

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

El Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. Tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a identificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí.

Otro posible enfoque consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz.

En fin, desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del Derecho. No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo). Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional.

En este libro, el Derecho se ve desde una perspectiva distinta de las anteriores que, sin embargo, no las excluye del todo, sino que, más bien, las presupone y, en cierto modo, las unifica y vuelve operativas. El Derecho no es, claro está, únicamente argumentación. Pero

destacar este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que permitan guiar y dar sentido a su actividad. Pues el Derecho, en todas sus instancias —legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.—, puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones —vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos— y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones.

Se puede decir entonces que la perspectiva que nos interesa aquí no es la de quien contempla un edificio o, mejor, una ciudad, desde fuera y se limita a describir sus calles, sus parques, sus construcciones. Tampoco la de quien pretende participar en su construcción y desarrollo simplemente como un técnico que se plantea de qué manera pueden satisfacerse ciertos objetivos que se suponen dados. Ni la del arquitecto que diseña los planos de un edificio y se desentiende de las cuestiones de detalle, de su ejecución. Sino la del que se siente comprometido con la tarea de mejorar el diseño y el desarrollo de una ciudad a partir de un modelo ideal que, sin embargo, sabe que tiene que ir adaptando continuamente a la realidad, o sea, esforzándose por construir la mejor ciudad posible a partir de las circunstancias dadas.

2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL

La argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica y lo ha sido siempre, con independencia de que para referirse a ese elemento de lo jurídico se haya usado esa denominación o alguna otra más o menos equivalente, como «razonamiento jurídico», «método jurídico» o «lógica jurídica». Esta última expresión, por cierto, ha sido —y sigue siendo— bastante polémica, pues no todos los juristas parecen convencidos de que su modo de operar en el Derecho haya de ser «lógico»; es frecuente, por ejemplo, oír de un jurista afirmaciones del tipo de «en el Derecho dos más dos no siempre son cuatro», «la aplicación del Derecho no puede entenderse en términos puramente silogísticos», «el método jurídico no es el de la lógica o el de la matemática», etc. Pero seguramente se trata de una polémica basada, al menos en buena parte, en la ambigüedad de la palabra «lógica», que a veces la usamos para referirnos a la lógica formal (la lógica matemática), y otras como sinónimo de «aceptable», «fundado», «racional», etc. En cualquier caso, la argumentación jurídica no se reduce a la lógica formal e incluso, como enseguida se verá, el origen de lo que hoy suele llamarse «teoría de la argumentación jurídica» es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estricta-

mente lógico-formales. Digamos que la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica.

Ahora bien, en los Derechos de los Estados democráticos contemporáneos, esa dimensión argumentativa parece haber adquirido una particular importancia. Y algo parecido, por cierto, ha ocurrido en muchos otros ámbitos de la sociedad; por eso, los psicólogos, los sociólogos, los lingüistas, los filósofos... y la gente normal y corriente están también interesados en la argumentación. Los juristas, en definitiva, se preocupan hoy por los aspectos argumentativos de su práctica en mucha mayor medida de lo que parecen haberlo hecho anteriormente por una serie de factores que, en lo esencial, se reducen a los cinco siguientes: 1) Las teorías del Derecho más características del siglo XX han tendido, por diversas razones de las que luego se hablará, a descuidar esa dimensión del Derecho; 2) La práctica del Derecho —especialmente en los Derechos del Estado constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar, y las imágenes más populares del Derecho (por ejemplo, el desarrollo de un juicio) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa; 3) Los cambios que se están produciendo en los sistemas jurídicos contemporáneos (sobre todo, la constitucionalización del Derecho) parecen llevar a un crecimiento, en términos cuantitativos y cualitativos, de la exigencia de fundamentación, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos; 4) Una enseñanza del Derecho más «práctica» tendría que estar volcada hacia el manejo —esencialmente argumentativo— del material jurídico y no tanto a conocer, simplemente, los contenidos de un sistema jurídico; 5) En la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común.

3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: DE LOS TEÓRICOS Y DE LOS PRÁCTICOS

Una concepción del Derecho viene a ser un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el Derecho: cuáles son sus componentes básicos, cómo se determina el Derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, etc. En el siglo XX, y en el ámbito de la

cultura jurídica occidental, ha habido básicamente tres concepciones que han jugado un papel central, y otras dos a las que podría considerarse periféricas. Las centrales habrían sido: el normativismo positivista, el realismo (también una forma de positivismo) y el iusnaturalismo; mientras que en la periferia habría que situar el formalismo y las concepciones escépticas del Derecho (hasta la década de los setenta, esencialmente las corrientes de inspiración marxista, y desde entonces, las llamadas teorías «críticas» del Derecho).

Quienes han elaborado esas concepciones son los teóricos o filósofos del Derecho, pero es de suponer que las mismas han de tener también algún reflejo en la práctica jurídica. Un abogado, un juez, etc., no podría resolver ningún problema práctico sin presuponer ciertas ideas (aunque las mismas puedan tener un grado muy bajo de articulación) sobre las fuentes del Derecho, la validez, la interpretación, etc. De manera que interesarse por las concepciones del Derecho no obedece a un propósito puramente «teórico». Sirve para entender mejor la práctica, la cultura jurídica en la que se actúa y para cuestionarse si ésta es o no la mejor posible. Por ejemplo, si uno se plantease cuáles son los rasgos más característicos de la cultura jurídica española y, en general, del mundo latino, probablemente llegaría a conclusiones como las siguientes: subsiste en ella un fondo formalista que, sin embargo, tiende progresivamente a debilitarse; el modelo de positivismo jurídico kelseniano suscita un rechazo bastante generalizado, mientras que una concepción como la de Hart o la de Carrió resulta mucho más atractiva; los elementos comunitaristas, hermenéuticos, de una concepción como la de Dworkin o Nino no son fácilmente asimilables, debido seguramente al formalismo de base; algo de «realismo» es visto como saludable, pero siempre y cuando no derive en indeterminación radical del Derecho; y el iusnaturalismo no parece jugar prácticamente ningún papel, como no sea el de contribuir a identificar (aunque no de manera explícita) la Constitución con una especie de Derecho natural, un conjunto de principios indiscutibles, lo cual lleva a que el jurista piense que no necesita de ninguna filosofía moral y política situada «más allá» del Derecho positivo.

