

CAPÍTULO SÉPTIMO

PROYECTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

JURÍDICA 203

- I. Introducción 203
- II. El objeto de la teoría 204
- III. Problemas metodológicos 207
 - 1. Representación de la argumentación 208
 - 2. Criterios de corrección 215
- IV. Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica 216

CAPÍTULO SÉPTIMO

PROYECTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo con que se iniciaba este libro he tratado de presentar una caracterización general de la argumentación jurídica tomando como guía básicamente la lógica formal deductiva. Una aproximación de este tipo, sin embargo, no permitía dar cuenta de todos los aspectos de la argumentación jurídica o de la argumentación en general. La conciencia —a veces exagerada— de esta insuficiencia de la lógica es lo que dio origen, a partir de los años cincuenta, a lo que hoy solemos entender como *teorías de la argumentación jurídica*. Las cinco concepciones seleccionadas, y expuestas en los anteriores capítulos con cierto detalle, pueden subdividirse, a su vez, en dos grupos. En el primero habría que incluir la obra de los tres autores, Viehweg, Perelman y Toulmin, que —como anteriormente se ha dicho— pueden considerarse como los precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Las obras de MacCormick y de Alexy representan, precisamente, lo que me parece puede denominarse *la teoría estándar*.

Tanto en relación con las obras de los primeros como las de los segundos he seguido un mismo método expositivo. En primer lugar, me he esforzado por presentar un resumen de las ideas del autor en cuestión acerca de la argumentación, que resultara lo más claro y lo menos simplificador posible. Luego, he tratado de mostrar las principales objeciones que cabría dirigir a esa concepción. Ahora procuraré presentar esas críticas de una manera más global, y sugeriré también cuáles son, en mi opinión, las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada.

Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la

función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, cómo lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple. Las teorías de la argumentación jurídica que se han examinado en los capítulos anteriores son deficitarias en esas tres dimensiones aunque, desde luego, no lo sean todas ellas en la misma medida. Si nos centramos en las dos últimas, esto es, en las de MacCormick y Alexy, podría decirse que las mismas resultan insuficientes en cuanto que: descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico; no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y tienen un interés limitado para el teórico y el práctico del derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente. Trataré ahora de aclarar el sentido de estas críticas, ofreciendo en algunos casos algunas propuestas alternativas.

II. EL OBJETO DE LA TEORÍA

Las insuficiencias de la teoría estándar de la argumentación jurídica, desde el punto de vista del objeto, han quedado puestas de relieve desde las primeras páginas de este libro, cuando se indicaron cuáles eran los diferentes ámbitos de la vida jurídica en que tenían lugar argumentaciones. La construcción de una teoría alternativa, desde esta perspectiva, ha de consistir en un proceso de generalización de la teoría, que debería llevarse a cabo considerando, al menos, las siguientes dimensiones.

En primer lugar, no se puede olvidar que la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo. Con ello, sin embargo, no sólo se deja fuera del ámbito de estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores —y que es una argumentación sobre hechos—, sino que tampoco se da cuenta suficientemente de la argumentación a propósito de cuestiones normativas, puesto que también en relación con este tipo de problemas surgen discusiones sobre hechos que pueden llegar a tener una importancia incluso decisiva. La construcción de una teoría de la argumentación jurídica que también dé cuenta de este

tipo de razonamiento jurídico (o de este aspecto del mismo) debería conducir, por un lado, a una mayor aproximación hacia teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria. Por otro lado, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo ha de desarrollarse en estrecho contacto con la teoría moral y con lo que normalmente se llama *teoría del derecho*, sino también con la sociología del derecho, entendida como teoría sociológica y como investigaciones de tipo empírico.

