A PROPÓSITO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Manuel Atienza
Universidad de Alicante (España)

1 Hace un poco menos de 22 años, viajé por primera vez a la Argentina, con el propósito de reunir información para mi tesis de doctorado que versaba, precisamente, sobre la filosofía del Derecho en ese país. Como he tenido ocasión de decir muchas veces, ese viaje constituyó para mí una gran suerte, tanto en el plano personal como en el intelectual. En relación con el primero de ellos, bastará con que diga que, desde entonces, muchos de mis mejores amigos son argentinos, como argentinos son también la mayor parte de los filósofos del Derecho a quienes considero mis maestros. El que esas dos clases -la de los amigos y la de los maestros- no sean precisamente disjuntas es una dichosa coincidencia que me ha deparado muchísimas satisfacciones y alguna que otra pena; la mayor de todas ellas es el notar la ausencia de dos amigos y maestros a quienes he estimado y admirado profundamente: Carlos Nino y Carlos Alchourrón.

El viaje a la Argentina en octubre de 1975 hizo que me sintiera, durante cierto tiempo, como una especie de «descubridor» de un nuevo mundo iusfilosófico que en muchísimos aspectos -en casi todos- aventajaba con mucho al español de la época. Las cosas han cambiado desde entonces bastante, en no poca medida porque lo que en aquel momento eran dos mundos con pocos lazos de unión constituyen hoy, en muchos aspectos, un único mundo, una misma comunidad iusfilosófica.

Hay muchos datos que avalan esta última afirmación. Algunos tienen que ver con la existencia de empresas comunes, y otros -los que aquí más me interesan- con la proliferación de polémicas internas a esa comunidad. Uno de esos temas polémicos ha sido el de la argumentación jurídica (o, si se quiere, el de la justificación de las decisiones jurídicas -en particular, las judiciales), con la discusión acerca del papel que la lógica y la moral han de jugar -o juegan de hecho- al respecto. Y aquí, las dos posturas enfrentadas, que marcan también una especie de división interna a la iusfilosofía de inspiración analítica, estarían representadas, paradigmáticamente, de un lado,

por Eugenio Bulygin -digamos, el *capoescuola* de la dirección formalista, logicista- y, de otro lado, por Carlos Nino, para el cual la argumentación jurídica -para decirlo con la terminología de Robert Alexy que Nino hizo suya en alguna ocasión- sería esencialmente un caso especial de la argumentación moral. Esa polémica ha tenido diversos episodios, desarrollados en escenarios distintos, y ha conocido -como decía- una variedad de protagonistas. Uno de los últimos -o, quizás, el último, por el momento- de esos episodios lo constituye el reciente libro de Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* [1996], que probablemente representa también la más completa exposición de las tesis que antes he llamado formalistas.

2. Dos veces he leído ese libro: una, cuando lo presentó como tesis de doctorado, ante un tribunal del que formé parte; y otra ahora -hace unas semanas- cuando preparaba precisamente la redacción de esta ponencia. En ambos casos me produjo una misma impresión de trabajo brillante que denota agudeza, profundidad de pensamiento y una gran formación filosófica. No me siento, sin embargo, muy de acuerdo con sus tesis de fondo; con algunas de ellas diría incluso que me siento en profundo desacuerdo. Lo que Cristina Redondo defiende en su libro -y que ya había anticipado en un artículo escrito conjuntamente con José Juan Moreso y Pablo Navarro [Moreso-Navarro-Redondo 1992]- es, por un lado -y básicamente- la separación entre el Derecho y la moral y, en particular, la tesis de que la justificación de las decisiones judiciales no implica necesariamente el uso de normas y de principios morales, y, por otro lado, la primacía de la justificación de carácter lógico-deductivo (en aquel artículo se insinuaba como tesis de la «suficiencia» de la lógica) frente a la justificación de carácter sustantivo. El blanco principal -pero no único- de la crítica lo constituye, inevitablemente, la obra de Carlos Nino al que acusa, entre otras cosas, de no haber distinguido satisfactoriamente los diversos significados de «razón» y de «razón para la acción» (p. 259), así como de defender tesis iusnaturalistas («iusnaturalismo ideológico» lo llama Redondo [p. 236]) y un esencialismo conceptual, respecto a los conceptos de deber, de corrección y, sobre todo, de razón para la acción (p. 251).

Esas críticas son, en mi opinión, básicamente injustas y se basan -creo yo- en una incomprensión de fondo de la obra de Nino y, en general, de la concepción iusfilosófica a la que ésta pertenece. No voy a entrar aquí a analizar estas, ciertamente complejas, cuestiones. Concedo además que en la obra de Nino hay ciertas oscuridades al ocuparse de los conceptos de justificación o de razón para la acción. Pero lo que Cristina Redondo -y, en general, los partidarios de esa tesis- no parece tener en cuenta -o no están dispuestos a aceptar- es que se puede, por ejemplo, distinguir conceptualmen-

te entre razones explicativas y razones justificativas (o entre el discurso descriptivo y el normativo), pero pensar también que entre ambas puede haber ciertos nexos. Que se puede ser objetivista en moral y considerar que la justificación en sentido genuino de una decisión implica siempre una justificación moral, sin que se sea por ello un autor iusnaturalista, esto es, sin considerar que sea por ello irrelevante, respecto de su corrección, «el hecho de que una decisión se derive de las normas del sistema jurídico» (p. 236). Y que analizar los conceptos jurídicos o morales de manera que ellos nos permitan reconstruir lo que son nuestras prácticas jurídicas y morales no tiene nada que ver con el esencialismo conceptual.