Veamos entonces cómo cabe caracterizar esas concepciones del Derecho que forman parte de nuestra cultura jurídica y qué es lo que cada una de ellas aporta al enfoque argumentativo del Derecho.

3.1. El formalismo jurídico

«Formalismo jurídico» es un término muy ambiguo. En una de sus acepciones (a veces se habla de «legalismo» aproximadamente en el mismo sentido) significa simplemente que el Derecho —el Derecho moderno— consiste en buena medida en una serie de *reglas* preexistentes al aplicador, de manera que la toma de decisiones jurídicas,

salvo en supuestos marginales, no exige propiamente una deliberación y resulta así relativamente previsible. Como es fácil de comprender, se trata de un ingrediente esencial del Estado de Derecho, del *rule of law*. En términos argumentativos, significa que el razonamiento jurídico opera dentro de ciertos límites (límites institucionales, autoritativos) que no existen, por ejemplo, en la moral. Así entendido, no habría ninguna razón para oponerse al formalismo.

Pero cuando hoy se habla (normalmente, en términos peyorativos) de formalismo jurídico, a lo que se hace referencia es a una concepción del Derecho cuyas formas clásicas habrían sido el formalismo legalista de la escuela de la exégesis, el formalismo conceptual de la Jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurisprudencial desarrollado en Estados Unidos a partir de Langdell. Aunque cada una de ellas tenga sus propias señas de identidad, todas esas teorías del Derecho comparten ciertos rasgos, como los siguientes: considerar que el Derecho es un sistema completo y coherente; que sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho (la interpretación consistiría en descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor, no en innovar o desarrollar el Derecho); que los cambios jurídicos deberían reducirse al mínimo, puesto que la certeza y la previsibilidad son los máximos valores jurídicos; que el verdadero Derecho consiste en reglas generales y abstractas fijadas en «libros jurídicos»; que los conceptos jurídicos poseen una lógica propia, la cual permite deducir de ellos soluciones sin tomar en consideración elementos extrajurídicos (las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas); que las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se «subsumen» en el supuesto de hecho de la norma para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Pues bien, en este sentido más estricto, el formalismo es una concepción del Derecho bastante desacreditada teóricamente (es difícil encontrar a un jurista que se califique a sí mismo de «formalista»), pero no infrecuente en la práctica. La teoría del silogismo, por cierto, no es que sea exactamente falsa, sino que supone una simplificación excesiva de la argumentación (la justificación) judicial. Por lo demás, es importante evitar un error bastante frecuente: el de pensar que formalismo y positivismo jurídico son términos sinónimos. Obviamente, no es así; ninguno de los grandes positivistas del siglo XX (Holmes, Llewellyn, Kelsen, Hart, Bobbio, Ross, Carrió...) suscribiría las anteriores tesis, sino que, más bien, esos autores han contribuido decisivamente a desacreditarlas.

3.2. *El positivismo normativista*

Considerar el Derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral ha sido probablemente la concepción más extendida en la teoría del Derecho del siglo XX. Cabría hablar aquí de dos formas básicas. Una, la más radical, está representada por Kelsen y considera el Derecho como un conjunto de normas coactivas. Otra, más moderada y sofisticada, se identifica con la obra de Hart, para el cual el Derecho ha de verse, fundamentalmente, como una combinación de dos tipos de normas: primarias (las que establecen que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no) y secundarias (se refieren a las anteriores e indican qué normas pertenecen al sistema —regla de reconocimiento—, cómo se pueden crear y modificar nuevas normas y quién puede hacerlo —normas de cambio—, y qué órganos deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y con qué consecuencias —normas de juicio—). En el mundo hispano-hablante, los principales representantes habrían sido Carrió (cuya posición está muy próxima a la de Hart) y Alchourrón y Bulygin (que defendieron tesis que se sitúan, en cierto modo, entre Kelsen y Hart).

La visión kelseniana del Derecho es bastante antagónica con respecto al enfoque argumentativo del que antes se hablaba. En efecto, Kelsen privilegió, ante todo, el análisis estructural del Derecho; defendió una teoría voluntarista o prescriptivista del Derecho en la que la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos aplicadores es una cuestión de *fiat*, *no de razón*; sostuvo un emotivismo ético radical (no cabría, según él, un discurso racional sobre los valores); y consideró incluso que no existen relaciones lógicas entre las normas, lo que supone que no se pueden justificar racionalmente las decisiones jurídicas.

En el caso de Hart, el juicio tiene que ser más matizado. Su obra maestra, *El concepto de Derecho*, tiene poco que ver con una visión argumentativa del Derecho, pero en otros de sus trabajos hizo contribuciones de interés a ese enfoque y, de hecho, la teoría jurídica hartiana es la base de una de las teorías más acreditadas de la argumentación jurídica: la de Neil MacCormick¹. De todas formas, hay dos rasgos en la concepción de Hart (puestos de manifiesto en su discusión con Dworkin [Hart 1997]) que le separan de ese enfoque: su pretensión de elaborar una teoría descriptiva y general del Derecho, y su manera de entender la discrecionalidad judicial (que supone que,

1. La expuesta en su libro *Legal Reasoning and Legal Theory* (MacCormick 1978). En su última época, MacCormick abandonó el positivismo jurídico y sostuvo tesis más próximas a Dworkin que a Hart (*vid.* MacCormick 2005).

en los casos difíciles, los jueces tienen que acudir a criterios extrajurídicos, aunque no por ello arbitrarios).