En segundo lugar, la teoría de la argumentación jurídica tendría que dar cuenta no sólo de los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, así como en la elaboración de la dogmática jurídica, sino también de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho. Si la teoría de la argumentación jurídica pretende introducir algún tipo de pauta que permita controlar —racionalizar— el uso de los instrumentos jurídicos, entonces parece claro que no puede renunciar a extender este control al momento de la producción de las normas. Alexy, como hemos visto, consideraba que una de las condiciones limitadoras del discurso jurídico (lo que hace que este sea precisamente un caso especial en *relación* con el discurso práctico general) es el respeto a la ley. Pero eso parece que tiene que llevar a pensar que la racionalidad en la aplicación del derecho depende de la racionalidad en la legislación; que la argumentación del juez, de las pases en el proceso o de los dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas.

Para estudiar este aspecto de la argumentación jurídica, convendría, desde luego, distinguir entre una fase prelegislativa, otra propiamente legislativa y otra postlegislativa; pero, además, se necesitaría partir de alguna teoría de la legislación que cumpliera un papel parecido al que juega la teoría del derecho en relación con el razonamiento jurídico que produce en la fase de interpretación y aplicación del derecho (piénsese, por ejemplo, en la relación entre la teoría jurídica de Hart y la concepción del razonamiento jurídico de MacCormick). En mi opinión (*cfr.* Atienza, 1989b), la legislación —y, en general, el proceso de producción de las normas jurídicas— puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores de las normas. Ello lleva también a

considerar que la racionalidad legislativa puede contemplarse desde varios niveles, cada uno de los cuales parece sugerir un tipo característico de argumentación. Tendríamos, en concreto: una racionalidad lingüística, entendida en el sentido de que el mismo —edictor— debe ser capaz de transmitir de forma inteligible un mensaje —la ley— al receptor —el destinatario—; una racionalidad jurídico-formal, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico previamente existente; una racionalidad pragmática, ya que la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica, pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética, en cuanto que las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética. Desde esta última perspectiva —y parece claro que las otras instancias tendrían que subordinarse a la ética— podría plantearse la cuestión de si la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley —por ejemplo, en el contexto de un Estado de derecho— es o no racional; la de cuáles serían las reglas y formas de razonamiento por añadir a las del discurso práctico general, que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica que tiene lugar en los procesos de interpretación y aplicación del derecho; o la de si lo anterior se aplica sólo a la fase propiamente legislativa —por ejemplo, a la discusión en el parlamento— o podría extenderse también a la fase prelegislativa y postlegislativa.

En tercer lugar, y situándonos ahora en el contexto de la aplicación del derecho, la teoría estándar de la argumentación jurídica sólo considera el proceso que suele denominarse como *adjudicación*, pero prácticamente olvida por completo que la resolución de problemas jurídicos es, con mucha frecuencia, resultado de una mediación o de una negociación, lo que significa un proceso que no consiste ya simplemente en aplicar normas jurídicas aunque, naturalmente, las normas jurídicas sigan jugando aquí un papel relevante. Elaborar una teoría de la argumentación jurídica que tenga en cuenta también el tipo de razonamiento que tiene lugar en el contexto de estos procedimientos —jurídicos— de la resolución de conflictos no es sólo importante por razones prácticas, sino también por razones teóricas. Considerada la cuestión desde el punto de vista de cuáles son los criterios de corrección de la argumentación, ello debería llevar a operar con un modelo complejo de racionalidad práctica; la racionalidad

discursiva tendría que combinarse aquí con la racionalidad estratégica, con lo que, al final, se produce una aproximación de la argumentación que tiene lugar en este ámbito a la argumentación legislativa.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que ha de ser también descriptiva; con ello quiero decir que debe ser capaz de dar cuenta suficientemente de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica. Esto puede entenderse, a su vez, en dos sentidos.

Por un lado, dentro del contexto de justificación, se necesita contar no sólo con criterios sobre cómo han de justificarse las decisiones (esto es, sobre cómo ha de argumentarse para considerar que la decisión resultante está justificada), sino también con un método que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas. Dicho de otra manera —y como se vio en el capítulo primero—, tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación se puede llevar a cabo un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo.