Hay muchos textos de Nino que podrían aducirse en favor de esas tesis. Uno de los que me parecen más claros es su intervención en el simposio que celebramos con algunos representantes americanos del movimiento *Critical Legal Studies* en Madrid, en junio de 1992, y que se publicó como texto póstumo en el nº 14 de DOXA [Nino 1993]. En esa ocasión, Nino consideraba como característico del método analítico la distinción entre tres tipos de proposiciones: conceptuales, descriptivas y normativas. Remarcaba en particular la importancia de distinguir entre lo descriptivo y lo prescriptivo, con lo que se corresponde «una distinción que creo es fundamental para la filosofía analítica (...) entre razones o justificación y motivos o causación», pero añadía que «por supuesto» «un filósofo analítico puede admitir también que haya puentes entre lo descriptivo y lo normativo» (pp. 36 y 37). «La filosofía analítica -decía Nino- se autoconcibe como empezando por un análisis conceptual generalmente muy cuidadoso y preciso», pero -aunque a más de uno pueda parecerle sorprendente- «es básicamente una actividad de tipo normativo» (p. 37).

Respecto a su visión del Derecho, lo que consideraba central era la necesidad de «conectar el Derecho con la política a través de la moral» (p. 38). La controversia tradicional entre positivismo y iusnaturalismo la consideraba como algo a disolver, pues en buena parte responde a «una confusión conceptual»; «lo que la motiva es un esencialismo en materia conceptualista al suponer que hay una sola posible definición de Derecho» (p. 39). Por el contrario, lo que él consideraba como «la pregunta crucial de la Filosofía del Derecho» es «si las proposiciones jurídicas o normas jurídicas (...) constituyen por sí mismas y en forma independiente y autónomas razones para justificar acciones y decisiones». «Mi respuesta -añadía- es que si el Derecho se entiende en términos puramente descriptivos como lo propone el positivismo, la respuesta es negativa (...) simplemente por la distinción entre lo descriptivo y lo normativo. La imposibilidad de pasar de hechos -porque en definitiva acá se está identificando el Derecho existente, el Derecho positivo, con ciertos hechos- a razones que justifiquen acciones o decisiones»

(p. 39-40). Ahora bien, la necesaria dependencia del Derecho respecto de la moral plantea un par de paradojas. Una de ellas (la otra sería la de la indeterminación radical del Derecho) es la de «la irrelevancia moral del Derecho», que viene del hecho de que «si en todo razonamiento justificatorio como el que hacen los jueces es necesario acudir en última instancia a razones morales para justificar las prescripciones jurídicas, la pregunta es ¿por qué necesitamos esas prescripciones jurídicas? ¿por qué no nos quedamos con las razones morales y se terminó?» (p. 40-41). Para superar esa paradoja, Nino advierte que es preciso superar también el individualismo metaético que supone que «los principios morales se refieren a acciones individuales; y esto -añadía Nino- en buena medida, y en casi toda la medida en lo que hace al Derecho, al plano jurídico, creo que es un error» (p. 41-42). «El Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo (...) una práctica social (...) quiere decir que el juez que tiene que decidir un caso, no tiene que decidir como si estuviera solo en el mundo y tomar la mejor decisión (...) El razonamiento jurídico justificatorio de un juez se da en un plano escalonado, digamos: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente justificada (...) luego pasa a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está o no justificada de acuerdo a esa práctica» (p. 42). En el plano epistémico de la moral -añadía todavía Nino- «hay una tradición que supone que si alguien no es subjetivista en materia moral en lo que cae, como el iusnaturalismo tradicional, es en una especie de individualismo epistémico en materia moral. Esto es lo que voy a atacar: la idea de que uno llega a principios morales válidos aún en el plano intersubjetivo por su propia reflexión individual aislada» (p. 43). Etcétera.

Todo esto, Nino lo decía con el propósito de caracterizar la iusfilosofía analítica -o el método analítico- en relación con la concepción de quienes allí asumían el punto de vista de las teorías críticas del Derecho (los *Critical Legal Studies*). Lo curioso del caso es que esa manera de entender el método analítico y la filosofía del Derecho -con la que básicamente estoy de acuerdo- resulte hasta tal punto divergente con respecto a otras concepciones iusfilosóficas pertenecientes también a la tradición analítica, y de la que forma parte el libro de Cristina Redondo. Esa discrepancia en cuanto al fondo -o sea, en cuanto a los presupuestos, a los intereses de conocimiento, a la forma de entender la teoría del Derecho, etc.- es tan profunda que muchas veces, discutiendo con algunos de sus representantes -argentinos y españoles-, he tenido la impresión de que se trataba, en realidad, de una discusión estéril, en la que todo estaba ya dicho y ninguna de las dos partes tenía la menor posibilidad de modificar la postura de la contraria. Para volver al tema de la justificación de las decisiones judiciales, a mí me parece sim-

plemente descabellado pensar que la justificación jurídica sea independiente de la justificación moral, esto es, que no exista -en algún sentido- una conexión esencial entre la argumentación jurídica y la moral; y todavía más descabellado, que esa justificación consista exclusiva o fundamentalmente en una justificación de tipo lógico-deductivo. Por lo demás, he discutido esas dos tesis a propósito del artículo de Navarro, Moreso y Redondo al que antes hacía referencia [Atienza 1994], y no es cuestión de repetir ahora esos argumentos (pues, por mi parte, se trataría de repetirlos, ya que la postura de Cristina Redondo en su libro es esencialmente la misma que había defendido anteriormente). Aquí elijo, por ello, una estrategia de aproximación al libro -y a la dirección de iusfilosofía analítica que representa- distinta y que consiste en centrarme en lo que, en principio, me parece más prometedor y compartible: su análisis del concepto de argumento.