En términos generales, lo que separa al positivismo normativista del enfoque del Derecho como argumentación sería: ver el Derecho como una realidad ya dada (un conjunto de normas) y no como una actividad, una práctica, que transcurre en el tiempo; entender, en consecuencia, que los elementos integrantes del Derecho son normas, enunciados, y no (también) las fases o momentos de esa actividad; considerar como el objeto de la teoría del Derecho la descripción de una realidad (previamente dada) y no la contribución al desarrollo de una empresa, de tal manera que la teoría (como ocurre en la concepción «interpretativa» del Derecho de Dworkin) se fundiría con la práctica.

3.3. *El realismo jurídico*

El realismo jurídico viene a ser la contrafigura del formalismo. Tanto en su versión norteamericana como escandinava, el Derecho tiende a verse como una realidad *in fieri*, como una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo. Al igual que los positivistas normativistas, los realistas suscriben la tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero su concepción empirista e instrumentalista del Derecho (más marcado, este último rasgo, en el caso de los americanos; el pragmatismo fue el trasfondo filosófico de ese movimiento) les lleva a rechazar la identificación del Derecho con «las reglas sobre el papel». Digamos que, para utilizar adecuadamente el Derecho (como factor de transformación social), hay que tomar en consideración no sólo las normas válidas, sino también las normas eficaces, al igual que los intereses, los fines, los valores sociales y muchos otros elementos que componen la «maquinaria del Derecho».

Tanto en el caso del realismo americano como en el del escandinavo ha habido posiciones más o menos radicales o moderadas. Hablando, sin embargo, en términos generales, cabría decir que si ese movimiento (del que formaron parte autores como Holmes, Pound —habrían sido los precursores en Estados Unidos a comienzos del XX—, Frank, Llewellyn o —del lado escandinavo— Hägerström, Olivecrona, Lundstedt o Ross) no produjo una teoría de la argumentación jurídica, ello se debió, esencialmente, a los tres siguientes factores. En primer lugar, al escepticismo axiológico. Los realistas subrayaron la importancia de los juicios de valor en la toma de las decisiones jurídicas, pero entendieron que los mismos caían fuera del campo de la razón; en relación con ellos no sería posible construir un razonamiento propiamente justificativo, sino de carácter persuasivo, retórico (y puramente instrumental). En segundo lugar, el interés por la retórica queda, de todas formas, limita-

do por el hecho de que el enfoque realista es, en lo esencial, un enfoque conductista, dirigido a predecir o explicar el comportamiento de los operadores jurídicos, más bien que a justificarlo; los más radicales, como Frank, insistirán en la mistificación del silogismo judicial como doctrina de la justificación judicial. Finalmente, la tesis de la indeterminación (más o menos radical) del Derecho, esto es, postular que las decisiones judiciales no están determinadas por normas previamente establecidas, sino que son el fruto de elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiosincrásicos, lleva también a que no se pueda hablar propiamente ni de argumentación jurídica ni de método jurídico.

3.4. *El iusnaturalismo*

La idea de un Derecho natural, esto es, de un orden consistente en una serie de principios con validez para todos los tiempos y lugares, y al que se subordina la validez de los Derechos positivos, ha sido una constante del pensamiento occidental hasta finales del siglo XVIII. A partir de entonces, cuando se produce la positivización de los Derechos, esto es, cuando se establecen ordenamientos con sistemas exhaustivos y excluyentes de fuentes positivas, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción funcional del Derecho: el jurista no necesitaba ya del Derecho natural como instrumento con el que operar dentro del Derecho, entre otras cosas, porque los sistemas jurídicos habían positivizado muchas normas de origen iusnaturalista.

A pesar de lo cual, el siglo XX ha conocido muchas variantes de iusnaturalismo. La más extendida, al menos en los países de tradición católica, no ha promovido en absoluto la consideración del Derecho como argumentación. La razón fundamental es que ese tipo de iusnaturalismo (escolástico o neoescolástico) se preocupó básicamente por determinar la esencia del Derecho, por mostrar las conexiones entre el orden jurídico-positivo y un orden de naturaleza superior que, en último término, se basaba en creencias religiosas. Los iusnaturalistas no han estado por ello interesados en cómo funciona —y cómo puede funcionar— el Derecho en cuanto realidad determinada social e históricamente, y han usado el Derecho natural más bien como una ideología escapista dirigida, en el fondo, a justificar el Derecho positivo (o cierto tipo de Derecho positivo: aquel en el que se plasmaban valores de tipo tradicional).

Pero hay algunas excepciones a lo anterior. Una de ellas se encuentra en ciertos escritos de Gustav Radbruch (Radbruch 1962) en los que se defiende la idea de que la validez del Derecho (en sentido pleno) no puede provenir ni del propio Derecho positivo ni de ciertos hechos, sino de valores de carácter suprapositivo, o sea, de un Derecho natural extraíble de «la naturaleza de la cosa». Según él, la idea de Derecho contiene varias nociones de valor, una de las cuales es la

justicia; cuando una ley es extraordinariamente injusta (lo que, en su opinión, habría ocurrido con algunas de la época nazi), entonces carece de validez y, en consecuencia, no existe la obligación jurídica de obedecerla. Cabría pensar, sin embargo, que esa apelación a un «Derecho supralegal» ha dejado de tener sentido en los Derechos del Estado constitucional.