Por otro lado, el estudio de la argumentación jurídica no tiene por qué limitarse al contexto de la justificación, sino que sería importante que se extendiera también al del descubrimiento. En realidad, es muy posible que esta distinción tuviera que relativizarse, pues no está nada claro que siempre se pueda o se deba separar tajantemente estos dos aspectos (lo que, por cierto, no tiene por qué significar poner en cuestión la distinción entre el plano de la descripción y el de la prescripción). Por ejemplo, de cara a la elaboración de sistemas jurídicos expertos aparece que lo que interesa no es sólo la cuestión de cómo los juristas fundamentan sus decisiones (esto es, cuál es el tipo de argumentación que consideran sirve de justificación para una decisión), sino también la de cómo llegan, de hecho, a esa decisión (esto es, cuál es el proceso mental —el proceso argumentativo— que les lleva ahí).

III. PROBLEMAS METODOLÓGICOS



Una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada tendría que disponer —como se acaba de decir— de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación (al menos, la fundamentación de una decisión, tal y como aparece plasmada en las sentencias y en otros documentos jurídicos), así como de criterios

—tan precisos como sea posible— para juzgar sobre la corrección —o sobre la mayor o menor corrección— de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas.








1. Representación de la argumentación

En mi opinión, uno de los mayores defectos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es precisamente que esta no ha elaborado un procedimiento que permita representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones. Tanto MacCormick como Alexy recurren a estos efectos a la lógica formal deductiva —digamos, la lógica clásica—, pero me parece que esta, por sí sola, no es un instrumento suficiente para cumplir ese objetivo. Básicamente, porque en los procesos de argumentación jurídica —así como en la argumentación en la vida ordinaria— juegan un papel fundamental las relaciones de *ser un argumento a favor de* y *ser un argumento en contra de*, que no pueden traducirse adecuadamente en términos de la noción habitual de inferencia lógica: x puede ser un argumento a favor de y y x ser verdadero (o, en general, válido), sin que por ello tenga que serlo y ; por ejemplo, porque z es un argumento en contra de y que tiene mayor peso que x . Por otro lado, el proceso de argumentación no es, por así decirlo, lineal, sino más bien reticular; su aspecto no recuerda a una cadena, sino a la trama de un tejido.

Un fragmento de argumentación jurídica podría, en mi opinión (*cfr.* Atienza, 1990b), representarse adecuadamente si se utilizan diagramas que permitan dar cuenta tanto del aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático de la argumentación. Así, en primer lugar, hay que representar las relaciones que guardan los argumentos entre sí. Por ejemplo:

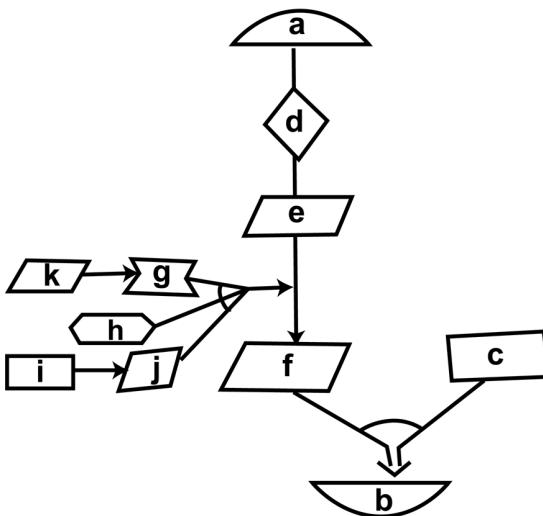
- $a \rightarrow b$: a es un argumento independiente en favor de b ;
 $a \leftarrow b$: a es un argumento independiente en contra de b ;
 : a y b , conjuntamente, constituyen un argumento en favor de c ;
 : a y b (cada uno por separado) constituyen un argumento en favor de c ;
 $a \rightarrow \downarrow$
 c : a es un argumento para fundamentar c con la ayuda de b ;
 b

etc. En segundo lugar, el aspecto semántico (el sentido de los enunciados) está representado en los esquemas anteriores por las letras minúsculas a, b, c, etc. Y para el aspecto pragmático, es decir, para indicar cuál es el tipo de acto de lenguaje que se efectúa con el enunciado, puede recurrirse a las siguientes figuras geométricas:

-  planteamiento de un problema;
-  afirmación de un enunciado empírico (universal o singular);
-  adopción de un enunciado normativo que obliga, prohíbe o permite hacer algo;
-  formulación de una pregunta que se puede hacer en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas;
-  asunción de un juicio de valor;
-  establecimiento de una definición o de un postulado de significado;
-  adopción de un principio (que puede considerarse algo a mitad de camino entre un valor y una norma); etc.

Para mostrar cómo se pueden utilizar las anteriores ideas, volveré a tomar el ejemplo del caso de los Grapo a que se hizo referencia en el capítulo primero (*cf.* nota 1). El Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de junio de 1990, sostuvo, a propósito de la cuestión de si se debía o no alimentar por la fuerza a los presos del Grapo cuando su salud se viera amenazada como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre (a), que la administración tenía en efecto esta obligación (b), si se daba la circunstancia antes indicada de riesgo para la salud (c). Para llegar a esa conclusión, el tribunal comienza planteándose cuál es la norma aplicable al caso (d), y entiende que es el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que establece la obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los internos (e), el cual debe interpretarse en relación con diversos artículos de la Constitución, como, por ejemplo, el artículo 15 que establece el principio del derecho a la vida y a la integridad física y moral. Ahora bien, el problema de interpretación que aquí se plantea es el de cómo hay que resolver el conflicto que surge entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. El tribunal opta por considerar que, en este caso, el valor vida humana debe prevalecer sobre el valor autonomía personal, lo que significa crear o reformular una norma, según la cual, cuando la salud de un interno corre grave riesgo como consecuencia de una huelga de hambre

reinindicativa, la administración tiene la obligación de alimentarle, incluso por la fuerza (f). A favor del paso de (e) a (f), el tribunal constitucional dio, básicamente, estas tres razones: el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte (g); los presos no usan de la libertad reconocida en el artículo 15 de la Constitución para conseguir fines lícitos, sino objetivos no amparados por la ley (h); los reclusos están frente a la administración en una “relación especial de sujeción” (i), lo que permite imponer limitaciones a sus derechos fundamentales que podrían no estar justificadas si se tratara de ciudadanos libres (j). A su vez, si procediéramos a un análisis más de detalle, veríamos que a favor de (g), el tribunal adjunto que la persona puede fácticamente disponer sobre su propia muerte, esto es, que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe, pero no constituye un derecho subjetivo (k), etc. Un diagrama que dé cuenta de esta argumentación (por tanto de la reconstrucción que se acaba de efectuar de la argumentación del Tribunal Constitucional) podría ser este:



Aquí es interesante observar tres cosas. La primera es que el paso de (f) y (c) a (b), es decir, el fragmento final de la argumentación, no es otra cosa que lo que a lo largo del libro se ha denominado *esquema de justificación interna*. El uso de =>, es decir, de una doble flecha en lugar de

una flecha sencilla. \rightarrow , significa que este tipo de argumento es deductivo; la noción de inferencia deductiva aparece, pues, como un caso límite de la noción más extensa —y más débil— de inferencia: si x es un argumento deductivo a favor de y , entonces no puede ser el caso de que x sea verdadero, válido o correcto, sin que lo sea y . La segunda observación es el hecho de que el conjunto de los argumentos k), g), h), i) y j) constituyen la justificación externa de f), esto es, de la premisa normativa. Y la tercera es que no parece que la argumentación anterior pueda reconstruirse fácilmente —es decir, útilmente— en términos de lógica deductiva.