3. Lo fundamental de ese análisis parece poder resumirse así.

1) Dejando a un lado la razón como facultad o capacidad humana (teórica o práctica), existen básicamente tres nociones distintas de razón: como premisa de un argumento, como motivo y como justificación. Entre esas tres nociones existe una separación clara y es un error suponer que existe o que puede construirse un único concepto de razón o de razón para la acción. Ello es así porque cada uno de esos sentidos cumple una función distinta que está determinada también por condiciones distintas: «Las condiciones que debe reunir algo para ser una razón-premisa, capaz de justificar en sentido formal una conclusión, las establece la teoría de los argumentos, i. e. la lógica. En este sentido, la condición esencial es que sea un enunciado o proposición. Por su parte, las condiciones para que algo pueda ser considerado una razón capaz de explicar una acción dependerá de las teorías de la acción y de la explicación que se adopten. Del mismo modo, las condiciones para que algo pueda ser considerado una razón que justifica una acción, en sentido sustantivo, dependerá de la concepción normativa (religiosa, política, jurídica, ética, etc.) que se escoja» (tesis, p. 79).

2) Dada la conexión existente entre la noción de razón y la de argumento, no existe tampoco una única noción de argumento, aunque cabría decir que el argumento por antonomasia es el argumento en sentido lógico, o sea, «una secuencia de proposiciones o enunciados entre los cuales uno de ellos se deriva de los restantes en virtud de la aplicación de cierta regla de inferencia». Pero de argumento práctico se habla no sólo en este sentido lógico, sino también en cuanto noción teórico constructiva y en cuanto noción normativa. En estos dos últimos casos, los argumentos hacen alusión también a conjuntos de enunciados, pero que no guardan entre sí una relación de tipo lógico. Además, en los tres casos debe distinguirse entre los «modelos abstractos» de razonamiento y los «procesos psicológicos o verbales

de argumentación» con que se vinculan y que también se denominan «argumentos prácticos»: «El argumento entendido como estructura lógica, puede tomarse como patrón para calificar el procedimiento que sigue un individuo cuando argumenta[1]. Por ejemplo, si un juez, al fundamentar su decisión, no se adecua a alguna estructura deductiva, su justificación debe considerarse inválida y descartada como argumento lógico. Por el contrario, el esquema abstracto de argumento práctico que se utiliza en la reconstrucción de la acción, podría ser descartado si se mostrase que no permite entender como acciones aquello que una idea intuitiva identificaría como tales, o si no es útil para formular hipótesis o predicciones adecuadas. Por último, en el caso del argumento en sentido normativo, la falta de adecuación con los procesos reales de argumentación justificaría un reproche por no realizar una conducta debida, pero no un abandono de los modelos» (p. 115) (precisamente porque aquí los modelos son normativos, no pretenden *reconstruir* lo que alguien hace cuando argumenta).

3) En relación con la justificación judicial, lo anterior lleva a distinguir tres sentidos y funciones de los argumentos prácticos: «(a) el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación, (b) el que representa el proceso psicológico del juez y (c) el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta. Los tres esquemas de 'razonamientos prácticos' guardan relación directa con las distinciones apuntadas respecto a los significados de 'razón'. Todo argumento práctico, en sentido lógico, menciona razones premisas. Todo argumento práctico en sentido teórico-reconstructivo, aplicado a una acción, menciona razones explicativas. Por último, todo argumento práctico en sentido normativo establece cómo se deben evaluar las razones sustantivas» (p. 256).

4) Dado que el segundo de los anteriores sentidos (teórico-reconstructivo) cumple una función explicativa, quedan dos sentidos de justificación aplicables a la reconstrucción de una sentencia judicial. La justificación en sentido formal y objetivo (basado en la existencia de una razón o justificación, no en la creencia o la aceptación de algo como una razón: este último sería el sentido subjetivo [p. 255]) le parece a Redondo incuestionablemente exigible y que no plantea demasiados problemas, dado que «los parámetros de la lógica permiten controlar la justificación de la sentencia en este sentido» (p. 258). La justificación sustantiva, en sentido subjetivo, no puede considerarse una condición necesaria de la justificación judicial (el compromiso con una creencia moral no puede exigirse, puesto que las creencias

[1] «Desde el punto de vista funcional o pragmático, el argumento práctico en sentido lógico tiene un uso característico como patrón para juzgar la validez de los razonamientos reales» p. 160, tesis).

son involuntarias y puesto que, además, ese compromiso podría simularse). La justificación sustantiva en sentido objetivo sólo puede exigirse si existe un consenso en torno a una teoría normativa, teoría de la que dependen la existencia de esas razones objetivas. «La garantía de "objetividad" será siempre en relación a esa teoría. Si quienes controlan y quienes son controlados en su tarea de justificar no sustentan una misma teoría normativa, la discusión acerca de la corrección de la justificación no es racional» (p. 258).

4. En el libro de Cristina Redondo que he tomado -e insisto en ello- como modelo de una orientación iusfilosófica ampliamente difundida en Argentina y también -aunque en menor medida- en España (mi amigo Roberto Vernengo diría seguramente que por nuestro iusnaturalismo «endémico»), hay muchas distinciones y análisis incuestionablemente valiosos (no sólo los antes reseñados) para una reconstrucción adecuada del concepto de razonamiento y de razonamiento jurídico. Pero cuando se reflexiona sobre todo ello surgen -o, al menos, me surgen a mí- estas dos cuestiones. La primera es si ese análisis contiene todos los ingredientes necesarios para dar cuenta del razonamiento, o bien deja fuera elementos de importancia crucial o que, al menos, pueden considerarse de interés. La segunda es si el haber trazado todas esas distinciones, o el ser consciente de la importancia de las mismas, lleva inexorablemente a negar que pueda haber también algún tipo de unidad entre ellas; por ejemplo, que pueda existir algo que una de manera esencial las tres nociones distintas de argumento -o de argumento práctico- que hemos visto.

4.1. Con respecto a la primera pregunta, lo que me parece falta en el anterior análisis es, fundamentalmente, la argumentación en cuanto práctica. Es cierto, como hemos visto, que ahí se distingue entre los «modelos abstractos de razonamiento» y los «procesos psicológicos o verbales de la argumentación». Pero al respecto cabría decir: en primer lugar, que la distinción se hace precisamente para no ocuparse de esos procesos; y en segundo -y fundamental- lugar, que esa práctica no consiste meramente en un fenómeno psicológico, individual, sino que es también -que ha de verse también como- una práctica social.