Otra manera peculiar de entender el Derecho natural fue la del estadounidense Lon L. Fuller. Para él, el Derecho no consiste esencialmente en una serie de normas, sino que es una empresa, una actividad dirigida a satisfacer ciertas finalidades. El Derecho natural se traduce en una serie de requisitos de carácter procedimental (esencialmente, las exigencias que definen el *rule of law*) que integran lo que llama «la moralidad interna del Derecho»; si no se cumplen, al menos en cierta medida, entonces no cabría hablar de Derecho, de manera semejante a como no diríamos que practica la medicina alguien que no pretende curar. La concepción de Fuller se aproxima en varios aspectos a la del Derecho como argumentación. Sin embargo, él no construyó algo así como una teoría de la argumentación jurídica, por diversas razones: una es su conservadurismo político, que le llevó a poner el énfasis en la noción de orden, más bien que en la de justificación; otra, el antiformalismo (característico de la cultura jurídica estadounidense) que hizo que desdeñara el papel de la lógica en el Derecho; y una tercera, su propensión a un análisis más bien casuístico del Derecho y del razonamiento jurídico, incompatible con la elaboración de teorías de ámbito general.

En los últimos tiempos, el autor iusnaturalista más influyente es John Finnis. Para él, la tarea central del iusnaturalismo consistiría en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de Derecho (el *rule of law*) y en mostrar de qué manera el Derecho válido (*sound*) se deriva de ciertos principios inmodificables. Sin embargo, a pesar de seguir la tradición iusnaturalista clásica (tomista) y de reconocer la existencia de absolutos morales, Finnis no cree que la «razón natural» pueda suministrar una respuesta correcta para cada caso que se le presenta a un juez (*vid.* VII,3,B).

3.5. *El escepticismo jurídico*

Los realistas fueron, en diversos sentidos, escépticos en relación con el papel de las normas y/o de los hechos en el Derecho. Pero no pusieron en duda —como sí lo hicieron muchos juristas de orientación marxista— la funcionalidad del Derecho en cuanto instrumento de construcción y de cambio social. En el marco teórico clásico del marxismo, el discurso interno de carácter justificativo no es posible y ni siquiera queda mucho espacio para un uso retórico (instrumental)

del Derecho, si de verdad se piensa que el Derecho es, simplemente, expresión de la voluntad de la clase dominante, un elemento de la superestructura destinado a desaparecer en una sociedad plenamente emancipada, etcétera.

Desde los años setenta, sin embargo, más que de marxismo jurídico suele hablarse de «teorías críticas del Derecho», que vienen a ser una combinación de marxismo jurídico (digamos, un marxismo «débil» en el que se reconoce cierta autonomía al Derecho, se atenúa su carácter «clasista», etc.) al que se le añaden elementos procedentes de otras tradiciones: la tesis de la indeterminación radical del Derecho de los realistas, la crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento postmoderno, el feminismo jurídico, etc. Se abre así un espacio para el uso crítico (alternativo) del Derecho, pero limitado, en cuanto el discurso justificativo (que constituye el centro de la argumentación judicial y de la que tiene lugar en otras instancias jurídicas) presupone cierto grado de aceptación del Derecho.

Así, por ejemplo, en el caso de Boaventura Santos (1980 y 1998), la imposibilidad de un discurso propiamente justificativo se debe: por un lado, a que la elaboración de su teoría está hecha no desde el punto de vista del participante, sino del sociólogo que trata de explicar una realidad, o bien del «infiltrado» en una práctica, que no pretende exactamente mejorarla, sino reconstruirla sobre otras bases; y, por otro lado, a su visión postmodernista y anti-racionalista, que le lleva a defender versiones fuertes de escepticismo epistemológico y de relativismo cultural difícilmente compatibles con el discurso justificativo propio de los derechos humanos. Y Duncan Kennedy (el más caracterizado de los representantes del movimiento «Critical Legal Studies») sostiene (Kennedy 1997) que frente a la retórica de la *coherencia* y de la *neutralidad* que él atribuye a la filosofía «liberal» estándar (representada por autores como Dworkin) lo que, en su opinión, la teoría crítica del Derecho debe poner en su lugar es la *radical indeterminación* del Derecho y el carácter *político* de la administración de justicia.

4. EL CONSTITUCIONALISMO O POST-POSITIVISMO

Todas esas concepciones del Derecho parecen haber entrado en crisis como consecuencia de la irrupción, en las últimas décadas del siglo XX, del paradigma del constitucionalismo (para algunos, neo-constitucionalismo). No quiere ello decir, naturalmente, que haya que prescindir de ellas sin más, puesto que en esas tradiciones teóricas se contienen (en mayor o en menor medida) elementos imprescindibles para desarrollar un enfoque argumentativo del Derecho. Pero ninguna de ellas parece, por sí misma, adecuada para cumplir ese objetivo.

Por «constitucionalismo» se puede entender, al menos, dos cosas distintas: un fenómeno, la «constitucionalización» de nuestros Derechos después de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de Constituciones rígidas densamente pobladas de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales; o bien la conceptualización, la teorización de ese fenómeno. Muchos juristas, por ejemplo, parecen aproximarse hoy al Derecho con las herramientas de otro tiempo, esto es, sin ser conscientes de los grandes cambios que se han producido en las últimas décadas. Otros consideran que el positivismo jurídico metodológico (el de los normativistas o el de los realistas) sigue siendo una concepción adecuada, siempre que se introduzca en el mismo algunos cambios de relativa poca importancia. Otros, en fin, piensan que se necesita un nuevo tipo de positivismo (positivismo crítico, positivismo incluyente, etc.). Y finalmente, los autores a los que en sentido estricto cabría calificar de «constitucionalistas» o, quizás mejor, de «post-positivistas» (como Dworkin, Nino o Alexy) son aquellos que consideran que el positivismo jurídico no es ya una concepción adecuada del Derecho, sin caer por ello (aunque ésta sea una objeción usual que les dirigen sus críticos) en formas de iusnaturalismo.

