en la empresa de aplicarla al campo jurídico.

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; reglas que se refieren no sólo a las proposiciones, sino a los hablantes, lo que implica afirmar que no son sólo reglas semánticas, sino pragmáticas.

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 discurso práctico. Estas reglas contienen los principios de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje. Las *reglas de razón* 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.

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, según expresa Atienza (2003: 170).

Alexy reconoce los límites de la argumentación jurídica al aceptar de 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; hay que 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 ó lo discursivamente posible. Su planteamiento dice relación, además, de que sostener la tesis de una única respuesta correcta es equivocado, pues haría falta una teoría fuerte o total para ello.

“Toda discusión tiene que tener un punto de partida. No puede comenzar en la nada. Este punto de partida consiste en las convicciones normativas de los participantes tácticamente existentes. La teoría del discurso no es nada más que un procedimiento para su tratamiento racional. Y aquí, cada convicción normativamente relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional. (Atienza, 2003: 173)

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. 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. Esta crítica apunta al hecho de que la visión de racionalidad que maneja Alexy se refiere a la forma del discurso, y no al problema de las buenas razones.

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.

Atienza expresa que “una teoría de la argumentación jurídica, que pretenda dar cuenta de los diversos procesos de razonamiento que tienen lugar en el derecho tendría que partir, probablemente, de un modelo más complejo que el considerado por Alexy” (2003: 197), en los que se integren la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica y de racionalidad instrumental.

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.

En el plano ideológico se le critica la falta de claridad de la distinción realizada entre los contextos de la descripción y de prescripción, sobresaliendo el intento ideológico de Alexy al tratar de adecuar su teoría al propósito de justificar de forma acrítica el modelo de derecho del Estado democrático y constitucional.

1.6. La propuesta de argumentación en Manuel Atienza

En su texto, las razones del Derecho (2003), el mencionado autor recoge las diversas críticas realizadas a los representantes de las teorías precursora y estándar de la argumentación, y las ensambla mediante proposiciones de carácter general que -a su decir- es necesario y conveniente considerar y tener en cuenta en lo que respecta al diseño, construcción y evaluación de una teoría general de la argumentación, con una planteamiento de carácter modelito, 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 –plausible- 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 edificar e 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*.

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 ensayo). 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. 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, debiendo además trascender los límites de la teoría del derecho y considerar los aportes de la teoría sociológica.

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. Y esto lo asume Atienza como una derivación lógica de la función de la argumentación, al señalar:

“Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar –racionalizar- el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender ese control al momento de la producción de las normas.” (2003: 205)

A este propósito el autor, consigna la idea distinguir entre una fase prelegislativa, otra propiamente legislativa y otra postlegislativa, siendo necesario partir de alguna teoría de la legislación, que cumpla un papel similar al de la teoría del derecho en el razonamiento jurídico en la fase de interpretación y aplicación del derecho.

Atienza señala que la legislación constituye una serie de interacciones que tiene lugar entre distintos elementos: editores, destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores; ello implica afirmar que la racionalidad legislativa se puede apreciar desde uno de –varios o todos- los ángulos indicados, con lo cual la argumentación en cada uno de estos aspectos adquiere perfiles concretos. Coloca como ejemplos la racionalidad lingüística desde las perspectivas del editor, de la ley en el sentido de que el editor debe ser capaz de transmitir un mensaje –la ley- al receptor –el destinatario-; una racionalidad jurídico-formal en tanto la Ley se inserte armónicamente en el sistema jurídico existente; una racionalidad pragmática dirigida a motivar la conducta de los sujetos destinatarios; una racionalidad teleológica que comprenda los fines sociales que la ley debe contener y alcanzar; y una racionalidad ética que logre amalgamar las conductas prescritas y los fines perseguidos por la Ley en una justificación ética.

En tercer lugar, la teoría estándar de la argumentación privilegia el aspecto de la adjudicación, dejando a un lado la realidad que resulta de que muchos

conflictos se resuelven mediante procesos de negociación y mediación, a los cuales poca atención brinda la teoría de la argumentación. Una tal teoría alternativa debería considerar los razonamientos y argumentaciones que se producen al interior de dichos procesos de negociación, no sólo por razones prácticas, sino teóricas. Y en cuanto a los criterios de corrección de la argumentación, ello requiere de un modelo que sintetice y combine la racionalidad discursiva con la racionalidad estratégica.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación no puede tener una vocación puramente prescriptiva, sino también descriptiva, teniendo en cuenta los argumentos que acontecen en la vida jurídica. Para ello propone, retomar y fortalecer la argumentación en los contextos de descubrimiento y de justificación, mediante un discurso doble, que sea tanto descriptivo, como prescriptivo.

Problemas metodológicos:

Atienza 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 jurídicas (2003:208).

