

AMÓS ARTURO GRAJALES

NICOLÁS JORGE NEGRI

SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SUS TEORÍAS

Prólogo de Manuel Atienza

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE GENERAL

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
ADVERTENCIA METODOLÓGICA	17
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	21
§ 1. A modo de preámbulo	21
§ 2. La argumentación jurídica en la iusfilosofía y teoría del derecho contemporánea	36
a) Post-positivismo. Constitucionalismo o «neoconstitucionalismo»	36
b) Cierre preliminar	46
CAPÍTULO II. PARTE GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	49
§ 3. Teoría de la argumentación jurídica	49
§ 4. La expresión «argumentación jurídica»	50
a) Complejidad.....	50
b) Aproximación a su concepto	52
c) El derecho como argumentación. Concepción del derecho	56
§ 5. Origen de la argumentación jurídica	59
a) La argumentación en la Antigüedad. Aristóteles y Cicerón	61
b) La argumentación en la modernidad	62
§ 6. Teorías de la argumentación jurídica en el siglo XX	66
§ 7. Concepciones de la argumentación jurídica	76
a) Atienza	78
1) Concepción formal	79

	<u>Pág.</u>
2) Concepción material	79
3) Concepción pragmática	80
b) Feteris	81
c) Schneider y Schroth	82
CAPÍTULO III. PARTE ESPECIAL	
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	85
§ 8. Análisis y evaluación de las argumentaciones	85
a) Análisis	85
1) Representación	85
2) Exhibición	86
3) Análisis propiamente dicho	86
b) Evaluación	86
1) Universalidad	87
2) Coherencia	88
3) Adecuación de las consecuencias	89
4) Moral social y moral crítica	89
5) Razonabilidad	90
c) Cómo argumentar	90
1) Identificación de problemas	91
2) Seleccionar y esquematizar los problemas	92
3) La organización del discurso	93
4) La <i>inventio</i>	94
5) Decidir el rumbo del discurso	95
6) Diseñar argumentos a favor y en contra de la opción tomada	96
7) Alcance y organización de la argumentación	97
CAPÍTULO IV. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN	
JURÍDICA DESARROLLO Y ANÁLISIS CRÍTICO	101
§ 9. Introducción	102
A) VIEHWEG Y LA TÓPICA	103

	<u>Pág.</u>
§ 10. Aproximación a su teoría	103
a) Tópica y razonamiento jurídico	106
b) Tópicos	107
c) <i>Ars inveniendi</i>	108
§ 11. Importancia y rol del «problema» en la ciencia jurídica	109
§ 12. Antecedentes históricos de la tópica	109
§ 13. La ciencia jurídica y el uso de los tópicos	112
§ 14. Consideraciones críticas	116
B) LEVI Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO	119
§ 15. Aproximación a sus ideas	119
§ 16. El razonamiento jurídico	119
C) TOULMIN Y LA LÓGICA OPERATIVA	121
§ 17. Aproximación a su teoría	121
§ 18. La lógica y su aplicación a los saberes prácticos	122
§ 19. Argumentación	125
a) La estructura de la argumentación	125
b) La fuerza de los argumentos	127
c) La conexión de los argumentos	128
d) Tipos de argumentos	128
e) Argumentación jurídica	129
D) PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA	131
§ 20. Aproximación a su teoría	131
§ 21. Filosofía y nueva retórica	136
§ 22. Conceptos y elementos fundamentales de la teoría de Perelman.....	137
a) El acuerdo. Concepto de «adhesión»	138
b) El discurso y los auditorios	141
c) Clasificación de los auditorios	142
1) Auditorio universal.....	143
2) Auditorio como «interlocutor al que nos dirigimos»	145

	<u>Pág.</u>
3) Deliberación íntima	146
d) Argumentación	147
1) Punto de partida. Los objetos	147
2) Técnicas argumentativas	149
3) Interacción de los argumentos	151
§ 23. Consideraciones críticas	152
E) HABERMAS Y LA RACIONALIDAD COMUNICATIVA	155
§ 24. Aproximación a su teoría	155
§ 25. La teoría de la racionalidad comunicativa y la argumentación jurídica	158
§ 26. Consideraciones críticas	165
F) ALEXY Y LA TEORÍA PROCEDIMENTAL DE LA ARGUMENTACIÓN	166
§ 27. Aproximación a la teoría	166
§ 28. Presupuestos	168
a) La filosofía del derecho. Una teoría «post-positivista»	168
b) Las razones de su teoría	172
§ 29. Ideas fundamentales	175
§ 30. Reglas y formas del «discurso práctico general»	178
a) Reglas «fundamentales»	179
b) Reglas de «razón»	179
c) Reglas «sobre la carga de la argumentación»	180
d) Formas de argumento	180
e) Reglas de «fundamentación»	181
f) Reglas de transición a otros modelos de discurso	182
§ 31. Discurso jurídico	182
a) Argumentación jurídica. Particularidad	182
b) Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica	182
c) Límites del discurso jurídico	185
§ 32. Consideraciones críticas	186