En términos generales, cabría decir que esa nueva concepción del Derecho (a la que no sólo se adscriben ciertos teóricos del Derecho, sino también muchos juristas prácticos) supone, entre otras cosas, lo siguiente. El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento «insular»: la argumentación jurídica tiene, necesariamente,

un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política.

Aunque el uso del término «pragmatismo» puede llevar a confusión, el enfoque del Derecho como argumentación presupone un trasfondo pragmatista, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica. Eso significa que, en la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo que no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones. Pero, además, el tipo de pragmatismo específico que se defiende en este libro presupone una idea fuerte de razón práctica, o sea, no implica circunscribir la racionalidad práctica a la adecuación entre medios y fines. Es, como se ve, una concepción que permitiría calificar de pragmatistas a filósofos como Kant o como Habermas, o a teóricos del Derecho como Dworkin (a pesar de que este último haya polemizado con cierto tipo de «pragmatismo jurídico» [vid. VII,3,A]).

5. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El estudio (en principio, tanto descriptivo como prescriptivo y conceptual) de los razonamientos llevados a cabo por los juristas en las diversas instancias jurídicas ha tenido un gran auge en la segunda mitad del siglo XX. Suele hablarse (vid. Atienza 1991) de dos fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica: la de los precursores y la de la elaboración de la teoría estándar.

Lo que caracterizó a los precursores, en los años cincuenta del siglo pasado, fue la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo. Recaséns Siches (inspirándose en Ortega) defendió la idea de un *logos de lo razonable* (adecuado para campos como el Derecho) que contrapuso al *logos de lo racional*. Viehweg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tópica; y la tópica no sería un *ars iudicandi*, una técnica referida al paso de las premisas a la conclusión, sino un *ars inveniendi*, volcado al descubrimiento de las premisas y centrado en la noción de problema (y no en la de sistema). Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico-deductivos o demostrativos a los de carácter retórico; estos últimos no tratarían de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir

a un auditorio. Y, en fin, Toulmin se opuso al estudio tradicional de los argumentos desde un punto de vista puramente formal y, en su lugar, propuso un enfoque procedimental, dialéctico; una *lógica operativa* construida a partir del modelo del Derecho: «la lógica —llegó a afirmar— es Jurisprudencia generalizada» (Toulmin 1958: 7).

Sin embargo, en los autores que integran la concepción estándar (elaborada a partir de finales de los setenta), el razonamiento jurídico no aparece ya como contrapuesto al deductivo, sino que lo que estos autores (Wróblewski, Peczenik, Aarnio, Alexy o MacCormick) destacan es que para comprender aquél en toda su complejidad se necesitan otros recursos, además del de la lógica en sentido estricto. Por ejemplo, en el caso de MacCormick, porque la lógica deductiva no permite una justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles. Y en el de Alexy, porque la argumentación jurídica debería verse como un caso especial del discurso práctico general, y éste se define a partir de una serie de reglas que no son, simplemente, lógico-formales. Algo característico de este enfoque es, por tanto, la distinción entre la llamada «justificación interna» y la «justificación externa» de las decisiones judiciales: la justificación interna es de carácter exclusivamente lógico-deductivo y se refiere al paso de las premisas a la conclusión; la justificación externa no excluye la lógica, pero requiere algo más y concierne al establecimiento de las premisas.

A la teoría de la argumentación jurídica, así conformada, se le han dirigido una serie de críticas (Atienza 1991). Así, se ha objetado que restringe excesivamente su campo de estudio, en cuanto se ha centrado básicamente en las argumentaciones llevadas a cabo por los tribunales superiores y, por tanto, en los problemas de interpretación; lo que quedaría fuera serían las argumentaciones en materia de hechos (aunque en los últimos tiempos se ha escrito bastante sobre esta cuestión), la argumentación legislativa, la argumentación en los procesos de negociación o de mediación, o la argumentación de la dogmática. Otra crítica frecuente deriva de haberse ocupado exclusivamente del discurso justificativo de los juristas, descuidando los elementos sociológicos, psicológicos, etc., de tipo explicativo. Y, en fin, algunos autores han subrayado también que esas teorías han adoptado una actitud excesivamente complaciente en relación con la práctica de la justificación jurídica en el interior de los Estados constitucionales contemporáneos.

o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno), necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Pues bien, el Derecho puede verse (aunque no sea ésta la única aproximación posible) como una técnica, un instrumento, para el tratamiento de cierto tipo de problemas, de conflictos sociales. En cada una de las instancias jurídicas (legislativa, judicial, etc.) se producen decisiones que, en los Derechos contemporáneos, tienen que estar sustentadas en razones, tienen que estar argumentadas. ¿Pero qué significa argumentar? ¿Y qué relación hay entre argumentar y decidir?

En principio, parecería que los dos fenómenos —argumentar y decidir— van indisolublemente ligados: el legislador, el juez, el abogado, el jurista teórico... tiene que argumentar porque tiene que decidir él o que proponer a otro que decida en algún sentido: la argumentación sigue —o precede— a la decisión, como la sombra al cuerpo. Pero, sin embargo, esta apreciación no es del todo exacta. Por un lado, es perfectamente posible que se decida sin argumentar, sin dar razones de por qué se decide de determinada manera. De hecho, la práctica de la argumentación (motivación) judicial es relativamente reciente en los sistemas jurídicos de tipo continental (en los del *common law* no ha sido así, puesto que sin una mínima explicitación de las *rationes decidendi* de los casos, esos sistemas no podrían funcionar); y hay muchas decisiones (de órganos administrativos y también de órganos judiciales —las de menor importancia—) que no se motivan, pues en otro caso se haría imposible el funcionamiento de las instituciones. Y, por otro lado, las argumentaciones no tienen lugar únicamente en contextos prácticos (en relación con decisiones y acciones), sino también en contextos teóricos (a propósito de creencias y opiniones). La argumentación judicial en materia de hechos, por ejemplo, es de esta segunda naturaleza, si bien es cierto que, en última instancia (como ocurre con todo el razonamiento jurídico), tiene un carácter práctico: si se da por acreditado el hecho H, es porque ello es una condición para la adopción (justificada) de una determinada decisión.