En otro lugar [Atienza 1997] he distinguido entre una concepción formal, material y pragmática o dialéctica de la argumentación, cada una de las cuales se corresponde, me parece, con una situación distinta en que, se diría, surge una necesidad de argumentar.

La primera de esas situaciones tiene lugar cuando alguien tiene que resolver un problema a partir de ciertos datos -ciertas premisas- ya dadas, haciendo abstracción del posible contenido de verdad o corrección de las mismas, y utilizando ciertas reglas -reglas de inferencia- también previamente determinadas. Un ejemplo característico de ello sería el tipo de razona-

miento requerido para resolver los ejercicios propuestos en un libro de lógica. Ese razonamiento puede efectuarlo un individuo aislado y no tiene, naturalmente, relevancia social en sí mismo, aunque sí mediatamente, como entrenamiento para embarcarse en numerosas prácticas sociales -en todas aquéllas que tengan alguna pretensión de racionalidad.

La segunda de esas situaciones se plantea frente a problemas que podemos llamar sustantivos, esto es, que hacen referencia teórica o prácticamente al mundo, de manera que no cabe hacer ya abstracción del contenido de verdad o de corrección del punto de partida, de las premisas. Los problemas de carácter científico (por ejemplo, cómo explicar la actual configuración de Marte), técnico (cómo optimizar los recursos hídricos en una zona semidesértica como Alicante) o moral (¿se debe prohibir -o se debe prohibir siempre- la clonación de seres humanos?) serían casos paradigmáticos de situaciones que desencadenan procesos de argumentación de este tipo. Su relevancia social es obvia, pero aquí podría decirse todavía que una cosa es la argumentación que desarrolla un individuo (que se enfrenta con un problema de alguno de los anteriores tipos) y otra la repercusión social que ello pueda tener.

Hay, sin embargo, un tercer tipo de situación, en que no cabría efectuar esta distinción entre el plano de lo individual psicológico y el de lo social; o, mejor dicho, situaciones en que argumentar consiste propiamente en una interacción social. Se trata de situaciones en que interactuamos con otro (o con otros) para lograr que ellos (o terceras personas) acepten ciertas tesis (respetando ciertas reglas, y a partir de algunos presupuestos comunes). Los debates políticos o muchas «discusiones de café» en las que todos nos embarcamos de cuando en cuando serían ejemplos de ello, como también cierto hábito social existente en la Atenas clásica y que parece haber sido el «contexto real» en que se inserta la doctrina que Aristóteles construye (o, mejor cabría decir, reconstruye) en los *Tópicos* y en las *Refutaciones sofísticas.*

Según Miguel Candel, ese hábito social consistía «en la celebración de debates públicos bajo la presumible vigilancia de un árbitro, en que dos discutidores (dialektikoi), profesionales o aficionados, con fines instructivos o de mero entretenimiento, proceden a asumir, respectivamente, los papeles de sostenedor e impugnador de un juicio previamente establecido (...) El impugnador se esforzará, mediante preguntas lo más capciosas posible, en probar, *a partir de las propias respuestas del adversario,* la afirmación de lo que el juicio previamente establecido negara (...) o la negación de lo que afirmara. El sostenedor, por su parte, responderá lo más cautamente posible a fin de no conceder nada de lo que pudiera desprenderse lo contradictorio de lo que sostiene. Ambos han de proceder de buena fe en esta competición,

absteniéndose de recurrir a «marrullerías» (...) como negarse a responder ante preguntas correctamente formuladas o seguir preguntando lo mismo con pequeñas diferencias cuando la respuesta ha sido lo suficientemente inequívoca y clara (...)

El debate parte de un problema (...) El problema es una interrogación disyuntiva del tipo: *¿Es o no verdad que tal cosa es así?* El sostenedor toma entonces partido por uno de los miembros de la disyunción y se inicia el proceso (...) Teniendo en cuenta, ante todo, que el problema escogido ha de ser una cuestión «discutible» o «debatida» (...)

Ahora bien, la elección del problema es sólo el primer paso: inmediatamente después, el que responde asume uno de los dos miembros de la disyunción (...)

Acto seguido, el que pregunta acomete su tarea planteando al adversario una serie de cuestiones en forma, también, de proposiciones que, sin ser necesariamente verdaderas, cuenten a su favor con un cierto grado de credibilidad (...); estas proposiciones han de ser tales que su concesión o su rechazo por el que responde las constituya en «premisas» (afirmativas o negativas) de un razonamiento (*syllogismós*) que concluya o parezca concluir la contradicción de la proposición defendida por el que responde, con lo que éste sale derrotado del combate. Si, por el contrario, este resultado no se alcanza en un lapso de tiempo fijado previamente, la victoria corresponderá al que responde» [Candel 1982, pp. 82-84].

Pues bien, este último contexto de la argumentación (o este tipo de práctica argumentativa o enfoque de la argumentación) cae, me parece, claramente fuera de las tres nociones de argumento que se distinguían en el libro de Cristina Redondo. Obviamente, tiene mucho que ver con el concepto lógico de argumento, pero no puede reducirse a razonamiento lógico (por lo menos, si se entiende la lógica en el sentido en que lo hace Redondo, como lógica formal deductiva). Ni tampoco, al razonamiento en sentido teórico-reconstructivo o normativo; aquí no se trata propiamente de explicar ni de justificar sustantivamente algo. Ahora bien, dado que las otras prácticas argumentativas se conectan claramente con modelos o tipos de racionalidad bien definidos (la racionalidad lógico-formal, la racionalidad científica, la racionalidad técnica, la racionalidad moral) cabría hacerse la pregunta de si esta última cae fuera de la idea de racionalidad (o es una forma «degenerada» de alguno de los anteriores tipos; por ejemplo, de la racionalidad técnica). Si fuera así, quizás pudiera justificarse que queden también fuera del análisis de Redondo la cual, al fin y al cabo, procede a distinguir esas tres nociones de argumento a partir de otras tantas nociones de razón. La respuesta -creo yo- es que la tercera de las nociones o de los contextos de argumentación se conecta con un tipo de racionalidad que cabría llamar pro-