A partir de aquí se podría todavía tratar de diseñar un modelo que permitiera una reconstrucción racional de todo el proceso de argumentación que se lleva a cabo frente a un caso difícil. En mi opinión, tal proceso podría caracterizarse como una sucesión de los siguientes pasos:

En primer lugar, hay que identificar el problema por resolver, esto es, en qué sentido nos encontramos frente a un caso difícil. Siguiendo aquí a MacCormick, puede partirse de estos cuatro tipos de problemas jurídicos:

- 1) Problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso. Por ejemplo, ¿son aplicables, en relación con el recurso de amparo que resuelve el Tribunal Constitucional en la sentencia a que antes se aludió, diversas normas internacionales que supuestamente habría vulnerado el auto recurrido (*cf.* fundamento jurídico 3)?
- 2) Problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso. Por ejemplo, ¿cómo debe interpretarse el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria?; o ¿cómo debe entenderse el derecho a la vida recogido en el artículo 15 de la Constitución?
- 3) Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar. Por ejemplo, ¿fue realmente voluntaria la decisión de los presos del Grapo al declararse en huelga de hambre?
- 4) Problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma. Por ejemplo, ¿puede calificarse la alimentación por la fuerza de los presos del Grapo como un caso de *tortura* o *trato inhumano o degradante*, según el

sentido que tienen estos términos en el artículo 15 de la Constitución (*cf.* fundamento jurídico 9)?

En segundo lugar, una vez establecido, por ejemplo, que se trata de un problema de interpretación (y en muchos casos puede que haya que enfrentarse con una cuestión compleja en donde se combinan diversos tipos de problemas), hay que determinar si el mismo surge por insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). Esto tiene que ver con la consideración de la argumentación como un proceso de tipo informativo, en el cual se parte de determinada información (contenida en las premisas) para llegar a una información de salida (la de la conclusión). Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo. Pero, normalmente, necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria, o bien excesiva (no en el sentido de redundante, sino en el de contradictoria) para poder llegar a la conclusión deseada. En el ejemplo anterior, existe un déficit de información, pues la información contenida en e), por un lado, y en c), por el otro —serían respectivamente, las premisas normativa y fáctica de las que se parte—, no es suficiente para llegar a b) —la conclusión o solución del problema.

En tercer lugar, hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. Si se trata de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia —o suficientemente precisa— como para abarcar el caso sometido a examen. Esto es precisamente lo que representa f) en el esquema anterior. Si se tratara de un problema interpretativo por exceso de información —en seguida veremos un ejemplo de ello—, habría que optar por una de entre las diversas interpretaciones posibles de la norma en cuestión, descartando todas las demás.

En cuarto lugar, hay que pasar a justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir, hay que presentar argumentos a favor de la inter-

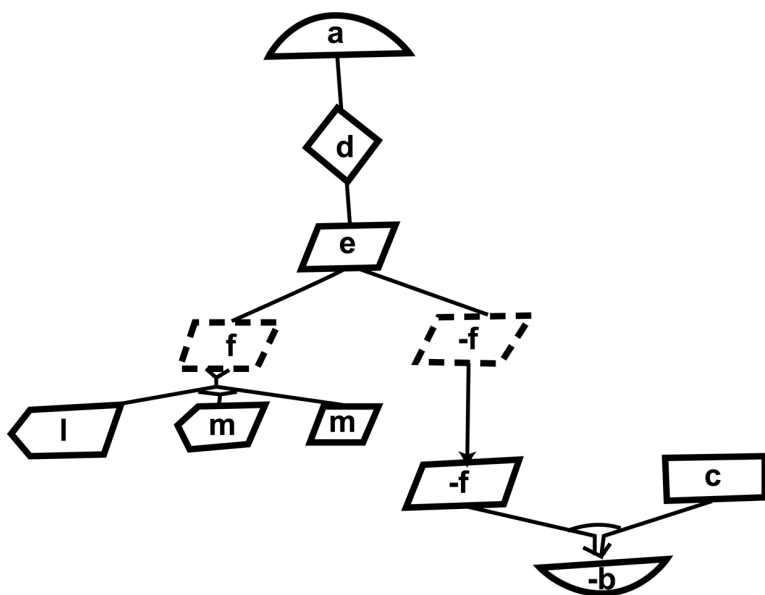
pretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación —entendiendo por tal, el conjunto de los argumentos aducidos y estructurados de una cierta forma— se puede llamar, en sentido amplio, analógica. En la argumentación *analógica*, por otro lado, pueden subdistinguirse, a su vez, diversas formas de argumentar, según se use una argumentación *a pari* o *a simili*, una argumentación *e contrario*, o una argumentación *a fortiori*. En el ejemplo anterior, la argumentación que se lleva a cabo para pasar de e) (la norma contenida en el artículo 2.4 de la L.O.G.P.) a f) (la reformulación de esa norma) es de tipo analógico. La norma contenida en e) establecía la obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los presos, pero no precisaba si tal obligación debe entenderse que existe también cuando es el propio preso el que voluntariamente, mediante una huelga de hambre reivindicativa, pone en peligro su vida. f) representa una generalización con respecto a e), pues amplía el supuesto de hecho de esa norma para incluir también el nuevo caso. Si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendría lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*. Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias —entendido este término en un sentido muy amplio, que incluye tanto consecuencias fácticas como normativas— inaceptables.