Para escapar de las anteriores dificultades, podríamos decir que lo que hace que surja una argumentación son problemas, cuestiones, que pueden tener una naturaleza práctica o teórica (según que tengamos que formarnos una creencia o que decidir) y que, además, pueden ser de carácter abstracto o concreto, real o hipotético, etc. Argumentar, en definitiva, es algo que tiene lugar en el contexto de la resolución de problemas, aunque la resolución de muchos problemas (incluidos los jurídicos) suele requerir otras cosas, otras habilidades, además de la de argumentar.

2. EL CONCEPTO DE ARGUMENTACIÓN

Al igual que hay diversas disciplinas que se interesan por la argumentación, parece haber también diversas nociones de argumentación. Por ejemplo, los lógicos entienden los argumentos como encadenamientos de enunciados en los que, a partir de algunos de ellos (las premisas), se puede pasar a otro (la conclusión). Pero otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad o un *arte* dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro de determinada tesis; como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe atenerse a ciertas reglas; etcétera. Esa pluralidad de nociones puede observarse también en el mundo del Derecho; por eso, como antes veíamos, hay una contraposición característica entre la manera de ver la argumentación por parte de los «precursores» y de los autores que representan «la teoría estándar» de la argumentación jurídica.

La complejidad de la noción no deriva simplemente de que la expresión «argumentación» (o «argumentar», «argumento», etc.) sea ambigua. O sea, para aclarar su significado no basta con mostrar en qué sentidos distintos se habla de argumentación, sino que habría que ser capaz también de explicar qué relación existe entre todos ellos. Y para lograrlo, una estrategia adecuada puede consistir en utilizar la distinción que suele hacerse entre *concepto* y *concepción*; o sea, entre una noción muy amplia —un concepto— caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e interpretaciones —concepciones— distintas de esos mismos elementos. Se lograría así cierta unidad en la diversidad.

Los elementos que configuran el concepto de argumentación (en un plano muy abstracto) serían los cuatro siguientes: 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos, o fragmentos de argumentos, que no consisten en un uso *explícito* del lenguaje; al menos, del lenguaje hablado o escrito. 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da

entre las premisas y la conclusión). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.

3. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN

Hay tres formas características de interpretar esos elementos comunes que definen el concepto de argumentación y, por ello, cabe hablar también de tres concepciones o de tres aproximaciones básicas a la argumentación: la formal, la material y la pragmática.

La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados —premisas— de tal forma, se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado: la lógica (la lógica estándar o clásica) no describe cómo la gente argumenta, sino que señala ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción característica de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el *modus ponens* o silogismo subsuntivo; si un razonamiento asume esa forma, entonces cabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto, aunque no por ello resulte ser un razonamiento sólido o persuasivo.

Para la *concepción material*, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc. El centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión. Sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal; una buena argumentación desde la perspectiva material presupone la corrección formal, pero tiene que cumplir también ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las

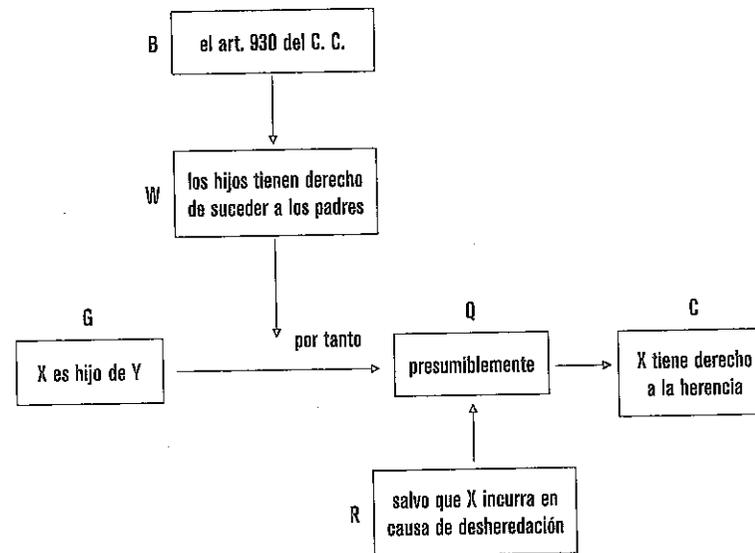
fuentes del Derecho, de la interpretación o de la prueba. Un ejemplo de esa manera de entender la argumentación jurídica la encontramos en la «lógica material» o logos de lo razonable de Recaséns Siches, en la tópica de Viehweg o en la teoría interpretativa del Derecho de Dworkin.

Finalmente, la *concepción pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. Lo que importa aquí es la argumentación vista como una actividad, como una interacción; en el transcurso de esa actividad se producen, naturalmente, argumentos, pero las premisas y conclusiones de los mismos no son ya enunciados sin interpretar o enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados *aceptados*, puesto que sin ciertos puntos de acuerdo no sería posible llevar a cabo esa actividad. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en cierto modo en términos individuales (una argumentación es algo que un individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social (o bien presupone que el individuo que argumenta en esta forma se desdobra en dos o más agentes razonadores). El éxito de la argumentación depende de que efectivamente se obtenga (o debiera obtenerse) la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático (los elementos básicos son los de orador, discurso, auditorio y persuasión). Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante. Las concepciones de la argumentación de Perelman y de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.

Dada la importancia que ha tenido en el desarrollo de la teoría contemporánea de la argumentación (no sólo de la argumentación jurídica), merece la pena detenerse un momento para examinar el esquema de la argumentación propuesto por Toulmin (1958). El modelo simple contiene cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El primero de ellos (*claim*) significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en una argumentación; por ejemplo: «X tiene derecho a recibir la herencia». Al comienzo de la argumentación, pues, alguien (el proponente)

plantea un problema frente a otro (el oponente). En caso de que este último cuestione de alguna manera la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (*grounds, data*) a favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes; por ejemplo: «X es el único hijo de Y, el cual falleció sin dejar testamento». El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en el caso de que los acepte, puede exigir al proponente que justifique el paso de las premisas a la conclusión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía (*warrant*); las garantías no son enunciados que describen hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; Toulmin pone este símil: los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, y la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes; en el ejemplo: «los hijos suceden —deben suceder— a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento». Finalmente, en ocasiones es necesario mostrar que la garantía resulta válida, relevante y con un peso suficiente, sobre todo si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión; para ello, el proponente deberá indicar el campo general de información o el respaldo (*backing*) del argumento; por ejemplo, «el artículo 930 del Código Civil».

Ahora bien, los anteriores elementos son suficientes para dar cuenta de cuándo tenemos un argumento válido o correcto. Pero la fuerza de un argumento depende, además, de otros dos elementos, los cualificadores y las condiciones de refutación, necesarios para componer el modelo general. Así, por un lado, la conclusión, la pretensión de un argumento, puede afirmarse con un grado de certeza que puede ser mayor o menor; mientras que en la matemática (o en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida ordinaria no suele ser así, sino que G (de *ground*, razones), W (de *warrant*, garantía) y B (de *backing*, respaldo) prestan a C (de *claim*, pretensión) un apoyo más débil que suele expresarse mediante cualificadores modales (*qualifiers*) como «presumiblemente», «con toda probabilidad», «plausiblemente», «según parece», etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a C puede ser sólo en ciertas condiciones, esto es, pueden darse ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que socaven la fuerza de los argumentos y a las que se denomina condiciones de refutación (*rebuttals*). Todo ello lo representa Toulmin con un esquema que, aplicado al ejemplo anterior, sería el siguiente:



4. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Cada una de las anteriores concepciones o dimensiones de la argumentación tiene que ver con un tipo de problema en que puede hallarse envuelto un ser humano. Pero cabría decir también que esas concepciones tienen algo de tipos ideales, en cuanto las argumentaciones realmente existentes no obedecen, en general, a uno solo de esos tipos puros. Esto es así por un par de razones. La primera es que esas tres concepciones no son incompatibles entre sí: los criterios de corrección material presuponen los formales, esgrimir un argumento válido desde el punto de vista de la lógica tiene un gran valor retórico, etc. Y la segunda es que las «empresas racionales» en que se ven envueltos los seres humanos tienen, o pueden tener, cierta vocación de totalidad, en el sentido de que los fines y los valores de esas empresas no son exclusivamente formales, materiales o pragmáticos, sino que pueden responder a una combinación de los tres.

Esto último es lo que ocurre en la ciencia, en la moral o en el Derecho. En el caso del Derecho, podría decirse que cada una de esas tres concepciones está íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos. La certeza, con la concepción formal; basta con recordar la idea weberiana de la racionalidad formal del Derecho moderno que, por otro lado, debería considerarse como

unilateral, reduccionista: la racionalidad del Derecho —de nuestros Derechos— no es sólo de ese tipo. La verdad y la justicia, con la concepción material. Y la aceptabilidad y el consenso, con la concepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.

En consecuencia, no se trata de optar por alguna de esas concepciones (éste habría sido el error en que incurrieron los precursores de las teorías de la argumentación jurídica en el siglo XX; o, al menos, muchos de ellos), sino de elaborar una teoría que las integre adecuadamente. Una teoría que no las vea como *concepciones* (unilaterales), sino como *dimensiones* que pueden tener un mayor o menor peso dependiendo del contexto o de la perspectiva que se asuma. Así, por ejemplo, la argumentación de los abogados parece ser de naturaleza esencialmente dialéctica (cuando se contempla desde la perspectiva de la lucha que tiene lugar entre partes que defienden intereses contrapuestos) y retórica (si se ve como los discursos dirigidos a persuadir al juez o al jurado en relación con determinadas tesis). La concepción formal se presta bien para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del Derecho que se centran exclusivamente en la argumentación como resultado (en el texto de una sentencia), con propósitos simplemente descriptivos o reconstructivos (de los argumentos utilizados). Y la concepción material constituye el núcleo de la justificación que llevan a cabo los jueces: la obligación de motivar no se satisface simplemente mostrando que la decisión (o el correspondiente enunciado de deber) es la consecuencia lógica de ciertas premisas, ni tampoco por razón de que sea aceptable para cierto auditorio, sino que exige (de manera esencial) que se trate de buenas razones, según los criterios de racionalidad característicos de una teoría de las fuentes, de la validez, de la interpretación, etcétera.

5. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES

La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito. O sea, una cosa sería dar cuenta de los motivos (en el sentido de los factores causales) de diverso tipo que llevan a un juez o a un tribunal a tomar una determinada decisión; y otra señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable, justificado. En otros términos: una cosa son las razones que *explican* la decisión, y otra las que la *justifican*. La palabra «motivación» puede utilizarse en los dos sentidos,

pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de *motivar* sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación. Es importante darse cuenta de que la distinción en cuestión no coincide con la que puede trazarse entre el discurso descriptivo y el prescriptivo: se puede describir cómo los jueces, de hecho, toman sus decisiones, pero también puede prescribirse cómo deberían hacerlo; y otro tanto pasa en relación con la justificación.