G) AARNIO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS INTERPRETACIONES JURÍDICAS. LAS IDEAS DE PECZENIK	189
§ 33. Aproximación a la teoría	189
a) Perfil iusfilosófico e influencias en el pensamiento de Aarnio ..	189
b) Presupuestos de su teoría	191
§ 34. Estructura de la justificación	192
§ 35. Procedimiento del discurso	193
§ 36. Justificación interna y externa	194
§ 37. Aceptabilidad de un enunciado interpretativo	195
a) La «única respuesta correcta»	195
b) Precondiciones generales de la justificación de una interpretación	196
c) Aceptabilidad racional	196
§ 38. Condiciones generales del discurso racional	198
a) Principios y reglas básicas de la racionalidad	198
1) Regla de consistencia	198
2) Regla de eficacia	199
3) Regla de sinceridad	199
4) Regla de generalización	199
5) Reglas de apoyo	200
b) Reglas de la carga de la prueba	200
1) Procedimentales	200
2) Materiales	200
§ 39. Interpretaciones y valoraciones	201
§ 40. Conocimiento, forma de vida y auditorio	201
a) Conocimiento	201
b) Forma de vida	202
c) Auditorio	203
§ 41. Consideraciones finales	205
§ 42. Peczenik y la teoría de las transformaciones de la ley	206

	<u>Pág.</u>
H) MACCORMICK Y LA TEORÍA INTEGRADORA E INSTITUCIONAL DE LA ARGUMENTACIÓN	209
§ 43. Introducción a su teoría	209
a) Razonamiento y argumentación	213
b) Aplicabilidad de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico	215
§ 44. El problema de la justicia formal	219
a) Problemas probatorios	220
b) Problemas fácticos secundarios	221
§ 45. Las justificaciones de segundo orden o nivel. Coherencia y consistencia	222
§ 46. El requisito de la coherencia: los principios y la analogía	223
§ 47. Casos fáciles y casos difíciles	225
§ 48. Teoría del derecho	226
I) ATIENZA Y LA TEORÍA SINCRÉTICA DE LA ARGUMENTACIÓN	231
§ 49. Aproximación a su teoría	231
§ 50. Derecho como argumentación	235
§ 51. Objeto de la teoría	236
a) Argumentación judicial	236
b) Argumentación legislativa	237
c) Argumentación en la resolución de conflictos extrajudiciales ..	238
d) Argumentación jurídica con función prescriptiva y «descriptiva»	239
§ 52. Aportes metodológicos de la teoría sincrética	239
a) Identificación del problema	240
b) Limitación a un problema de segundo tipo	240
c) Construcción de una hipótesis	241
d) Justificación de la hipótesis	241
e) Finalización del modelo. De las nuevas premisas a la conclusión	242
§ 53. Criterios de corrección	242

	<u>Pág.</u>
§ 54. Consideraciones críticas	243
J) DWORKIN Y EL DERECHO COMO INTEGRIDAD	245
§ 55. ¿Dworkin elaboró una teoría de la argumentación?	245
§ 56. Contexto e ideas fundamentales de su teoría	247
a) Cuestión angloamericana	247
b) Disputa con Hart	249
c) Derecho como integridad	256
§ 57. Desarrollo de la teoría de la argumentación a partir de la concepción interpretativa	259
§ 58. El último Dworkin	263
K) LA ESCUELA DE ÁMSTERDAM Y LA TEORÍA PRAGMA-DIALÉCTICA	265
§ 59. El pensamiento de van Eemeren y Grootendost	265
§ 60. La argumentación como acto de habla complejo y específico ...	268
CAPÍTULO V. BALANCE Y CRÍTICA A LA TEORÍA (TEORÍAS) DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	273
§ 61. Apreciaciones generales	273
§ 62. Soluciones y problemas de la teoría de la argumentación jurídica	284
a) Aportes. El «giro argumentativo»	284
b) Críticas, dificultades y obstáculos de las «teorías»	290
c) Epílogo	303
§ 63. A modo de cierre	304
BIBLIOGRAFÍA	307

PRÓLOGO

Por Manuel Atienza

Aunque parezca inadecuado empezar un prólogo de este modo, no puedo dejar de expresar que me siento incómodo al escribirlo. Y que esa incomodidad deriva de que, al leer este libro de Amós Arturo Grajales y Nicolás Jorge Negri, he podido darme cuenta de que en él usan con abundancia escritos míos y que se refieren a ellos, en general, de manera más bien elogiosa. Como el lector seguramente sabrá, uno de los tres géneros clásicos de la retórica es el epidíctico o demostrativo, en el que se trata de elogiar o de censurar. No tengo nada en contra de eso, esto es, de que se elogie o se censure una obra, un comportamiento, etcétera, cuando está justificado hacerlo. Pero el intercambio de elogios es otra cosa. Es una operación retóricamente arriesgada y moralmente cuestionable y que, por lo tanto, me propongo evitar aquí.