Debe quedar claro que los argumentos son enunciados —empíricos, normativos, etc.— que se aducen a favor de otros enunciados, por lo que tanto la analogía como la reducción al absurdo no son propiamente argumentos, sino estrategias o formas de argumentación que, desde luego, pueden aparecer entrelazadas en un proceso complejo de argumentación. Para argumentar a favor de determinada tesis puede elegirse, en principio, cualquiera de estas dos estrategias, que resultarán más o menos útiles en función de cuál sea la situación argumentativa; o si se quiere, de cómo interpreta la misma el que argumenta.

Un ejemplo de utilización de la reducción al absurdo a propósito del mismo caso del Grapo (y que en este caso se utiliza para llegar a la solución opuesta, o sea, que no se debe alimentar a los presos en huelga de hambre por la fuerza), sería el siguiente.¹ A partir de e), las cosas podrían

¹ Aquí reconstruyo, con cierta libertad, la argumentación que se contiene en los autos de 9-1-90, 25-1-90 y 25-1-90 de los jueces de vigilancia penitenciaria de Valladolid, Zaragoza y número 1 de Madrid, respectivamente (*cfr.* Atienza, 1990a, pp. 32-33).

plantearse en el sentido de que caben, en principio, dos interpretaciones incompatibles entre sí de la norma aplicable: *f*), según la cual la administración tiene la obligación de alimentar a los presos incluso por la fuerza, y *-f*), esto es, la administración no puede alimentarles por la fuerza. Ahora bien, si se optara por *f*), entonces resultaría que esta interpretación va en contra del artículo 10 de la Constitución, que establece el principio de la dignidad de la persona (*l*), así como del artículo 15, que establece la prohibición de tratos degradantes (*m*), y podría incluso configurar un delito de torturas del artículo 204 bis del Código Penal (*n*). El diagrama de este proceso de argumentación sería el siguiente:



Los trazos discontinuos de las figuras que contienen a *f* y *-f* se deben a que, en este tipo de argumentación se parte de un supuesto provisional (esto es, de la existencia de una contradicción), que en el curso de la misma queda cancelado. El conjunto de *l*, *m* y *n* constituye un argumento en contra de *f*, que sirve precisamente para justificar *-f*.

Finalmente, el último paso con el que se termina el modelo es el que va de las nuevas premisas a la conclusión. Como antes se vio, se trata del esquema de justificación interna, que puede considerarse como el fragmento final de todo proceso de argumentación jurídica.