Esa distinción, por lo demás, había sido tomada de la filosofía de la ciencia de la época neo-positivista. Hoy, sin embargo, la distinción sólo se mantiene en términos bastante débiles, pues suele considerarse, por un lado, que no hay una línea tajante que separe ambos contextos y, por otro lado, que sí cabe hablar de una «lógica del descubrimiento», en el sentido de que hay ciertas pautas de racionalidad en relación con el hallazgo de las teorías científicas; o sea, la racionalidad, el método científico, no se circunscribe al contexto de la justificación o validación de las teorías científicas. En relación con el Derecho, es fácil darse cuenta de que la distinción no puede mantenerse tampoco de manera nítida, o sea, es perfectamente posible que una razón explicativa tenga también fuerza justificativa; al fin y al cabo, el buen juez es aquel que toma sus decisiones guiado únicamente por buenas razones. Y no conviene olvidar tampoco los límites de la analogía trazada entre la ciencia y el Derecho: o sea, descubrir una regularidad, una ley científica, no es lo mismo que decidir; y justificar una teoría científica —bajo la forma de un razonamiento teórico— no es tampoco lo mismo que justificar una decisión —que efectuar un razonamiento práctico.

El sentido de esa distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación (que sigue siendo útil mantener, por ejemplo, para darse cuenta del error en que incurren los realistas jurídicos y quienes piensan que no cabe justificar las decisiones porque la lógica no ofrece una descripción adecuada de cómo se toman las decisiones) puede aclararse bastante cuando se la ve a partir de las tres perspectivas o concepciones de la argumentación antes señaladas. Pues desde el punto de vista formal, la distinción se puede establecer con nitidez: reconstruir el esquema formal (lógico) de la motivación de una decisión judicial (de una sentencia) es una operación que se desarrolla exclusivamente en el contexto de la justificación (y aunque la justificación lógica sea únicamente un aspecto de la justificación en sentido pleno). Pero desde las otras perspectivas, las cosas no son ya así. En el plano material, las razones justificativas pueden ser indistinguibles de las explicativas (o si se quiere, la distinción debe ser «negada» por

el juez en su práctica de motivación). Y, desde el punto de vista pragmático, la distinción, simplemente, desaparece: el descubrimiento, la *invención*, de los argumentos es, simplemente, una de las fases del proceso de argumentación, de justificación. Por otro lado, como se ha señalado en alguna ocasión (*vid.* Aguiló 2003), las instituciones de la independencia (la obligación de no ir más allá del Derecho) y de la imparcialidad judicial (la obligación de abstenerse o la posibilidad de ser recusado) cumplen precisamente la función de hacer coincidir las razones explicativas con las justificativas.

6. ARGUMENTACIÓN Y FALACIAS

Los argumentos pueden ser evaluados desde las tres concepciones o perspectivas señaladas: como válidos o inválidos (desde el punto de vista formal), o como más o menos sólidos (desde el punto de vista material), o persuasivos (desde el punto de vista pragmático). Pero esas calificaciones dejan fuera una categoría intermedia entre los buenos y los malos argumentos. Pues, en efecto, hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias». El estudio de las falacias resulta especialmente importante por la capacidad de engaño que envuelven, al tener esa apariencia de buenos argumentos; Aristóteles, en *Refutaciones sofisticas* (Aristóteles 1982), decía que eran como los metales que parecían preciosos sin serlo. Por otro lado, el que usa una falacia puede hacerlo a sabiendas de que es un mal argumento, con el propósito de engañar (cabría hablar entonces de *sofisma*), o bien de buena fe, sin ser consciente del engaño que supone (*paralogismo*). Lo que genera las falacias es tanto lo que Bentham (1990) llamaba «intereses siniestros» (los intereses de la gente que no pueden ser declarados abiertamente) como las dificultades cognitivas de los seres humanos.

Hay muchos catálogos de falacias, empezando por el propuesto por Aristóteles en *Refutaciones sofisticas*. Los tipos de falacias más usuales suelen tener un nombre en latín: *ignoratio elenchi*, *petitio principii*, *ad baculum*, *ad personam*, etc. A veces se clasifican en falacias formales e informales, pero, siguiendo las tres perspectivas que hemos distinguido, podríamos agruparlas en falacias formales (lógicas), materiales y pragmáticas. Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción). En las falacias materiales, la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto; ejemplos típicos podrían ser la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía. Y en las falacias pragmáticas,

el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, alguna de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico; pero no tiene que ser una regla técnica en sentido estricto (un argumento pragmáticamente falaz no es un argumento no persuasivo: eso sería un mal argumento, sin más), sino una regla moral en sentido amplio. Para quien entiende la retórica en términos estrictamente técnicos (un «buen» argumento retórico significaría exclusivamente un argumento persuasivo), no tendría sentido hablar de falacias. Por supuesto, todo lo anterior no quiere decir que pueda trazarse una distinción nítida entre las falacias formales, las materiales y las pragmáticas; sin ir más lejos, las falacias inductivas, como más adelante se verá, tienen siempre una dimensión material que suele resultar preponderante.

Por lo demás, como la clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, la de apariencia, es inevitable que haya una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos: la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa —que estaría implícita— para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual. En abstracto no puede decirse que un determinado tipo de argumento sea falaz. De manera que lo importante no es tanto una clasificación o una tipología de las falacias, sino un método para poder detectarlas; dicho de otra manera, se trataría de revisar la bondad (o apariencia de bondad) de los argumentos desde una perspectiva formal, material y pragmática. Todo lo cual, por cierto, no significa poner en cuestión la racionalidad de las argumentaciones, sino subrayar que el concepto de argumento falaz presupone el de buen argumento (al igual que la noción de ideología presupone la de verdad).