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 lo primero, 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. Señala que el uso que hacen MaCormick y Alexy de la lógica formal deductiva no es suficiente para alcanzar este propósito. Postula que tanto en la argumentación jurídica, como en la argumentación práctica es fundamental considerar la existencia de argumentos a favor de y argumentos en contra de, para los cuales no resulta adecuado el uso de la simple inferencia lógica. En su lugar, ello se puede lograr

si se acude al empleo de diagramas que den cuenta de los aspectos sintáctico, semántico y pragmático de la argumentación. Propone dicho autor, el uso de vectores para establecer las relaciones (sintaxis) de los argumentos entre sí; el aspecto semántico, se representa mediante letras minúsculas y el pragmático, mediante una simbología compuesta por figuras geométricas. La representación de todo lo anterior conduce a una figura reticular, en la que se integran los distintos aspectos antes indicados, y que van más allá de las premisas empleadas en la lógica formal de los silogismos.

En cuanto a lo segundo, destaca –el autor- 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; no así las que argumentaciones que surgen en los casos difíciles, las cuales normalmente gozan de una racionalidad mínima y a veces suficiente que hace más compleja la adopción de una solución; por lo que –aunque no lo expresa el autor- debe acudir a otros criterios complementarios, ya axiológicos y pragmáticos, que completen los primeros, ya que el acto de argumentación, como actividad final debe proteger unos valores y estar orientado a una finalidad superior: justicia y equidad; solo así, se logra zanjar la falencia de la sola racionalidad.

Funciones de la argumentación jurídica

Y en lo que concierne a las funciones de la teoría de la argumentación -refiere Atienza- que esta debería cumplir a menos tres funciones fundamentales: teórica, práctica o técnica y política o moral: Mediante la primera se postula que la teoría de la argumentación debería contribuir al desarrollo de otras disciplinas, jurídicas o no, lo que plantearía la posibilidad de una comprensión más profunda del fenómeno jurídico y de la práctica de argumentar. Se trata entonces, de combinar la visión del Derecho como sistema de normas, pero también como sistema de procedimientos, en lo que el autor reconoce la propuesta que hace Alexy. 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.

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 el Atienza (2003:217). Adicionalmente, introduce dos sub variantes relacionadas con la construcción de sistemas jurídicos expertos y la enseñanza del derecho. Esto último plantea un rediseño de las formas de enseñanza, planteando la necesidad de aprender a pensar o razonar como un jurista, dejando atrás el mero conocimiento de los contenidos jurídico positivos.

La función política o moral de la teoría de la argumentación jurídica guarda relación con el tipo de ideología política que se asienta en la base de la teoría de la argumentación. Si bien parece compartir la visión positivista de Alexy, matiza la idea al considerar la necesidad de una ideología más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, por ese derrotero es posible un enfoque más realista del derecho. Es paradigmática la reflexión del autor al indicar que “El derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes)” (2003: 218).

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, ha 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.

Conclusión

1. La utilidad de un ensayo descriptivo sobre el examen realizado por Manuel Atienza a las teorías de la argumentación, en los límites de las corrientes precursoras y estándar 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.

2. 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. De otra parte, cabe reconocer en autores como Neil MaCormick y Robert Alexy, su protagonismo fundamental en los actuales estudios sobre el tema de la argumentación, sin desconocer tampoco la valía y vigencia actual de los trabajos elaborados Ronald Dworkin, Josep Raz, Alf Ross y Manuel Atienza, entre otros.

3. Las corrientes precursoras y estándar no son completamente antagónicas ni excluyentes. Fuera de las consabidas diferencias de enfoque que pueden advertirse en sus propuestas, 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.

4. 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, equilibrio y propicia una mayor credibilidad.

No obstante, las ideas que propone para una teoría alternativa 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 inocultable 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, desde la perspectiva de los operadores del sistema jurídico: abogados, fiscales, jueces y magistrados.

5. Finalmente, dada la complejidad, profundidad e implicaciones del tema de la argumentación jurídica, habría que advertir que el propósito de alcanzar –en el corto plazo- una teoría total de la argumentación jurídica en buena medida resulta utópico. En su lugar, resulta preferible y viable, comenzar a cimentar las bases fundamentales de una propuesta alternativa –con pretensiones más modestas y realistas- que considere no sólo el objeto de la empresa, sino la necesidad de dotar a la comunidad jurídica de sensibilidad suficiente para comprender y aprehender una conciencia auténtica sobre los peligros que para la práctica del derecho, implica las argumentaciones jurídicas asistemáticas, distorsionadas o rupestres, que con harta frecuencia destacan en el foro judicial, restándole valor a lo que es una actividad fundamental y necesaria en la ingente tarea de comprender el derecho, para así pedir y administrar justicia. Si alcanzamos ese cometido, ganamos todos: los operadores, estudiantes y teóricos del derecho; pero sobre todo, la sociedad, que vera en mejor y mayor medida atendidas sus demandas de justicia.

Referencias Bibliográficas

Atienza, M. Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997.

_____, Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003.

_____, Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.