cedimental. Pero no se trata de una racionalidad procedimental en un sentido débil, en el sentido en que podría decirse que la racionalidad de la modernidad es procedimental (frente a la racionalidad sustancial de las interpretaciones religiosas o metafísicas del mundo), ni tampoco en un sentido fuerte, según el cual, sería procedimental una teoría de la racionalidad como la de Habermas (en la que -como se sabe- el consenso obtenido respetando las reglas de un procedimiento racional es el criterio de la verdad o de la corrección de los enunciados), sino en un sentido que cabría llamar intermedio, lo que Gianformaggio denomina teoría procedimental de «las reglas del juego» y cuyo modelo estaría dado por las reglas de la democracia, y especialmente por las reglas del juego parlamentario: «Es un *procedimiento racional,* más que una *razón procedimental*; y se distingue del procedimiento científico esencialmente porque las reglas de que se compone no se entienden como válidas para fundamentar en el contenido, o sea, en la sustancia, el resultado del propio procedimiento, sino solamente para intentar ponerlo preventivamente a resguardo de los ataques de los disidentes. El resultado del procedimiento no es visto, por lo tanto, como *la conclusión de un procedimiento,* sino que sigue siendo el fruto de una *decisión* que viene tomada, sí, respetando las reglas, pero no siendo en absoluto, en sentido sustancial, el producto de la observancia de esas reglas» [Gianformaggio 1993, p. 155].

4.2. La segunda de las preguntas que antes me hacía era la de si entre estas distintas concepciones de los argumentos existe algún elemento o alguna relación que las dote de una cierta unidad. Y la respuesta, en principio, parecería ser que entre estas tres concepciones que he distinguido (y que no se corresponden del todo con las de Redondo) pueden encontrarse tanto elementos comunes como elementos divergentes: analogías y diferencias.

Así, en primer lugar, lo que desencadena la argumentación es, en los tres casos, un problema, aunque de naturaleza distinta: formal, sustantivo (teórico o práctico y, en este segundo caso, de carácter técnico o moral) y político (puesto que de lo que se trata en el tercer supuesto es de dirimir una controversia mediante una decisión).

Además, en segundo lugar, en los tres casos cabe hablar de premisas y de conclusiones, esto es, de aquello de lo que se parte y aquello a donde se llega, y del paso de un lugar a otro. Sin embargo, la naturaleza de las premisas y de la conclusión es distinta en cada supuesto. No hay duda de que, en la concepción formal, las premisas y la conclusión son enunciados. Sin embargo, en el caso de la concepción material, la naturaleza de las premisas y de la conclusión es una cuestión debatida. Raz entiende que las premisas -las razones- son hechos (entendidos en el sentido muy amplio de «aquello en virtud de lo cual los enunciados verdaderos o justificados son

verdaderos o justificados [p. 17]»), al igual que lo sería también la conclusión (la conclusión de un razonamiento práctico sería, para él, que hay una razón para que un agente realice una acción o que un agente debe hacer tal cosa [p. 28]. Pero me parece que esa idea se puede expresar con menos problemas diciendo que se trata de contenidos proposicionales que, de alguna forma, hacen referencia al mundo (o que tienen la pretensión de ser verdaderos o correctos). Y, en relación con la concepción pragmática o dialéctica, las premisas y la conclusión serían hechos convencionales o, mejor, proposiciones que reflejan esos hechos (el hecho de que tal contenido proposicional es aceptado por la otra parte o por cierto auditorio). Puede decirse así que, en los tres supuestos, el lenguaje es fundamental, o sea, que la argumentación se da siempre en un lenguaje, pero, en cada caso, se destaca un aspecto o un eje distinto del lenguaje: en el primer caso, lo que se privilegia es el aspecto sintáctico, puesto que se hace abstracción de las relaciones del lenguaje con el mundo y con los usuarios; en el segundo caso, sería el lado semántico, el contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión; y en el tercero, el pragmático: la aceptación por parte de los usuarios y destinatarios de la argumentación.

Por otro lado, cabría también decir que en la concepción formal el énfasis se pone en la inferencia, en el paso de las premisas a la conclusión; mientras que en la concepción material estaría más bien en las premisas, y en la dialéctica en la conclusión, esto es, en alcanzar un determinado resultado.

En tercer lugar, prescindiendo de los fines concretos -ocasionales- que puede perseguir quien(es) argumenta(n) en cualquiera de esas tres situaciones, hay también ciertos fines abstractos que definen a cada una de ellas. En el caso de la concepción formal, se tratará de mostrar qué inferencias son válidas. En el de la concepción material, en qué se debe creer o qué se debe hacer (qué es lo que alguien debe o no hacer o qué medio es el adecuado, dadas ciertas condiciones, para obtener tal fin). Y en la concepción pragmática o dialéctica, cómo lograr que otro u otros acepten determinadas tesis.

Finalmente, en los tres supuestos hay ciertas reglas, ciertos criterios, que muestran de qué manera ha de procederse para alcanzar esos fines. En la concepción formal se tratará de las reglas de la deducción (de alguna teoría de la lógica). En la concepción material, en cada caso, de las teorías científicas, técnicas o morales disponibles. Y en la concepción dialéctica, de las reglas del juego aceptadas previamente.

5. El resultado a que se ha llegado hasta ahora -la contestación a las dos anteriores preguntas- podría, quizás, resumirse así: las tres nociones de argumento distinguidas por Redondo son, sin duda, relevantes, pero parecen

dejar fuera aspectos importantes de nuestras prácticas argumentativas, de las distintas formas de entender la argumentación, y en las que cabe distinguir tanto elementos divergentes como elementos comunes. Ello, a su vez, mueve a hacerse una tercera pregunta, a saber: ¿cómo explicar ese tipo de planteamiento? O sea, si mi análisis anterior es correcto, a qué se debe ese alejamiento -o falta de interés- por los procesos reales de la argumentación y esa tendencia a remarcar los elementos diferenciadores de cada concepto de argumentación, en lugar de buscar algún tipo de elemento unificador. En este último sentido, resulta llamativo -o a mí me resulta llamativo- que Cristina Redondo no se haya planteado, por ejemplo, que sus tres nociones de argumento podrían -por lo menos, hasta cierto punto- reunirse en tomo al esquema del silogismo subsuntivo: la argumentación normativa sería la que lleva a establecer la premisa mayor; la argumentación teórico-reconstructiva estaría obviamente vinculada con la de la premisa menor (y no tanto, o no sólo, con la reconstrucción del proceso psicológico del juez); y la argumentación lógica con el paso de las premisas a la conclusión.

En mi opinión, la explicación se halla en una sobrevaloración del papel de la lógica y en un no-cognoscitivismo en materia moral (tesis, esta última, que subyace a todo su discurso, aunque no esté abiertamente tematizada). Pero se diría que lo que hay aquí es, en primer lugar, el intento por reducir la argumentación jurídica a lógica -o lógica formal deductiva- sin más; y, en segundo lugar, la aceptación a regañadientes de ciertos elementos impuros, cuyo reconocimiento no debe llevar a mezclarlos con los propiamente lógicos. De aquí resulta, por cierto, una concepción de la lógica que puede ser discutible en cuanto Cristina Redondo parece atribuirle una capacidad de reconstrucción de la práctica *real* de la argumentación (frente al carácter *normativo,* que ella subraya, de la argumentación moral) que no está claro que tenga; desde luego, no está claro que lo tenga la lógica deductiva estándar a la que ella parece referirse. Alchourrón, en uno de sus últimos trabajos [Alchourrón 1995], subrayaba que el *leit motiv* de la mayor parte de las lógicas divergentes parece encontrarse en la necesidad de construir lenguajes artificiales, lenguajes formales que reflejen la «lógica» interna incorporada a nuestros lenguajes naturales. Pero esto no puede lograrse del todo: «En un sentido importante -escribe- no hay una lógica coherente con el lenguaje natural. El lenguaje corriente no sólo está plagado de ambigüedades, vaguedades y toda suerte de imprecisiones significativas que justifican apartarse de él en los procesos de reconstrucción racional, sino que acumula en su seno intuiciones incompatibles que no pueden superarse más que reformándolo, abandonando intuiciones que pueden ser muy sólidas (...) cualquiera que sea la lógica que terminemos privilegiando, ella tendrá que apartarse de las intuiciones básicas incorporadas al esquema de

conceptos de los lenguajes corrientes. Esto implica abandonar una idea reconstructiva con pretensiones de resultados unívocos» (pp. 46-47).

Esa sobrevaloración de la lógica, unida al no-cognoscitivismo en materia ética es, por cierto, signo distintivo del jefe de filas de esa dirección formalista en la que se inscribe el trabajo de Cristina Redondo. En efecto, enfrentado al problema de la interpretación, Eugenio Bulygin [1992] tiende a verlo exclusivamente como un problema semántico, en el sentido de que para él la interpretación es el proceso a través del cual se explicitan las reglas semánticas de un lenguaje. Básicamente, existirían dos situaciones en las que se necesita recurrir a esa operación y que Bulygin denomina, respectivamente, subsunción genérica y subsunción individual. Existe un problema de subsunción genérica cuando no está claro si la extensión de un determinado predicado está incluida en la de otro. Por ejemplo, se dispone -digamos, como material en bruto- del enunciado que establece que «los contratos sacrílegos deben ser anulados» [Bulygin toma aquí un conocido ejemplo de Dworkin] y nos preguntamos si un contrato celebrado en domingo es o no sacrílego. Para resolver esa duda, el intérprete necesita construir una regla semántica que establezca, por ejemplo, que la extensión del predicado «celebrado en domingo» está dentro del predicado «sacrílego». Una vez establecida esa regla, el enunciado «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» es analítico, o sea, su verdad depende exclusivamente del significado de «sacrílego» y «celebrado en domingo».

Los problemas de subsunción individual se plantean cuando se trata de aplicar una norma universal a casos individuales. En esos supuestos, aparece -según la terminología quizás no muy clara de Alchourrón y Bulygin una *laguna de reconocimiento* si en la norma, en la premisa mayor, existe un término vago, de manera que no se sabe si un determinado caso, un determinado individuo lógico, cae o no bajo el alcance de ese término. Por ejemplo, Tim y Tom celebraron un contrato en un día festivo, pero no domingo, y no está claro si la norma que establece que «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» incluye también los celebrados en otros días festivos; esto es, no está claro cómo haya de entenderse «domingo». La resolución de la duda pasa también en este caso por la construcción de una regla semántica que diga, por ejemplo, que «"domingo" es -o se entiende por "domingo"- el día de la semana que precede al lunes». Una vez establecida esa regla, el enunciado «quien celebra un contrato en un día que no sea domingo, aunque sea día festivo, no lo celebra en domingo» sería también obviamente analítico (no sería analítico, sin embargo, el enunciado «Tim y Tom no celebraron su contrato en domingo», porque la verdad del mismo depende también de una cuestión empírica: de que efectivamente hubieran celebrado un contrato en tal y cual día, etc.).

Bulygin realiza, en el trabajo al que me estoy refiriendo [Bulygin 1992], un par de afirmaciones que pueden parecer sorprendentes: una de ellas es que, en su opinión, aunque la interpretación sea muy importante en el Derecho, sin embargo no hay aquí problemas que sean específicamente jurídicos; la otra es que los enunciados interpretativos (por ejemplo, «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos») no expresan un juicio de valor, aunque se basen en juicios de valor. Pues bien, ambas afirmaciones son inobjetables, pero siempre y cuando se reduzca el problema de la interpretación del Derecho a los límites en que lo plantea Bulygin y que supone prescindir (prescindir, en el sentido de que eso queda fuera del marco de referencia de su concepción de la interpretación) de los llamados criterios o cánones de la interpretación (los que señalan cómo establecer esas reglas semánticas) y de las teorías de la interpretación (por ejemplo, la discusión que plantea Dworkin entre modelo intencionalista y modelo constructivo de interpretación). El problema de entender así la interpretación es, simplemente, que no puede dar cuenta -quizás no se pretenda tampoco- de lo que los juristas entienden por interpretación y de lo que hacen cuando interpretan.

Vuelvo de nuevo a los tres modelos básicos de argumentación. Cada uno de ellos -como decía- puede entenderse como ligado esencialmente a cierta práctica argumentativa, pero todas o casi todas nuestras prácticas sociales complejas que exigen una argumentación (lo que Toulmin [1958] llama «empresas racionales»: el Derecho, la ciencia, el arte, los negocios, la ética) suponen tomar en cuenta esas tres dimensiones. Quizás esté aquí la explicación de que, en efecto, no exista una noción general (una clase) de argumento del que las otras sean especies; no cabe, por ello, buscar una unidad en abstracto, sino que la «unidad» vendría dada por la forma característica en que cada una de esas empresas combina los elementos de esas tres concepciones.

En el caso del Derecho, mi opinión es que una teoría adecuada, o plenamente desarrollada, de la argumentación jurídica tendría que contener elementos pertenecientes a esas tres dimensiones e integrarlos adecuadamente. Éste constituye, cabría decir, uno de mis proyectos intelectuales, en el que estoy embarcado desde hace años, y no es, desde luego, cuestión de entrar aquí en detalles. Tan sólo quiero señalar que la pluralidad de contextos argumentativos en el ámbito jurídico puede hacer que, en cada uno de ellos, predomine alguna de esas tres concepciones. Así, es comprensible que, desde la perspectiva de un teórico del Derecho que analiza una sentencia judicial en cuanto resultado de un proceso en el que él no pretende entrar, la argumentación jurídica se le pueda aparecer esencialmente como una argumentación de tipo lógico, en cuanto él puede dar cuenta, hasta cierto

punto, de ese resultado a partir de la concepción lógica. Pero desde la perspectiva del juez -o del legislador- lo que importa, claro, no es eso, sino cómo llegar ahí: por qué aceptar como probado un determinado hecho o cómo interpretar tal norma; para ellos, lo esencial -al menos, en los casos algo complejos- es la construcción de las premisas, la concepción material de la argumentación. Finalmente, es también comprensible que el abogado tienda a ver la argumentación jurídica desde la tercera de las concepciones: cómo lograr que el juez (o la otra parte en un proceso de negociación) acepte ciertas tesis.

Hay, por lo demás, una razón que me parece bastante obvia y que explica por qué el Derecho no puede prescindir de ninguna de esas tres concepciones (insisto: el que según la perspectiva adoptada *predomine* una u otra concepción no significa que las otras desaparezcan sin más). Se debe a que el Derecho en cuanto práctica racional, y en particular el Estado de Derecho, el Estado constitucional, presupone -o implica- no sólo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo político (conectadas a la noción de aceptación).

6. Antes de terminar, y dado que en lo que antecede he mostrado una actitud contraria a lo que he llamado concepción formalista o logicista, quiero remarcar que mi concepción del Derecho -y, en particular, de la argumentación jurídica- no es en absoluto antilogicista y, según como se entienda, ni siquiera antiformalista. No sólo es que considere que la perspectiva lógica, el análisis lógico, es una dimensión absolutamente indispensable para una teoría de la argumentación jurídica. Sino que me parece, además, que al respecto hay mucho trabajo por hacer. En buena parte, ello es debido, en mi opinión, a que los analistas lógicos del Derecho suelen partir de una tipología de los enunciados jurídicos demasiado pobre, lo que lleva inevitablemente a limitar indebidamente las formas -los esquemas formales- de los argumentos jurídicos. Ello puede verse, por ejemplo, en la obra de Alchourrón y Bulygin a la que -tal y como lo ha subrayado Ruiz Manero [1996]- subyace la tesis implícita (y otro tanto cabría decir en el caso de Cristina Redondo) de que todos los tipos de enunciados jurídicos relevantes pueden reducirse a dos categorías: reglas de conducta o normas regulativas y definiciones o reglas conceptuales. En un libro publicado hace algunos meses con Juan Ruiz Manero [Atienza-Ruiz Manero 1997] y que es el resultado de bastantes años de trabajo conjunto (y en el que la mayor influencia observable es, precisamente, la de Alchourrón y Bulygin), hemos tratado de presentar una tipología más rica y capaz, nos parece, de dar cuenta de la variedad de enunciados jurídicos en que consiste el Derecho considerado como lenguaje (digamos, como lenguaje legislativo). Aplicado a la

obra de Alchourrón y Bulygin, el resultado que arroja sería, por un lado, «que el modelo de correlación caso/solución a través del cual [Alchourrón y Bulygin] presentan la estructura de las normas regulativas tan sólo da cuenta de un subtipo de las mismas [las reglas de acción] y deja de lado a importantes y numerosos ejemplos de normas jurídicas regulativas que, bien por el lado del antecedente [los principios en sentido estricto], bien por el lado del consecuente [reglas de fin], bien por ambos [directrices] no se ajustan al modelo propuesto» [Ruiz Manero 1996, p. 4]; por otro lado, bajo el rótulo de «reglas conceptuales», en la obra de Alchourrón y Bulygin «se encuentra indebidamente asimilados tres tipos distintos de enunciados jurídicos: las definiciones, las reglas que confieren poderes y las (...) reglas puramente constitutivas» [ibid].

Empecé haciendo referencia a mi primera estancia en Argentina en 1975. Entonces como ahora, tanto en Argentina como en España, la diversidad de orientaciones iusfilosóficas existentes podrían reducirse -naturalmente, no sin ciertas simplificaciones- a tres modelos básicos (o a alguna combinación de elementos que podrían considerarse característicos de alguno de esos tres modelos): el iusnaturalista, el analítico y el crítico. No es, por cierto, tarea fácil caracterizar con alguna precisión cada una de esas tres formas de entender la filosofía del Derecho, pero ese es el esquema del que solemos partir cuando se trata de ubicar a alguien -o de ubicarse a uno mismo- en el universo iusfilosófico.

Personalmente - a pesar de coincidencias aparentes como el objetivismo moral o la no separación entre el Derecho y la moral- me siento muy alejado del modelo iusnaturalista, aunque no me cabe duda de que ésa es una de las orientaciones iusfilosóficas que merece la pena discutir. En todo caso, mi postura no coincide aquí con la de Nino (el cual, desde luego, no fue un iusnaturalista), pues yo no considero que la discusión entre iusnaturalismo y iuspositivismo, a propósito del concepto de Derecho, sea sólo un malentendido; creo que aquí hay una cuestión de fondo (podríamos decir, que la contraposición no se mueve sólo en el plano de las *concepciones,* sino en el de los *conceptos* -o en el de los «conceptos históricos» como diría González Vicén), de manera que hoy es posible, si acaso, ser post-positivista, pero ya no iusnaturalista. Por lo que se refiere a las llamadas «teorías críticas del Derecho», comparto en muy buena medida lo que podríamos llamar su *Weltsanschauung,* su concepción -crítica- del mundo y sus deseos de transformarlo. Pero su instrumental iusfilosófico me parece inadecuado y, en mi opinión, absolutamente necesitado, entre otras cosas, de una buena criba analítica. Y filósofo analítico, en fin, me considero únicamente en cuanto al método; como antes veíamos, la utilización de ese método es compatible con muy diversas posiciones en cuanto a la concepción filosófica de

fondo que, por ejemplo en materia moral, va desde concepciones emotivistas hasta posturas fuertemente objetivistas como la de Garzón Valdés.

En la revista que nace precisamente con este Congreso, *Spes,* Ricardo Guibourg opinaba que entre estas tres tendencias iusfilosóficas «puede haber un punto de unión si se lo quiere buscar». Comparto ese juicio (y ese propósito), pero me parece que esos puntos de unión bien pudieran ser puramente polémicos, esto es, la finalidad última del diálogo interfilosófico no tiene por qué ser lograr algún tipo de acuerdo, sino, por ejemplo, entender mejor la propia postura. Por lo demás, me parece que hay un punto (no precisamente positivo) que *sí* tienen en común esas tres concepciones, y sobre el que todos deberíamos reflexionar: se trata de la escasa incidencia que el discurso iusfilosófico tiene en nuestros países (me refiero a países latinos como Argentina, España o Italia) sobre las diversas prácticas jurídicas, incluida la de la doctrina, la de la dogmática jurídica. En relación con la iusfilosofía analítica, quizás no esté de más recordar que, en sus orígenes (en los escritos de Carrió) y en la obra más emblemática de esa dirección (*Normative Systems*) existía una pretensión de incidencia en la práctica jurídica o, al menos, de construir una iusfilosofía quizás *de* filósofos, pero no sólo *para* filósofos que, me parece, se ha perdido en buena medida y que convendría recuperar (por ejemplo, a propósito de la argumentación jurídica). Naturalmente, nunca podremos estar seguros de que vamos a tener éxito en la tarea de transformar positivamente el Derecho -y, a través suyo, el mundo, o algún aspecto del mismo- pero sí que deberíamos estar seguros de que, al menos, tendríamos que intentarlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN 1995: Carlos E. Alchourrón, *Concepciones de la lógica,* en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía,* vol. 7, *Lógica*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971: Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative System,* Springer Verlag, Viena, 1971. Versión cast. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires, 1974.

ATIENZA 1994: Manuel Atienza, «Lógica y argumentación jurídica», en Javier Echeverría, Javier de Lorenzo y Lorenzo Peña, *Calculemos.* Homenaje a Miguel Sánchez Trotta, Madrid, 1994, pp. 229-238.

ATIENZA 1997: Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación,* Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Teoría del Derecho, nº 6, 1997.

ATIENZA-RUIZ MANERO 1997: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* Ariel, Barcelona. 1997.

BULYGIN 1992: Eugenio Bulygin, «Sull'interpretazione giuridica», en *Analisi e diritto* (editado por P. Comanducci y R. Guastini), Giappichelli, Torino, 1992, pp. 11-30.

CANDEL 1982: Miguel Candel, *Introducción a los tópicos,* Gredos, Madrid, 1982.
GIANFORMAGGIO 1993: Letizia Gianformaggio, «La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione», *Analisi e Diritto,* 1994. Trad. Cast. de Juan Ruiz Manero, «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», *Doxa,* nº 14, 1993, pp. 157-169.
MORESO-NAVARRO-REDONDO 1992: Juan José Moreso, Pablo Navarro y María Cristina Redondo, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa,* nº 11, 1992, pp. 247-263.
NINO 1993: Carlos Nino, «Derecho, Moral y Política», *Doxa,* nº 14, 1993, pp. 35-46.
RAZ 1986: Joseph Raz, *Introducción,* en el vol. colectivo *Razonamiento práctico* (compilación de J. Raz), FCE, México, 1986.
REDONDO 1996: Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
TOULMIN 1958: Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument,* Cambridge University Press, 1958.
RUIZ MANERO 1996: Juan Ruiz Manero, «Algunos límites de la Teoría del Derecho de Alchourrón y Bulygin». *Isonomía,* Nº 10, México, 1999.