El problema es cómo hacerlo. Lo más fácil hubiese sido rehusar la invitación para escribir este Prólogo, apelando a la anterior razón o a alguna otra por el estilo; pero ya es demasiado tarde para eso. Otra posibilidad podría consistir en contestar a los elogios con censuras, como manera de dar a entender al lector lo poco proclive que es uno a dejarse influir por el halago; o sea, podría tratar de esforzarme por señalar los puntos del libro en los que estoy en desacuerdo y dedicar el prólogo exclusivamente a ese propósito crítico: si uno se empeña, siempre es posible encontrar algún motivo para la crítica. Hay un cuento de Borges en el que, de alguna manera, se elige ese camino. En *El libro de Arena* nos presenta Borges a un veterano profesor universitario que tiene que elegir entre dos candidatos, profesores más jóvenes que él, para que uno de ellos imparta una importante conferencia. Uno de esos dos candidatos idea un curioso procedimiento para sobornar al que tiene que tomar la decisión: escribe un trabajo criticando al profesor senior, porque sabe que a este último «lo rige la curiosa pasión americana de la imparcialidad», de manera que supone que actuará —y acierta— cediendo a «la vanidad de no ser vengativo», con lo que logra ser él el elegido. Pero lo que está bien como tema literario puede no coincidir con lo que resulta

apropiado hacer en la vida, en la vida académica; aparte de que el propio Borges presenta lo que, nos dice, es una anécdota como un ejemplo —un ejemplo a no seguir, añado yo— de ética puritana.

De manera que no veo más que una tercera opción: elegir como tema del prólogo alguno que me evite entrar tanto en el elogio como en la censura de lo escrito por los autores, pero que pueda servir también como una invitación a la lectura de la obra (en otro caso no sería un prólogo). Y puesto que en este libro se pasa revista prácticamente a todas las teorías que se han formulado en los últimos tiempos sobre la argumentación jurídica, y que en el último de los capítulos los autores presentan un balance y una crítica de todas esas teorías, lo que yo voy a hacer aquí es exponer mi opinión sobre cómo veo el panorama al respecto. He de reconocer que mi visión es básicamente coincidente con la de Grajales y Negri, pero ese consenso no resulta, me parece, peligroso para mi propósito, porque deja, por así decirlo, las posibilidades abiertas. Me voy a centrar en el futuro, en qué camino debería recorrer la teoría (y la práctica) de la argumentación jurídica, y eso está ya fuera del género epidíctico puesto que, como Aristóteles señaló en su *Retórica*, el tiempo principal de ese género retórico es el presente. Lo que Grajales y Negri o yo mismo escribamos en el futuro sobre argumentación jurídica puede ser objeto de conjetura, pero difícilmente de elogio o de censura.

Ahora bien, para sugerir por dónde deberían transcurrir en el futuro (en el futuro inmediato) los estudios de argumentación jurídica no queda otra opción que partir de un diagnóstico en relación con la situación presente. El que hacen en su libro Grajales y Negri concede una gran relevancia a estos tres elementos: 1) Las teorías de la argumentación jurídica han elaborado modelos prácticos de análisis y evaluación, pero no se erigen en «un nuevo paradigma del derecho», alternativo al del positivismo jurídico, sino que constituirían tan sólo un «intento de conformación de uno nuevo», que aún estaría en un estadio de «desarrollo y elaboración»; «tales “teorías” todavía no son suficientes o idóneas para erigirse en “teorías matrices” (por lo pronto con efectividad práctica en la faena cotidiana), ni alcanzan a formar un marco de referencia para la comunidad de científicos en un determinado momento, como ocurre con la hermenéutica o la filosofía analítica». 2) Esas teorías no parecen dar la relevancia debida al principio de autoridad en el Derecho: «las teorías de la argumentación jurídica suelen sostener que lo que realmente legitima las decisiones judiciales son las razones y los argumentos que se utilizan para justificarlas, es decir, parece que el argumento de autoridad ha pasado a un segundo plano»; aunque frente a esa posible objeción, los autores del libro aducen que «la “pretensión de racionalidad” en el Derecho debe ser adecuada a la naturaleza de esta particular porción del saber, caracterizada por su perfil práctico y por su objeto problemático,

que gira en torno a lo opinable y a premisas verosímiles». Y 3) Esas teorías no responden —o no responden totalmente— a la experiencia real, «dado que no describen cómo actúan los operadores, pues normalmente la decisión del juez va desde la conclusión a las premisas o incluso (...) es un mero acto de voluntad». Y si esto es así (o aproximadamente así), entonces las tres preguntas que, correspondientemente, habría que plantearse en relación con el futuro inmediato podrían ser las siguientes: 1) ¿Cómo habría que construir la relación entre teoría o filosofía del Derecho, por un lado, y argumentación jurídica, por el otro?; 2) ¿Cuál es la noción de racionalidad que ha de guiar la argumentación jurídica?; 3) ¿Qué relación debería tener la teoría de la argumentación jurídica con la práctica jurídica? Trataré de dar una respuesta muy breve a esos tres interrogantes.