2. *Criterios de corrección*

Ahora bien, un método para representar adecuadamente procesos de argumentación es algo bien distinto al establecimiento de los criterios que deban usarse para juzgar su corrección. En mi opinión, uno de los mayores méritos de la teoría estándar de la argumentación jurídica es haber contribuido notablemente a la elaboración de este tipo de criterios, que —como ya se ha visto— tanto en el caso de MacCormick como en el de Alexy se condensa en la noción de racionalidad práctica. Sin embargo, dicha noción —como me parece que ha quedado puesto de manifiesto en la discusión anterior a propósito de la obra de ambos autores— resulta aún insuficientemente desarrollada. La objeción fundamental que se les puede dirigir es que los criterios de racionalidad práctica son exclusivamente criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación. Pero el problema estriba en que, en relación con los casos difíciles, lo que suele ocurrir es que las diferentes soluciones en presencia (por ejemplo, las defendidas por los diversos órganos jurisdiccionales que se han pronunciado sobre la cuestión, o las representadas por la opinión mayoritaria y minoritaria [*cfr.* Ezquiaga, 1990, sobre la institución del voto particular y el estudio introductorio de J. Igartua] dentro de un mismo órgano) pasan ese test de racionalidad. Esto es lo que parece ocurrir, por ejemplo, con el caso que estamos analizando y con las dos —o tres— soluciones propuestas al mismo por los órganos jurisdiccionales y por la doctrina jurídica, a saber: 1) la administración debe alimentarles por la fuerza cuando existe grave riesgo para su salud; 2) la administración sólo puede alimentarles cuando los presos hayan perdido la conciencia (pues entonces ya no se fuerza su voluntad); 3) la administración no puede alimentarles por la fuerza ni siquiera en el supuesto anterior. Ahora bien, el que en la vida jurídica se presenten este tipo de situaciones no puede justificar como correcta la decisión —o la argumentación que lleva a ella— de la autoridad competente, del órgano jurisdiccional supremo o de la mayoría de los miembros de este, con tal de que se haya producido sin vulnerar los límites fijados por la racionalidad práctica así entendida. La solución dada al caso de los Grapo por el Tribunal constitucional es, desde luego, definitiva, en el sentido de que no es ya recurrible y vincula a los tribunales y a los órganos de la administración, pero simplemente por ello no hay por qué considerarla como correcta. No hay por qué descartar que la solución correcta

fuera la propuesta por la minoría o por determinados órganos jurisdiccionales de rango inferior [propuesta 2)], o incluso (esta sería mi opinión al respecto) la que se contiene en 3), que no ha sostenido ningún órgano jurisdiccional. Y si se piensa que discutir acerca de cuál de esas tres soluciones es la correcta, o la más correcta, tiene sentido, parece que necesitaríamos extender la noción de racionalidad práctica antes recordada para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles o no gocen ya de la solidez de los otros. Una tal teoría, por otro lado, no podría tener un carácter puramente o esencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral.

IV. LAS FUNCIONES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Todo lo dicho hasta aquí tiene, como es natural, mucho que ver con la cuestión del para qué de una teoría de la argumentación jurídica; esto es, la cuestión de cuáles sean los fines a que debe servir la misma. En mi opinión, una teoría de la argumentación jurídica debería cumplir, básicamente, tres funciones: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral. Mostraré ahora qué quiero decir con ello.

En relación con la primera de estas funciones, lo que habría que ver es hasta qué punto puede contribuir una teoría de la argumentación jurídica al desarrollo de otras disciplinas, jurídicas o no, y, en definitiva, hasta qué punto nos permite una comprensión más profunda del fenómeno jurídico y de la práctica de argumentar. La idea de Alexy de que el derecho debe verse, por un lado, como un sistema de normas (es la perspectiva de la teoría estándar —estructural— del derecho) y, por otro lado, como un sistema de procedimientos (esta sería la perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica) me parece esencialmente acertada. Pero para elaborar una teoría del derecho auténticamente general que integre ambos aspectos (y que al final desemboque en una teoría de la sociedad), se necesitaría desarrollar previamente el aspecto dinámico de la misma, esto es, habría que generalizar la teoría existente —la teoría estándar— de la argumentación jurídica en los sentidos antes indicados.