La mayor parte de los trabajos de argumentación jurídica escritos en los últimos tiempos, al menos en los países del mundo latino, lo han sido por filósofos del Derecho, y algunos de éstos parecen pensar que esa relativamente nueva materia, «Argumentación jurídica», debería ser un sustituto de la filosofía del Derecho. No comparto, sin embargo, esa opinión. Me parece, por supuesto, conveniente que en nuestras Facultades de Derecho se enseñe argumentación jurídica, y creo que la misma debería configurarse como una disciplina transversal y con un importante componente iusfilosófico, lo que, en definitiva, abona la idea de que su enseñanza debería correr a cargo de filósofos del Derecho o, cuando menos, de juristas con una amplia formación iusfilosófica. Pero argumentación jurídica no es lo mismo que filosofía del Derecho o teoría del Derecho. Dicho de otra manera, la argumentación jurídica —o lo que a veces se llama «argumentativismo»— no es una concepción general del Derecho, o bien, si así se presentase, sería una concepción deficitaria, inadecuada. Simplemente porque el Derecho no consiste únicamente en argumentación; la práctica jurídica tiene muchos otros componentes, y reducir el Derecho a un juego, a un intercambio de argumentos es, sin duda, una forma de idealizar el Derecho y, por lo tanto, de incurrir en ideología.

Lo que hay que plantearse entonces es, en mi opinión, cuál es el papel que la dimensión argumentativa del Derecho ha de tener en la elaboración de un concepto (o una idea) adecuado(a) del Derecho, y cuál es la concepción iusfilosófica que mejor permitiría desarrollar la teoría y la práctica de la argumentación. Y cuando se orienta así la reflexión, yo veo algunos riesgos de cara al futuro. Uno es el ya mencionado, esto es, que el predominio en los últimos tiempos de esas teorías —el «giro argumentativo» en la teoría del Derecho contemporánea— termine por consolidar una visión idealizada del Derecho, por aproximar excesivamente el Derecho a la moral («excesivamente» porque la realidad está lejos de ser esa) y olvide las otras

dimensiones, el aspecto organizativo del Derecho y el inescapable elemento de la coerción. Y otro riesgo (consecuencia del anterior) es que el estudio argumentativo del Derecho tienda también a idealizar los propios procesos argumentativos. Me parece que esto último es lo que ocurre, sin ir más lejos, con la tesis alexiana del caso especial, que hoy cuenta con una aceptación tan amplia como, en mi opinión, incomprensible. En la argumentación jurídica operan muchos tipos de diálogo, y no sólo el diálogo racional. El Derecho, habría que recordar a muchos, no es como la filosofía, y no tiene sentido plantearse que lo sea, porque aquí concurre un elemento que no se da en la filosofía (o, si se da, es de una manera completamente distinta): el conflicto de intereses. De ahí que no tenga sentido, por ejemplo, pretender que en la argumentación legislativa o en la que llevan a cabo los abogados se erija una pretensión de corrección.

Por lo demás, estoy de acuerdo con los autores del libro en que la concepción que mejor se presta para desarrollar la dimensión argumentativa del Derecho es el llamado «postpositivismo». Su superioridad (frente al positivismo jurídico) deriva, yo creo, de que ve en el Derecho no simplemente un conjunto —o un sistema— de normas, sino también, incluso de manera más determinante, una práctica social guiada por fines y valores. Pero considero que sería también muy importante que esa concepción postpositivista pusiera el acento (más de lo que suele ocurrir al día de hoy: estoy pensando en la obra de autores como Dworkin, Alexy, Nino o el «segundo» MacCormick) en el conflicto social y en la transformación social. Las decisiones jurídicas (en particular, las judiciales) deben ser argumentadas, justificadas, porque ése es un requerimiento del Estado de Derecho. Pero lo que justifica que tengamos un Estado de Derecho no puede ser otra cosa que la satisfacción de los derechos fundamentales de la gente, y eso requiere poner la vista en la transformación social.

Voy a la segunda cuestión que, naturalmente, mucho tiene que ver con la anterior: ¿cuál es la noción de racionalidad que opera —o que debería operar— en la argumentación jurídica? Aquí, yo creo, es muy importante desmarcarse tanto de quienes no parecen darse cuenta de que el Derecho es una práctica autoritativa (el caso de los llamados «neoconstitucionalistas») como de quienes (quizá sean los mismos) suponen que racionalidad y autoridad son términos necesariamente antitéticos. Ambas posturas, en mi opinión, son equivocadas, y tener muy en cuenta por qué lo son es crucial para que puedan desarrollarse teorías adecuadas de la argumentación jurídica, y para poder argumentar bien —con sentido— en el Derecho.

El error del neoconstitucionalismo lo es, cabría decir, de unilateralidad. Es decir, no se limita a subrayar el papel que en la argumentación jurídica tienen la moral, los principios o la ponderación, sino que tiende a confundir

el Derecho con la moral, a reducir todas las normas a principios, o a fomentar el uso de la ponderación como si ponderar fuese, sin más, sinónimo de argumentar bien. Y el resultado es una «desdiferenciación» del Derecho, una pérdida de sus señas de identidad, motivada por no haber tenido en cuenta la otra cara de lo jurídico, su faz autoritativa: lo que significa, entre otras cosas, que la empresa del Derecho tiene límites de los que carece la moral (por eso cabe hablar de Derecho inmoral, injusto), los cuales se expresan en buena medida en forma de reglas (la dialéctica entre reglas y principios es esencial para comprender el Derecho y el razonamiento jurídico) que han de aplicarse por lo general sin recurrir a la ponderación, sino a la subsunción.

Y en cuanto a la compatibilidad o no entre autoridad y racionalidad, yo creo que, en efecto, una buena forma de afrontar ese problema consiste en referirlo a los llamados «argumentos de autoridad»: en el Derecho y fuera del Derecho. Aquí hay que hacer, a su vez, una diferencia entre autoridad teórica y autoridad práctica. La legitimidad de los argumentos que apelan a la autoridad teórica (de un individuo o de un grupo) está, en mi opinión, fuera de discusión. No quiero decir que todos esos argumentos sean buenos, sino que pueden serlo, que no son necesariamente falaces. Y de ahí que en la vida cotidiana o en la ciencia se recurra con frecuencia a argumentos de autoridad, de la misma manera que se hace en el Derecho (basta con pensar en la prueba pericial). El recurso a la autoridad práctica plantea más dificultades, pero aquí puede ser suficiente con recordar que si negáramos que puede haber razones para la acción (no para creer en algo, sino para actuar de tal o cual forma) que se basan en quién las ha establecido (independientes del contenido), entonces no podríamos dar cuenta de muchas de nuestras instituciones y, desde luego, no podríamos dar cuenta del Derecho, incluido el del Estado constitucional. Es, por eso, erróneo contraponer sin más razones a autoridad. Más bien, para dar cuenta de la argumentación jurídica (en particular del razonamiento judicial de carácter justificativo), conviene operar con una clasificación de las razones como la que, hace ya tiempo, propuso Summers: las razones justificativas que utilizan los jueces (en el *common law* y en cualquier sistema desarrollado) pueden clasificarse en razones autoritativas o formales, razones sustantivas (de corrección o finalistas) y razones institucionales. Una buena teoría de la argumentación jurídica debe dar cuenta de cómo se utilizan esos tres tipos de razones, qué puntos fuertes y débiles tienen cada una de ellas, cómo se resuelven los posibles conflictos que puedan surgir entre las razones, etcétera.

De manera que lo que resulta de todo lo anterior es que la racionalidad que opera en los procesos de argumentación jurídica (en el Derecho) es una racionalidad compleja y que, de nuevo, no puede reducirse a la racionalidad «dialógica», entendiendo por tal la que está encarnada en el discurso

racional, tal y como lo han presentado autores como Habermas, Alexy o la llamada teoría «pragma-dialéctica». En el Derecho, en la argumentación jurídica, está —y debe seguir estando— muy presente la racionalidad estratégica e instrumental, simplemente porque de otra forma la práctica jurídica no podría cumplir con los fines y valores que la caracterizan. Y eso es algo que una teoría de la argumentación jurídica no puede perder de vista.

Y no puede perderlo de vista, y con eso paso al tercero de los puntos que antes señalaba, porque de otra manera no podría dar cuenta adecuadamente de la práctica jurídica, de la vida del Derecho. Algunos autores críticos con el «giro argumentativo» de la teoría del Derecho contemporánea —como lo ponen de manifiesto en su libro Grajales y Negri— insisten en lo que sería uno de los puntos más débiles de las teorías de la argumentación jurídica de los últimos tiempos: su alejamiento de la realidad jurídica. Pero al respecto conviene también hacer algunas precisiones. Una de ellas es que esas teorías no tienen por lo general —ni deberían tener— una pretensión exclusivamente descriptiva. Son también teorías normativas dirigidas a establecer ciertas pautas sobre cómo debería argumentarse en el Derecho (como deberían motivarse las decisiones judiciales). Y ésa es además una pretensión a la que no cabe renunciar, pues en otro caso no podríamos hablar de una teoría crítica y comprometida con la transformación social. Y otras críticas, como la que tradicionalmente se dirige a la teoría del silogismo judicial, acusándola de no dar cuenta del proceso judicial de toma de decisión, están simplemente mal encaminadas, es decir, presuponen una noción equivocada de lo que significa la lógica, la cual, como suele decirse, no opera en el contexto del descubrimiento de las decisiones, sino en el de su justificación.

Pero hay, con todo, un fondo de razón en esas críticas, al que sería muy importante atender de cara al futuro desarrollo de la argumentación jurídica. Así, es indudable que las teorías más influyentes de la argumentación jurídica se han centrado exclusivamente en el contexto de la justificación, lo que ha supuesto dejar fuera las cuestiones de carácter sociológico, psicológico, etcétera, y ése es un déficit que habría que corregir: no sólo por la necesidad de abrirse también aquí hacia el conocimiento de carácter empírico, sino porque sin ello no sería posible dar cuenta de manera cabal del propio razonamiento justificativo: explicar y justificar no son conceptos antitéticos en todas sus dimensiones. Que hay muchos campos de la experiencia jurídica en los que se argumenta, pero a los que no ha llegado —o apenas lo ha hecho— la teoría de la argumentación jurídica; uno que parece especialmente relevante es el razonamiento que llevan a cabo los órganos de la Administración (la argumentación en materia de hechos no está ya en esa situación, dada la profusión de estudios sobre ese tema en los últimos tiempos). Y que hay alguna razón para pensar que muchas de esas teorías

padecen de un cierto sesgo ideológico, puesto que (ya antes me he referido a ello) presentan la práctica argumentativa en el Derecho de manera idealizada, deformada.

Por lo demás, el futuro de la disciplina «Argumentación jurídica» se juega sin duda en la cancha de la práctica. Se trata de construir un andamiaje teórico que pueda resultar de utilidad (también de utilidad crítica) para los juristas prácticos (y para los que elaboran las llamadas «dogmáticas jurídicas»). Para lograrlo, estimo que los estudios de argumentación jurídica no deberían preocuparse tanto por ser originales como por resultar adecuados para cumplir las finalidades a las que me acabo de referir. En mi caso, ésa ha sido la razón para tratar de construir lo que alguna vez he llamado una «teoría-mosaico» (Grajales y Negri la denominan «teoría sincrética») de la argumentación jurídica, elaborada en buena medida con fragmentos tomados de las obras de otros autores. Y lo que hay detrás de ello es una concepción pragmatista de la filosofía y de la argumentación: lo que a mí me ha interesado —lo repito— no es ser original, sino ser capaz de resolver, y de plantear, problemas; y la forma más eficiente de hacerlo no puede ser otra que sacar partido de lo ya existente, de la rica tradición de la que disponemos y que necesita quizás, sobre todo, de una adecuada ordenación.

Y con ello he llegado al final de mi prólogo. ¡Ojalá que Grajales y Negri estén de acuerdo con estas propuestas sobre cómo afrontar el futuro —teórico y práctico— de la argumentación jurídica! Yo creo que sí, que a lo que apuntan en su libro es esencialmente a lo mismo a lo que me acabo de referir. Pero, si no fuera así, estoy, por supuesto, perfectamente dispuesto a escuchar, o a leer, sus críticas y, si se diera el caso, a contestar a las mismas... pero acudiendo no al discurso epidíctico sino a los instrumentos de la dialéctica.

ADVERTENCIA METODOLÓGICA

Comenzábamos nuestra obra originaria, *Argumentación Jurídica*, afirmando que en la épica tarea de escribir una obra de derecho se presentan algunos interrogantes previos. Entre ellos se destacaba el primordial interés de saber por qué se escribe, qué se escribe y quién será su destinatario. Si somos interrogados sobre el motivo por el cual escribimos nos surgen varias razones. Quizá la primera que podamos alegar sea porque simplemente nos place colocar muchas ideas de otros y algunas propias en el papel; otras pueden ser más trascendentes que esta primera y allí partiríamos hacia la inspiración y esta vez los alumnos tienen mucho de musas. Ya desde lo positivo, escribimos porque observamos una profunda brecha entre la educación formalizada del derecho en nuestras universidades y el derecho que en definitiva termina regulando la vida de nuestras sociedades. Ora por una, ora por otra razón, lo cierto es que escribimos sobre argumentación jurídica asumiendo que en la actualidad esta materia cumple un papel importante en múltiples ámbitos del derecho. Así, pues, se espera que alguien que presenta una tesis jurídica exponga argumentos que respalden la hipótesis planteada; que un abogado que lleva un caso al tribunal demuestre con argumentos la postura del cliente. Se espera que el juez que dicta una resolución justifique el fallo con argumentos; se pretende que cuando un legislador presenta un proyecto de ley al Congreso respalde su propuesta con razones e incluso cuando los juristas exponen sus opiniones doctrinarias a sus pares expliquen su parecer con explicaciones fundadas.

Nos preguntábamos en la original *Argumentación Jurídica* que diera origen a este nuevo libro: ¿Qué escribimos? ¿Cuál es el contenido de la obra? Y respondíamos que algunos podían sostener que era un libro de argumentación jurídica y otros, un libro de la llamada filosofía o teoría general del derecho. Hoy lo aquí escrito ha tomado dimensión más dirigida a la argumentación jurídica, dado que los temas más propios de la filosofía jurídica los abordamos en otra obra llamada *Teoría del Derecho*, por lo que allí nos remitimos para su estudio particular y más profundo. Al margen de ello, el trabajo tendrá insuficiencias y algunos podrán decir que serias. Lo cierto es que hemos querido estructurar una obra más completa sobre argumentación

jurídica, quizás potencialmente inconclusa, como toda obra humana, pero lo suficientemente abarcativa para dar al lector un panorama lo suficientemente extenso para abordar este amplio campo del derecho.

¿A quiénes escribimos? A pocos renglones de comenzar, nos viene inmediatamente al pensamiento el belga Chaïm Perelman y su idea del auditorio, cuestión que abordaremos en esta obra. En traducción perelmaniana, la pregunta sería la siguiente: ¿quién será nuestro auditorio? Quienes se aboquen al derecho con pensamiento reflexivo. Todos aquellos que se inquietan interesados por la enseñanza del derecho como un todo puramente normativo. El primer destinatario que podríamos identificar es aquel que pretende estudiar derecho. Y este sujeto, aun sin nombre ni nacionalidad concreta, puede ser individualizado no por su rol o función frente al derecho —sea ésta la de investigar, abogar, asesorar, juzgar, legislar, defender, enseñar o asistir a clase— sino por su actitud ante al fenómeno jurídico.

No es, pues, cualquier sujeto nuestro destinatario, sino aquel particular ser humano que vivencia el derecho desde su cotidiano ejercicio en todas aquellas actividades que mencionamos, pero que tiene una especial actitud, pues advierte que el relato académico al que ha asistido cuando universitario, o el que observa construirse día a día en el ejercicio y práctica que le toca vivir como operador del derecho, le resulta cuanto menos inconcluso y en cierto modo deficiente para describir ese derecho que vive a diario.

Sea que se encuentre hasta hoy en el claustro universitario, sea que lo haya abandonado hace poco o que ya sea un recuerdo gentil, nuestro lector observa que el derecho es algo más que aquello que le han enseñado. Avizora la insuficiencia de identificarlo exclusivamente con la concepción que sólo ve normas jurídicas —más allá del importante avance que resultó ser en su oportunidad Hans Kelsen para la evolución de la ciencia jurídica—, cuestionándose hasta dónde y de qué modo ese derecho se relaciona con la moral. A su vez, escapa de la visión decimonónica del juez aplicador y observa jueces que crean a diario el derecho; cavila entre pensar que existe una única solución «justa» para el caso o un abanico de soluciones justas o correctas, unas más justificables que otras frente a la comunidad jurídica. Y, por sobre todo, palpa la limitación de los desarrollos teóricos, considerándolos unos obsoletos y otros provisorios o aproximativos.

Claramente, después de lo dicho, somos autores buscando un particular tipo de lector: el que no está conforme con lo dicho hasta aquí respecto de la manera en que se expone el intrincado fenómeno jurídico. Claro está que no pretendemos dar solución a esa disconformidad, ni que nuestra obra pueda despejar todos los problemas que aquél nos trae, sino que —por el contrario— pretendemos generar mayores dudas y discusiones que hasta ahora no se habían analizado y, en la medida de lo posible, para abordarlas, proveer

las nuevas herramientas metodológicas así como diferentes perspectivas de análisis del fenómeno jurídico.

Quien señala insuficiencias en el desarrollo científico del derecho debe tener algunas nociones respecto del conocimiento en sí, de la ciencia en particular y de los distintos enfoques que podemos realizar respecto de lo jurídico; sin estas herramientas poco se podrá avanzar sobre cuestiones todavía más espinosas que comprenden a la lógica dialéctica y al lenguaje.

Sabemos que la tarea no es sencilla y que la «plenitud» de la elaboración de la obra es una utopía. Proponemos a quienes estudian el derecho, sea por necesidad profesional como jueces o abogados, como imperativo académico como estudiantes o como urgencia filosófica como teóricos y pensadores, un camino al que por decisión consensuada hemos dado comienzo en el paradigma decimonónico (quizá porque allí, como en ninguna otra época, se pretendió haber llegado a la plenitud científica, al «derecho perfecto y sin lagunas» de la mano del positivismo jurídico). Y a partir de allí, desarrollar la investigación hacia las posturas que decididamente han hecho entrar en crisis ese «paradigma» decimonónico, que lo han mostrado inadecuado para resolver el problema central que entraña la relación del derecho con la moral o, dicho de otro modo, en la forma en se arriba a las decisiones justas, si es que éstas existen...

No debemos olvidar mencionar la importancia que reviste el desarrollo particular de las principales teorías de la argumentación jurídica en el contenido de este libro. A ellas nos dedicaremos, no sin antes advertir sus orígenes y los elementos necesarios a tener en cuenta para abordarlas de la mejor manera posible. Nos disponemos a ofrecer un panorama amplio a partir de la consideración que los propios autores nos hacen —en sus principales trabajos—, con la intención de que esas teorías puedan ser la base de una práctica del derecho superadora de los actuales déficit legitimadores del fenómeno.

Por todo lo dicho, no es ésta una obra meramente descriptiva de las teorías de la argumentación jurídica, sino una en la que realizamos consideraciones críticas para acceder, luego sí, a esas teorías con mayores elementos de análisis. De modo más directo, es un modesto aporte para entenderlas mejor. No es sencilla la tarea, pero proponemos un camino que va de lo general a lo particular, sin exigencias de plenitud —como advirtiéramos algunos párrafos antes— pero con el claro objetivo de aportar algo de conocimiento sobre las actuales teorías que pretenden explicar el fenómeno vivo del derecho. Esperamos haber logrado, al final de las páginas del libro, este propósito. Vayamos, pues, hacia las primeras aproximaciones sobre el derecho.

AMÓS A. GRAJALES

NICOLÁS J. NEGRI

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Sumario: § 1. A modo de preámbulo. –§ 2. La argumentación jurídica en la iusfilosofía y teoría del derecho contemporánea. a) Post-positivismo. Constitucionalismo o «neoconstitucionalismo». b) Cierre preliminar.

§ 1. A modo de preámbulo. Para introducirnos en las teorías de la argumentación jurídica es conveniente y útil la formulación de un preámbulo que nos brinde el contexto general —filosófico y científico— en que aquéllas se han originado y desarrollado, al punto de erigirse en una «teoría» jurídica con suficientes alcances en orden a sus objetivos¹.

En principio, dicha conveniencia y utilidad radica en que el concepto mismo de argumentación jurídica se presenta como algo «complejo» y «problemático» de elucidar (§ 4.a), no sólo porque se la emplea de manera equívoca (*v. gr.*, en la filosofía, como teoría del conocimiento; en la ciencia jurídica, como metodología para el razonamiento jurídico del jurista; en la práctica judicial, como reconstrucción de los pasos deductivos y retóricos de la justificación; como representación del proceso psicológico del juez y como pretensión de garantizar una justificación sustantivamente correcta), sino también porque se pretende establecer un significado propio o estricto y otros derivados o aproximativos, sin dar una razón suficiente para privilegiar una noción por sobre la otra. Es una expresión compleja y problemática, además, porque se configura una situación especial de ambigüedad. En este supuesto, por la pluralidad de usos del lenguaje, la argumentación implica en sí misma un uso específico en el que se añaden «razones»².

¹ ATIENZA, «Entrevista a Aulis Aarnio», en *Doxa*, n. 21-I, 1998, p. 431. El profesor escandinavo considera que la argumentación ha alcanzado un avance técnico tal que estima suficiente en orden a los objetivos teóricos propuestos.

² *Idem*, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2007 (2006).pp. 68 a 72.

Las propiedades que nos permiten configurar, *prima facie*, una noción amplia de argumentación³ son las siguientes: 1) que la argumentación es siempre una acción relativa a la comunicación, el lenguaje y la lógica, en el sentido de que procura alcanzar un discurso crítico y racional; 2) que la argumentación presupone un problema; 3) que la argumentación comprende tanto un proceso o actividad como el producto o resultado de esa actividad, y 4) que la argumentación es una actividad racional porque está orientada a un fin y porque hay criterios para evaluar una argumentación buena o mala, mejor o peor que otra⁴.

También podemos decir que la argumentación jurídica —como fenómeno singular— es aquella actividad discursiva que se refiere al razonamiento y que se emplea para disputar, discutir o impugnar una opinión ajena, para probar o demostrar una proposición propia, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega a favor o en contra de algo relacionado con el derecho de alguien⁵.

Y, como «teoría», podemos decir que es aquel conjunto de construcciones epistemológicas orientadas al estudio del razonamiento jurídico en general, y del judicial en particular, que retoman problemas recurrentes en el debate teórico del derecho (el lenguaje, la lógica, la axiología, lo fáctico y lo autoritativo), brindándole una mayor interrelación y consistencia, y que revalorizan el estudio de las prácticas sociales (la dialéctica, la retórica, la dialéctica), y todo ello a fin de dar una descripción y prescripción, fundada y sistemática, de las decisiones jurídicas, para que sean consideradas como correctas o razonables⁶.

³ Para una crítica de la delimitación del ámbito de la argumentación, véase BARBERIS, «Imperialismo de la argumentación». Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza», en *Doxa*, n. 37, 2014, p. 325 a 335; y GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, p. 21 y ss.; 261 y ss.

⁴ ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 109 a 110. VAN EEMEREN y GROOTENDORST, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, p. 7.

⁵ PUY MUÑOZ, «La expresión “argumentación jurídica” y sinónimas. Un análisis tópico», en PUY MUÑOZ y PORTELA, *Argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*.

⁶ El «modelo argumentativo» de ciencia jurídica (meta-científico) sostiene que los juristas no se deben limitar a la descripción del derecho positivo sino que también deben proponer soluciones —sobre todo para los casos difíciles en los que no existe una única respuesta correcta—, con fundamento en componentes morales y políticos, mediante el ejercicio de la razón práctica, la que permite justificar tales soluciones. El derecho positivo no sólo se integra con normas o reglas, sino también con principios y valores jurídicos, y, por otro parte, se interrelaciona con las prácticas sociales (Aarnio, Alexy, ATIENZA, Nino, Peczenik, Zagrebelsky). En consecuencia, el razonamiento jurídico ocupa un lugar principal en el método, que no se restringe solamente a una cuestión de aplicación de normas, sino que se dirige a *discernir la mejor solución posible*; el razonamiento se despliega en tres aspectos que van más allá de los enunciados normativos: la validez lógica de los argumentos, la capacidad persuasiva y la posibilidad material de una argumentación (NÚÑEZ VAQUERO, «Ciencia jurídica», en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, FABRA ZAMORA y