Por otro lado, es posible pensar que Toulmin exageró un tanto las cosas cuando afirmó que la lógica debía verse como una “jurisprudencia generalizada”, pero de lo que no cabe duda es que argumentar constituye la actividad central de los juristas —pocas profesiones consisten más genuinamente que la de los juristas en suministrar argumentos—, y que el derecho ofrece una de los campos más importantes para la argumentación. Está también claro que una teoría desarrollada de la argumentación jurídica no puede constituirse de espaldas a los estudios sobre la argumentación que se efectúan en otros campos distintos al derecho, como la lógica, la filosofía, la lingüística, la psicología cognitiva, etc.; pero las relaciones no tendrían que ser aquí unidireccionales: los estudios existentes ya hoy sobre la argumentación jurídica merecerían ser más conocidos de lo que lo son fuera de la cultura jurídica.

Por función práctica o técnica de la argumentación jurídica entiendo básicamente que esta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para que una teoría de la argumentación jurídica pueda cumplir esta función de carácter instrumental (dirigida tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica), tendría que ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección; como se acaba de indicar, esta es una tarea que, en una considerable medida, está todavía por hacer.

Sin embargo, hay todavía otras dos funciones prácticas que debe cumplir una teoría de la argumentación jurídica y que son de considerable importancia. La primera tiene que ver con la construcción de sistemas jurídicos expertos. Mientras que la teoría estructural del derecho suministra —o debería suministrar (*cfr.* Susskin, 1987)— una ayuda muy importante para la representación del conocimiento jurídico, la teoría de la argumentación jurídica tendría que cumplir un papel semejante en relación con el motor de inferencia. En mi opinión, las sugerencias anteriores de desarrollo de la teoría estándar de la argumentación jurídica permitirían aproximarse al cumplimiento de esta meta.²

La otra finalidad práctica se refiere a la enseñanza del derecho. Un objetivo central del proceso de aprendizaje del derecho tendría que ser el de aprender a pensar o a razonar *como un jurista*, y no limitarse a conocer

2 Tanto MacCormick como Alexy se han interesado por la problemática de los sistemas expertos y sus vinculaciones con la argumentación jurídica (*cfr.* MacCormick, 1989a y Alexy, 1988a).

los contenidos del derecho positivo.³ La teoría de la argumentación jurídica tendría que suministrar una base adecuada para el logro de este objetivo.

Finalmente, lo que he denominado función política o moral de la teoría de la argumentación jurídica tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, inevitablemente, está siempre en la base de determinada concepción de la argumentación. Como antes se ha visto, tanto MacCormick como Alexy parten de una valoración esencialmente positiva de lo que es el derecho moderno (el derecho de los estados democráticos) y de la práctica de su interpretación y aplicación. Aunque ambos difieren de Dworkin (el alejamiento, de todas formas, parece ser mayor en el caso de MacCormick que en el de Alexy) en cuanto que no aceptan la tesis de que para todo caso jurídico existe *una sola* respuesta correcta, siguen considerando —como Dworkin— que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, *una* respuesta correcta. En definitiva, el presupuesto último del que parten es el de que siempre es posible *hacer justicia de acuerdo con el derecho*.

Ahora bien, en mi opinión, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver determinado problema jurídico, incluso desde la posición de un juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta —política y moralmente correcta— del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista —el juez— tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que él estima correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que no es la solución a que lleva el derecho positivo. El derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar

3 El cumplimiento de esta meta me parece que tiene un carácter de perentoriedad en países como España, dadas las características, por todos conocidas, de nuestras facultades de derecho. En Estados Unidos, por ejemplo, suele haber un curso introductorio que se llama «Introducción al derecho», «Razonamiento jurídico», «Métodos jurídicos», etc., que persigue precisamente esta finalidad (cfr. Burton, 1985).

jurídicamente para justificar determinada decisión puede implicar, en ocasiones, un elemento trágico. Con ello quiero decir lo siguiente. En la teoría estándar de la argumentación jurídica se parte de la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles: en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría, la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (*cfr.* Atienza, 1989a). La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema.