

# ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Juan Antonio García Amado\*

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de León

**Sumario:** 1. Breves consideraciones sobre el marco teórico en el que aparecen las teorías de la argumentación jurídica. 2. Cuándo, cómo y por qué aparecen las teorías de la argumentación jurídica. 3. Dilemas, aporías y divergencias en la teoría de la argumentación jurídica. 4. A fin de cuentas, ¿para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? 5. A modo de síntesis y conclusión. Notas. Bibliografía

## 1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO TEÓRICO EN EL QUE APARECEN LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría jurídica moderna viene debatiendo sobre varios tipos de relaciones *normativas*. Llamo relaciones normativas a aquellas en las que importa alguna forma de calificación normativa, de calificación a tenor de normas.

Sin pretensión de exhaustividad, podemos enumerar los siguientes tipos de relaciones normativas que ocupan amplio espacio en los análisis de la teoría y filosofía del Derecho:

*i)* Relaciones entre las normas de un sistema jurídico.

*ii)* Relaciones entre las normas de un sistema jurídico y las de otros sistemas normativos no jurídicos (especialmente, morales).

*iii)* Relaciones entre sistemas jurídicos:

- Entre sistemas jurídicos anteriores y posteriores dentro de un mismo espacio político o nacional.
- Entre sistemas jurídicos nacionales.
- Entre sistema jurídico nacional y sistemas jurídicos supranacionales.

*iv)* Relaciones entre normas y conductas a las que esas normas se refieren y pretenden regular.

*v)* Relaciones entre las normas y las decisiones relativas a las conductas reguladas por esas mismas normas.

El gran problema común a todos esos ámbitos es el que cabe llamar problema de la compatibilidad o incompatibilidad —entre normas en un sistema, entre sistemas normativos diversos (jurídicos, o jurídicos y no jurídicos), entre normas y conductas o entre normas

---

\* Este texto se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47662-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

y decisiones de casos—. Como aquí trato de introducir otro tema, a saber, el del papel y significado de las teorías de la argumentación jurídica, haré nada más que unas pocas consideraciones fragmentarias, y para nada intentaré agotar la problemática teórica y práctica de aquellas relaciones normativas.

Entre los enunciados «José es inteligente» y «José no es inteligente» hay formalmente una contradicción. Materialmente lo que puede interesar es averiguar y demostrar cuál de los dos enunciados es falso y cuál verdadero, en su caso. Si hablamos de normas y de enunciados normativos, las cosas son más complicadas aún, pues hay dos cuestiones importantes que no son nada pacíficas: la de si se aplica la lógica y qué tipo de lógica a las normas y los (o determinados) enunciados normativos y la de si cabe predicar verdad y falsedad de los (o de ciertos) enunciados normativos.

Entre el enunciado jurídico «prohibido X» y el enunciado jurídico «permitido X» hay una antinomia. Al margen de —o adicionalmente a— que podamos describir la antinomia como contradicción lógica, el jurista se enfrenta al problema pragmático de determinar cuál de esas normas prevalece dentro de un sistema jurídico, pues dentro de un sistema jurídico no tiene pragmáticamente sentido mantener que un mismo comportamiento está simultáneamente prohibido y permitido. Así que diagnosticar que hay una contradicción lógica no nos lleva a ninguna parte (salvo, obviamente, a detectar el problema pragmático) y un criterio de verdad como el que se aplica para enunciados empíricos tampoco arregla nada. Por eso, la noción que en primer lugar entra en juego es la de validez, u otra funcionalmente equivalente, pero siempre adaptada a —o propia de— lo normativo.

Cuando hablamos de validez solemos referirnos<sup>1</sup> a que la norma en cuestión ha sido creada por el órgano y con el procedimiento predeterminados en el mismo sistema jurídico de que se trate. Mas también, y mal que les pese a los kelsenianos, hay que contar con la compatibilidad o incompatibilidad material de

las normas, la compatibilidad o incompatibilidad de su contenido regulativo. No cabe o no tiene sentido funcional o pragmático mantener que, si dos normas jurídicas del mismo sistema se contradicen son jurídicamente inválidas, ninguna es propiamente jurídica. Eso acabaría vaciando los sistemas jurídicos, dejándolos sin norma alguna<sup>2</sup>. Así que, si queremos ligar la noción jurídica de validez con el contenido de las normas (y no solamente con su dimensión orgánica y procedimental), hemos de atender a algún tipo de relación entre ellas que resuelva los problemas de incompatibilidad, pero que no sea una relación lógico formal o de mera contradicción lógica. Pues, repito, entre la norma que prohíbe X y la que permite X debemos saber cuál prevalece y cuál cede<sup>3</sup> o sale del sistema. Aquí es donde, para la solución de la incompatibilidad entre normas del sistema, entran en juego dos criterios, el de jerarquía y el temporal, y ese es el marco en el que opera el mecanismo de la derogación. A lo que, en sistemas jurídicos bien complejos, se agrega el criterio de competencia en diversas versiones o con distintos alcances.

Pensemos ahora en la relación entre las normas y las conductas por ellas abarcadas, es decir, las conductas reales y efectivas que caen bajo el supuesto de la norma.

Si tenemos el enunciado «Para todo X, si X es un bípedo implume, entonces X es humano» y el enunciado «José es un bípedo implume». Lógica en mano, nos sale la conclusión «José es humano», enunciado conclusivo que será verdadero si los otros dos enunciados lo son. En el mundo de las normas, y en particular en el del Derecho, todo es más complicado. Asumamos que es válida sin objeción, o sea, plenamente jurídica, la norma enunciada del siguiente modo: «Se castigará con multa de mil euros el circular en autopista a más de 120 kilómetros por hora». Aceptado que sea verdad el enunciado «José circuló por la autopista A a 130 kilómetros por hora», no podemos los juristas concluir: «José será castigado con multa de mil euros». Solo es sancionada una muy mínima parte de las infracciones de normas ju-

rídicas. Sin exagerar, creo que cada día que voy de casa al trabajo me salto por lo menos un par de ellas y no pasa nada.

Se podría replicar que lo que aquella norma en verdad significa o quiere decir es esto: «Deberá castigarse con multa de mil euros el circular en autopista a más de 120 kilómetros por hora». Así que, si es cierto que José circuló por la autopista A a 130 kilómetros por hora, concluiremos que José debe ser castigado con multa de mil euros. Podemos calificar la relación entre aquel enunciado normativo general y el enunciado fáctico de una manera u otra según la teoría relativa a la lógica aplicable a las normas o a las relaciones entre normas y hechos a la que nos acogamos. Pero, más allá de esa interesante disquisición teórica, sí es posible afirmar con plena convicción que el enunciado conclusivo «José debe ser castigado con multa de mil euros» es falso. ¿Por qué? En primer lugar (y solo en esa primera razón nos vamos a detener aquí), porque en muchas ocasiones no existe dentro del sistema jurídico un deber de aplicar la sanción al que infringió la norma. Puede ser porque el propio sistema fije una condición adicional para que lo que en sí es clara infracción pueda ser sancionado, como es el caso cuando un delito solo puede ser perseguido a instancia de parte. O puede ser que esté reconocida la discrecionalidad del órgano sancionador para decidir si pone en marcha o no los mecanismos sancionadores. Esto, aunque debatido en la doctrina, es lo que sucede con muchas sanciones administrativas. Parece ser que las administraciones de los municipios por los que yo paso en el trayecto de mi casa a la universidad no incumplen ninguna obligación jurídica si no controlan la velocidad a la que circulo o si rebaso semáforos en rojo, o si, incluso, constándoles mi infracción, no incoan el expediente sancionador<sup>4</sup>. Tenemos, pues, el problema de no saber exactamente de qué tipo son o con qué categorías podemos calificar las relaciones entre las normas y los comportamientos efectivos bajo ellas subsumibles.

Un último ejemplo de lo problemático de las relaciones normativas que antes enumeré.

La norma prohibía hacer X, Luis hizo X y se pone en movimiento la maquinaria sancionadora. El caso tiene que decidirlo el juez J. Sucede, entre otras varias cosas posibles, que:

– La afirmación de que Luis hizo X puede tornarse discutible porque no se sabe con certeza si Luis realmente hizo eso que se le imputa y que encaja bajo X (problemas de prueba) o no se sabe con certeza si lo que Luis hizo es un caso de X o no es un caso de X, pues en la expresión «X» hay ambigüedad o vaguedad y lo que hizo Luis está en la «zona de penumbra» de la expresión «X» (problemas de interpretación).

– Aun cuando Luis efectivamente haya hecho lo que se dice y eso que hizo sea un caso de X, el juez puede equivocarse, puede errar respecto de lo uno o de lo otro. Es decir, J puede erróneamente no imputar el hecho a Luis o puede darle un significado en algún sentido erróneo o inaceptable a la expresión «X».

– J puede equivocarse en la imputación del hecho a Luis y en la interpretación de «X», y puede condenar o absolver a Luis de modo patentemente equivocado o absurdo, es decir, puede hacerlo todo mal. Sin embargo, si su decisión hace cosa juzgada o cuando su decisión se torne cosa juzgada, lo que ha decidido J va a misa. Que vaya a misa la decisión quiere decir que jurídicamente vale el fallo de la sentencia y que ese fallo obliga jurídicamente, por mucho que digamos que J ha vulnerado la lógica, el sentido común, la ética judicial o los mandamientos de la Ley de Dios<sup>5</sup>.

¿A dónde trato de ir a parar con esta ya larga introducción? A que la lucha principal de la teoría del Derecho es la lucha contra la perplejidad. La perplejidad de no saber cuál es el patrón teórico o pauta de racionalidad que debemos aplicar tanto para explicar cómo los sistemas jurídicos funcionan en esas relaciones normativas como para justificar cómo deberían decidir sus operadores para que sus acciones y decisiones jurídicas fueran correctas y no parecieran puro resultado del libre arbitrio o el capricho. Puede efectivamente ser válida o funcionar como válida una norma legal que

dice lo opuesto a una norma constitucional o una norma reglamentaria contraria a una legal o a una constitucional, puede obligar por completo dentro del sistema jurídico una sentencia que se salta a la torera las normas procesales y materiales jurídicamente válidas que supuestamente (según ese mismo sistema jurídico) tiene que seguir, etc.

La pregunta fundamental, así pues, es la de si es el puro caos o algún patrón muy escasamente racional o puramente empírico (intereses, poderes fácticos, complejos o taras psicológicas...) lo que determina el funcionamiento interno de los sistemas jurídicos y las relaciones entre sus normas<sup>6</sup>, o si, al margen de que los hechos sean como son y de que pase lo que buenamente pase acá o allá, existe algún parámetro de racionalidad que, por lo menos, haga posible que con verdad digamos cuándo el Derecho y las decisiones que lo aplican son objetivamente correctos o no, o racionales o no.

Si miramos la evolución de la teoría jurídica desde los inicios del siglo XIX hasta ahora, podemos apreciar la pugna de varios modelos principales de racionalidad de lo jurídico.

a) El primero es el que podemos denominar, con expresión paradójica, *modelo lógico-sustantivo*. Cabe sintetizar de la siguiente manera sus características:

a.i) La racionalidad o corrección última de lo jurídico, de la materia prima del Derecho, deriva de la conexión de su contenido con algún tipo de sustancia ontológica o de verdad prejurídica. Esta es la dimensión fuertemente metafísica de este modelo. Ese elemento metafísico que dicta al Derecho los contenidos correctos y racionales de sus normas, o que sirve de límite que las normas jurídicas deben respetar para que los sistemas jurídicos no degeneren en pura arbitrariedad o sustancial ajuridicidad puede ser, según la diversidad de doctrinas aquí insertables:

- El Derecho natural.
- La voluntad del legislador racional, en cuanto que ese legislador es encarnación o re-

presentación sustancial de alguna entidad que por definición no puede errar ni mandar lo injusto o inconveniente: la nación, la voluntad general, el espíritu del pueblo, la esencia de la raza, etc. Sabido es que la figura del legislador racional hereda, en cuanto instancia de producción normativa, las propiedades que la teología y el iusnaturalismo teológico predicaban de Dios: omnisciencia y omnipotencia. A partir de la Revolución francesa y del Código de Napoleón, el legislador que encarna la voluntad general de la nación va a legislar siempre lo objetivamente correcto (omnisciencia) y por su suprema voluntad se convierte en Derecho cualquier cosa que él mande (omnipotencia). En este apartado se acomoda el peculiar positivismo jurídico metafísico de la francesa Escuela de la Exégesis.

- Los conceptos jurídicos, como entidades ontológicas con contenido necesario e intemporal y relaciones entre ellos presididas por el esquema general/particular. En Derecho, cada «cosa», cada ente jurídico, cada institución es lo que es y no puede ser de otro modo. Así, el matrimonio es por definición y con necesidad ontológica la unión de hombre y mujer, el testamento o el contrato son lo que son y en sus definiciones se aprehende, y son así en cuanto especificaciones o desarrollos «lógicos» del negocio jurídico. Cada contrato (compraventa, arrendamiento, depósito...), en cuanto contrato y con los caracteres definitorios del contrato y, por extensión, en cuanto negocio jurídico, es lo que es y se distingue de los otros contratos por una nota especificadora. Y en la cúspide está el ente conceptual autonomía de la voluntad como concepto fuente del que todos los demás sacan su perfil y que todos los demás desarrollan para un ámbito específico de relación social. Esos eran los planteamientos de la Jurisprudencia de Conceptos alemana, con su también particularísimo positivismo metafísico.

a.ii) Una vez puestas esas bases ontológicas de corte metafísico, que aseguran la adecuada correspondencia de lo normativo con el orden necesario del ser o la naturaleza de las cosas, es

alguna forma de «lógica» lo que preside tanto la relación de las normas dentro del sistema jurídico como la aplicación de las normas a los casos empíricos. Porque:

- La relación jerárquica entre las normas es una relación típica entre lo más general y lo más particular.

- Las antinomias entre normas de igual jerarquía no caben propiamente en el sistema y según su interna racionalidad. Fácticamente puede haberlas, pero son errores que se corrigen analizando cuál de las normas en litigio es irracional por no ser compatible con la correspondiente esencia ontológica o naturaleza jurídica de la institución en cuestión.

- En cuanto a la decisión del juez, sentado que los hechos juzgados ocurrieron y que se subsumen bajo una norma que es válida (y lo es porque no es incompatible con el Derecho natural, con la racionalidad legislativa, con la moral verdadera o con el contenido necesario del concepto que venga al caso —matrimonio, compraventa, contrato, testamento, hipoteca...—, el razonar del juez puede ser perfectamente objetivo y dar con la única solución jurídicamente correcta para el caso, en ese ordenamiento jurídico. Presupuesto que hay para cada caso una única solución correcta, el método para que el juez la plasme en su sentencia es bien el de la simple lógica silogística, bien uno que simule una operación empírica como la de la medición o el pesaje o ponderación.

Creo que ya se puede captar por qué a este modelo lo he llamado *lógico-sustantivo*: porque presupone unos parámetros externos, sustantivos o materiales y plenamente objetivos de racionalidad y validez de las normas y de su aplicación (Derecho natural, moral verdadera, voluntad —racional por definición— del legislador, «conceptos» con su carga ontológica insoslayable), porque entre las normas y entre estas y las decisiones presupone una determinación que, en sentido muy amplio, podemos llamar «lógica», y porque son o pretenden ser teorías de la única respuesta correcta en Dere-

cho. No olvidemos que, en la iusfilosofía moderna, las teorías de la única respuesta correcta se han manifestado de modo rotundo dos veces: en el positivismo metafísico de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos y en Dworkin y los iusmoralistas y neo-constitucionalistas que hasta hoy lo siguen. Las diferencias están en la descripción de la materia prima o más básica de lo jurídico<sup>7</sup> y en el método de conocimiento que se plantea para que el juez pueda calar en esa materia prima y dar con la respuesta correcta única, método que en el siglo XIX era el lógico-subsuntivo y que a partir de Dworkin y, muy especialmente, Alexy es el de ponderación.

b) En las antípodas del anterior está el modelo *irracionalista*<sup>8</sup>. Se puede explicar con mayor brevedad.

- El Derecho es un instrumento social que no tiene ni una peculiar sustancia que lo haga ontológicamente diferente de cualquier otro instrumento normativo<sup>9</sup>.

- El Derecho no tiene ningún tipo de «lógica» interna o de racionalidad inmanente: toda justificación del contenido de las normas o del contenido de las decisiones que presuntamente las aplican será una justificación ideológica y, como tal, carente de objetividad.

- Los contenidos de las normas jurídicas son porosos, altamente indeterminados y manipulables, y, además, lo que el Derecho aparentemente regula es mucho menos que lo que no queda abarcado por las normas, pues, como, entre otros, decían los de la Escuela de Derecho Libre en Alemania en el primer cuarto del siglo XX, hay muchas más lagunas que normas.

- Así como no hay un contenido racional predeterminado en el sistema jurídico como solución correcta para cada caso, y menos como única solución correcta para cada caso, tampoco existe ni puede existir un método que sirva ni para llegar al conocimiento de tal solución correcta ni para justificar con objetividad la corrección o, al menos, la no incorrección de una decisión judicial. Los diversos métodos

o esquemas argumentativos y de razonamiento que los jueces utilizan y que leemos en sus sentencias no son, por lo general, sino disfraces o técnicas de encubrimiento de los verdaderos móviles que determinan al cien por cien las decisiones, que son móviles subjetivos, móviles personales (simpatías, intereses, ideologías, temores, ambiciones...).

– Resulta posible explicar tanto el contenido de las normas como el de las decisiones de los jueces con un método científico-empírico y como producto de factores empíricamente operantes (políticas, presiones, ideologías, creencias subjetivas, adoctrinamientos, maniobras estratégicas...), pero no podemos en puridad justificarlos normativamente, pues no hay parámetros de razón práctica o de racionalidad jurídica específica que permitan esa justificación<sup>10</sup>. Todas las justificaciones relacionadas con lo jurídico son así, empíricamente explicables, y ninguna es propiamente una justificación en el sentido fuerte y propio de la expresión, es decir, una justificación que pueda pretenderse objetiva y racional.

c) El tercer modelo teórico es el del *positivismo normativista*, al estilo kelseniano. Ocupa en cierta manera un lugar intermedio entre los dos polos anteriores. Veamos con brevedad por qué.

– Dentro de los sistemas jurídicos hay una relación entre las normas que conforma una cadena de validez, pero esas relaciones no son ni de deducción lógica ni de concreción de lo general a lo particular<sup>11</sup>. Esas relaciones entre las normas, que son relaciones de jerarquía y de apoderamiento de órganos normadores, son determinantes de la validez o invalidez de las mismas. Las concretas condiciones de validez de las normas de un sistema jurídico las pone ese mismo sistema jurídico al regular procedimientos normativos y competencias normativas. Es muy importante resaltar que, para el positivismo normativista, las relaciones entre las normas del sistema jurídico son formales en cierto sentido (del modo que corresponde a los sistemas dinámicos), pero no son lógico-formales.

– Normas jurídicas (incluidos los fallos judiciales, en cuanto normas individuales y concretas) cuyo contenido sea incompatible con el de otras normas superiores del mismo sistema o que hayan surgido en contravención de otras normas de tal sistema que condicionen de alguna manera<sup>12</sup> (procedimiento, competencia...) su validez, pueden y suelen llegar a ser normas del sistema, que obligan (a efectos de ese sistema) como tales y que surten como tales todos sus efectos<sup>13</sup>.

– No hay parámetros objetivos externos de racionalidad ni de las normas jurídicas ni de las decisiones de los órganos aplicadores de las mismas. Toda norma (también el fallo de la sentencia) es el «sentido de un acto de voluntad» (Kelsen) y ese elemento «voluntarístico» condiciona la racionalidad posible de lo jurídico. El tipo de racionalidad interna o de mecánica interna de lo jurídico es de corte operativo u operacional, por así decir, no tiene nada que ver con una racionalidad sustantiva. Por eso puede ser jurídico un sistema con total independencia de lo que opinemos del contenido de sus normas o de cómo valoremos las intenciones de los sujetos que las crean o las aplican. No hay parámetros de juridicidad o validez externos al sistema jurídico de que se trate, no existe nada (ni Derecho natural ni justicia objetiva ni moral verdadera ni contenidos ontológicos necesarios de los conceptos y las instituciones) externo al sistema «formal» de las normas del sistema y que determine la validez o la racionalidad jurídica de esas normas. Por supuesto que cabe siempre juzgar cualquier norma o sistema con criterios morales (justo/injusto), políticos (legítimo/ilegítimo), empíricos (eficaz/ineficaz; aceptado/no aceptado socialmente), etc., etc., pero esos juicios son extrasistemáticos, hechos desde fuera del sistema jurídico, y no afectan a la validez de las normas (aunque puedan brindar explicaciones sobre por qué las normas tienen de hecho tal o cual contenido o se cumplen más o menos, etc.).

– Si las relaciones intrasistemáticas de las normas no son relaciones lógico formales, si

pueden ser válidas normas antinómicas con otras, incluso con normas jerárquicamente superiores, si las normas no determinan por sí y vía razonamiento meramente lógico el contenido único posible de otras normas, ni siquiera de las de rango inferior, y si está presente en toda decisión normativa un componente de voluntad del que la norma es sentido, resultan dos consecuencias de la máxima relevancia: no hay para cada caso una única decisión (jurídicamente) correcta y el juez ejerce discrecionalidad. Sobre el grado y los límites, en su caso, de la discrecionalidad judicial, el positivismo normativista puede oscilar bien aproximándose al irracionalismo y sosteniendo que esa discrecionalidad es absoluta y que no hay propiamente diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, bien manteniendo que el tenor de las normas (en lo que esté claro o dentro de los márgenes que permita la indeterminación) pone límites a las decisiones de los jueces, pero dentro de un espacio inevitable de decisiones posibles por no incompatibles con la norma y su tenor.

La idea de discrecionalidad es definitoria del iuspositivismo normativista. Ni hay, al menos tendencial o hipotéticamente, una única decisión correcta para cada caso, que los jueces al aplicar la ley<sup>14</sup> deban encontrar valiéndose de silogismos o ponderaciones, ni puede y suele el juez hacer en cada caso lo que le da la gana, libérrimamente y, como máximo, disimulando un poco sus motivos mediante engañosos argumentos en la motivación de la sentencia. Hay discrecionalidad porque en Derecho no se puede decidir sin valorar, sin establecer valorativamente preferencias y sin optar entre alternativas abiertas; por ejemplo, a la hora de elegir una de entre las varias interpretaciones que de la norma son razonablemente posibles. Y lo que de libre y personal tiene esa valoración, por mucho que se quiera razonable y bien motivada, es la esencia de la ineludible discrecionalidad. No hay ningún método que al juez le permita librarse de ella y de la consiguiente responsabilidad suya. Ni haciendo silogismos ni manejando imaginarias balanzas

se libra el juez de que las valoraciones que determinan en alguna medida la decisión sean valoraciones, y no constataciones objetivas, y de que sean valoraciones suyas y no de algún misterioso duende o Hércules que duerme en los sótanos del sistema jurídico.

## 2. CUÁNDO, CÓMO Y POR QUÉ APARECEN LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Ese era el marco teórico, y en ese marco algunos autores se sintieron incómodos. Es bien curioso que unos cuantos de los más relevantes precursores de la teoría de la argumentación jurídica dedicaran su juventud al estudio de la lógica formal y se decepcionaran pronto. Es el caso de Chaïm Perelman<sup>15</sup> y de Theodor Viehweg<sup>16</sup>. Concluyeron enseñuida que ni el sistema jurídico es un sistema lógico-axiomático ni la decisión judicial es simple silogismo<sup>17</sup> sin espacio para la discrecionalidad. Lo llamativo del asunto es que a esas conclusiones llegan a partir de los años cincuenta del siglo XX, cuando ni lo uno ni lo otro era ya sostenido por nadie<sup>18</sup>.

Esa es una de las más peculiares características de la teoría jurídica, el denodado empeño de sus cultivadores por luchar contra molinos de viento o fantasmas del pasado. Desde mediados del siglo XX se insiste en que ni la trabazón de las normas jurídicas es puramente lógica ni es la clásica lógica silogística o la moderna lógica formal la que determina al cien por cien el resultado de las decisiones judiciales. Pero tal cosa ya no la defendía nadie desde setenta y cinco o cincuenta años antes, desde los ataques, en Alemania, a la Jurisprudencia de Conceptos por obra de Jhering en su segunda época, de la Escuela de Derecho Libre y de Kelsen, y desde que, en Francia, Geny triturara los fundamentos teóricos e ideológicos de la Escuela de la Exégesis. Es el mismo empeño desenfocado de gran parte del iusmoralismo y el neoconstitucionalismo de ahora, cuando

imputan al positivismo normativista y a Kelsen tesis que eran propias de aquel positivismo metafísico del siglo XIX y que el mismo Kelsen (o Hart, o Bobbio...) desactivó con verdadera saña.

El caso es que aquellos jóvenes investigadores, Perelman o Viehweg<sup>19</sup>, se topan con una teoría jurídica que se acoge a enfoques que les repugnan por igual. El iusnaturalismo, en todas sus variantes, es dogmático, el logicismo es engañoso, el irracionalismo es decepcionante y aboca a toda teoría jurídica o ético-jurídica a la parálisis y la resignación, y el normativismo positivista, acorralado en los años sesenta por la crítica de tanto iusnaturalista poco amigo de lecturas y tanto antiguo nazi sibilino, es excesivamente austero, pues se conforma con la radiografía analítica de los sistemas jurídicos y los conceptos operativos en Derecho, pero no aporta pautas de corrección material de las decisiones legislativas o judiciales ni se aviene a ninguna rehabilitación de la razón práctica. Ante tan oscuro panorama, ¿qué hacer?

La importancia de Viehweg y Perelman para la teoría jurídica contemporánea está en que introducen lo que podríamos llamar un nuevo paradigma, un nuevo patrón de análisis del Derecho y un novedoso modelo de racionalidad de lo jurídico. Desencantados con la lógica formal, se ponen a buscar una «lógica» propia de lo jurídico, un patrón de racionalidad tal vez a medio camino entre lo estrictamente formal de la lógica y lo «formal» del procedimentalismo normativista, por un lado, y lo interesada o ideológicamente sustantivo o material del iusnaturalismo y sus parientes teóricos iusmoralistas<sup>20</sup>, por otro. Ese modelo alternativo para lo jurídico lo van a hallar ambos en el mundo clásico de Grecia y Roma: Perelman en la antigua retórica y Viehweg en la tópica. Pertrechados, así, con el instrumental analítico y explicativo que ya forjaron Aristóteles o Cicerón, lo revolucionario y peculiar de su aportación común, de su nuevo paradigma, va a ser una visión del Derecho con estos caracteres:

*i) El Derecho es praxis, y como praxis debe entenderse y analizarse. Ciertamente, hay unos materiales originarios o una materia prima con los que esa práctica opera, como enunciados normativos, esquemas de razonamiento, argumentos estandarizados (v. gr., los cánones de interpretación), máximas que sintetizan viejos principios o pautas de «sentido común jurídico», etc., pero no se trata de objetos que estén ahí afuera y que, analizados por el investigador o el operador jurídico, vayan a revelar los contenidos predeterminados de lo jurídico o la única solución correcta para un caso. Con esos materiales se razona intersubjetivamente, se argumenta, y en ese argumentar está la clave constitutiva de lo jurídico.*

*ii) Esa praxis en que lo jurídico consiste es una praxis argumentativa. El Derecho se constituye y opera a base de argumentar, de dar razones<sup>21</sup> que compiten en pro de soluciones en pugna. Así pues, las soluciones jurídicas no se averiguan mediante una investigación que desentrañe esencias, sean esencias de normas, de precedentes, de instituciones, de conceptos o de principios de justicia, sino que las soluciones jurídicas se construyen, se establecen mediante una serie de operaciones de una actividad colectiva e intersubjetiva que tiene su eje en el argumentar.*

*iii) Si en el Derecho, así contemplado como praxis argumentativa, hay alguna racionalidad, esa racionalidad ha de ser la propia y específica del argumentar, de dar razones y elegir entre razones. Para esto es para lo que Viehweg y Perelman sacan partido a las enseñanzas clásicas de la tópica y la retórica. Se argumenta para conseguir la adhesión del otro, para llevarlo a nuestro terreno y hacerlo compartir las tesis que con nuestros argumentos o razones defendemos. El abogado o el fiscal argumentan para conseguir la adhesión del juez o el jurado, y el juez argumenta su sentencia para lograr que las partes no la recurran, que el tribunal superior no la case, si hay recurso, y que la sociedad acepte que es la mejor solución y la más conforme al Derecho. Lo que hace más o menos correcta y racional una decisión*



jurídica es la pertinencia, cantidad y calidad de argumentos que la respaldan. En función de eso, una decisión jurídica será tanto mejor cuanto más aceptable resulte para los destinatarios o auditorio de la misma.

Pero, a partir de ese punto, ya en Viehweg y Perelman el paradigma de la teoría de la argumentación jurídica se bifurca. Por el camino de Viehweg se acerca al irracionalismo, aunque sea matizada o sutilmente. Por el de Perelman, nos topamos con el tipo de racionalismo<sup>22</sup> tan característico del Derecho moderno y que lo religa con una concepción fuerte de la razón práctica y con el iusmoralismo, en la senda hacia la recuperación de la idea de única decisión correcta.

Para Viehweg<sup>23</sup>, el Derecho es argumentación y ese argumentar constitutivo de lo jurídico es, en lo esencial, un argumentar con tópicos o lugares comunes. Esos *topoi* son argumentos estandarizados y consolidados en la práctica gremial y social y que, por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de un cierto consenso presupuesto. En un debate sobre la interpretación debida de una norma para un caso, un interlocutor puede decir que a favor de tal o cual interpretación está el que la norma queda estéticamente más bonita así interpretada o el que ese significado es el que mejor cuadra con las intenciones del legislador al crear esa norma. En el primer caso está empleando un argumento estético y en el segundo un argumento voluntarístico o de interpretación semántico-subjetiva. La diferencia radica en que el primero no es usual ni se considera, entre los juristas de hoy, admisible en la práctica del derecho y como justificación de decisiones, mientras que el segundo sí es un tópico sonolero, un argumento que resuena como admisible y valioso.

Según Viehweg, los tópicos jurídicos son variadísimos (la letra misma de la ley, los cánones de interpretación, los principios jurídicos, la *ratio decidendi* de los precedentes, los refranes o apotegmas jurídicos, los valores ju-

rídicos, etc.). De ese depósito de argumentos que en la praxis hallamos como ya perfilados y listos para usar, cada uno toma en cada ocasión los que más le convienen. Así, si nos fijamos en los valores jurídicos, cada cual apelará a la justicia, la equidad para el caso o a la seguridad jurídica en función de lo que en esa oportunidad le venga mejor. Igualmente, cada uno hará uso de un principio constitucional o del principio constitucional contrario (*v. gr.*, libertad *vs.* igualdad, libertad de expresión *vs.* derecho al honor, derecho a la intimidad *vs.* seguridad...) en razón de su conveniencia para el caso. Y señala Viehweg que en esa contienda argumentativa, en ese combate por la victoria en el pleito, que es un combate en el que las armas son argumentos estandarizados o tópicos, vencerá normalmente el más hábil, es decir, el que maneje el mayor arsenal de tales argumentos y sepa emplearlos con mayor habilidad, sea para respaldar su posición, sea para desactivar los tópicos con que la otra parte defiende la suya.

Creo que no es desacertado situar matizadamente a Viehweg y su tónica jurídica<sup>24</sup> en el campo del irracionalismo jurídico. Allí donde otros irracionalistas, como base de su escepticismo sobre la racionalidad de las decisiones jurídicas, colocan el papel determinante de las ideologías o intereses personales o la radical subjetividad de cualquier concepción del bien, Viehweg viene a mantener que se trata de un juego entre argumentantes con unas reglas de *fair play* bastante tenues y en el que ganará el jugador más habilidoso. Nada en las reglas del juego o en su transcurrir asegura que el vencedor sea el que ha sustentado la tesis objetivamente más racional, más justa o más acorde con algún tipo de contenido necesario o esencia de lo jurídico. Lo jurídico no es nada más que el juego y el juego se juega de aquel modo.

La doctrina perelmaniana, en cambio, tiene doble faz, como bien se ve ya desde la obra seminal que Perelman escribió con Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*<sup>25</sup>. Por un lado, Perelman recupera el estilo de los viejos tratados de

retórica, como prontuario para el eficaz argumentar, para el retórico que quiera dominar los argumentos con los que persuadir a cualquier auditorio de la plausibilidad de sus tesis. Pero, por otro, desarrolla un modelo de argumentación racional que se anticipa en numerosos aspectos a lo que dirán muchos de los que en el campo filosófico se ubican en la llamada «rehabilitación de la razón práctica» y que inspirará a Robert Alexy cuando, a fines de los años setenta, publique su obra central, la *Teoría de la argumentación jurídica*<sup>26</sup>.

Según Perelman, el que argumenta siempre busca la adhesión del auditorio, pero esto puede hacerse para persuadir o para convencer. Es decir, con lo que el orador propone uno puede estar de acuerdo, si lo está, porque ha sido persuadido o porque ha sido convencido. La persuasión es una adhesión que en todo o en parte está movida por factores emotivos hábilmente manejados por el orador. La convicción es una adhesión que se apoya nada más que en la ponderación o valoración objetiva e imparcial de las razones dadas por el orador. Así pues, es principalmente la actitud argumentativa del orador lo que fija las condiciones del juego y determina que la racionalidad del resultado final quepa o no. Y esto lo explica Perelman diferenciando entre argumentar para un auditorio particular o para el auditorio universal.

Argumento para el auditorio particular si tomo en cuenta las características específicas de la persona o grupo de personas a las que me dirijo, a fin de adaptar a ellas mi discurso y poder tocarles mejor la fibra sensible adecuada. Así, si la finalidad de mi discurso es conseguir que el jurado de este pleito absuelva a mi cliente, no argumentaré igual, ni en el fondo ni en la forma, según que ese jurado esté formado mayormente por personas religiosas o no, por hombres o mujeres, por jóvenes o viejos, por conservadores o progresistas, por nacidos en un lugar o en otro. Adaptándome y manipulando con sutileza mis argumentos, intento que los receptores coincidan conmigo y me apoyen, sin importar que no sea la razón, sino la seducción, lo que los mueva.

Por el contrario, argumento para el auditorio universal si tanto en la forma de mi discurso como en las razones que en él manejo hago completa abstracción de la índole peculiar de las concretas personas a las que me dirijo, pues únicamente busco la adhesión que puedan brindarme sujetos perfectamente racionales que valoren y decidan de modo plenamente imparcial. Por tanto, me da igual que el jurado esté formado por católicos o ateos, que el juez sea hombre o mujer o que simpatice con este o aquel partido político. Para quien habla al auditorio universal, los interlocutores, en tanto que humanos y dotados de razón, son perfectamente fungibles, intercambiables, en tanto que interlocutores posibles. Es más, el ideal de interlocutor de la argumentación racional está formado por personas sin carne ni hueso, por seres racionales que carezcan de todo condicionamiento personal o social que pueda dañar la imparcialidad con la que sopesan las razones que en el discurso se les brindan. Por ejemplo, ese juez ante el que se argumenta racionalmente y, como si fuera el representante perfecto de la humanidad imparcialmente razonadora, en puridad no debería tener ni biografía ni ideología ni vivencias personales que puedan lastimar la objetividad y radical independencia de su juicio.

Es enorme lo que la intuición perelmaniana está anticipando así: nada menos que buena parte del constructivismo ético posterior y de teorías ulteriores más elaboradas pero con ese mismo núcleo, como la habermasiana situación ideal de habla y la rawlsiana posición original bajo el velo de ignorancia. Tanto para Perelman como para esa posterior orientación constructivista de la razón práctica, lo que sea en materia moral, política o jurídica la solución objetivamente buena o verdadera no está predeterminado en ninguna ontología ideal o en ningún mundo del ser o naturaleza de las cosas, sino que deberá ser establecido en cada ocasión; no averiguado, sino puesto. ¿Cómo? Mediante un proceso de intercambio intersubjetivo de razones, de argumentos que ideal o hipotéticamente resulte apropiado para desem-

bocar en un consenso final que sea el acuerdo al que llegarían cualesquiera sujetos racionales razonando bajo condiciones que aseguraran su perfecta imparcialidad. Racional es lo que sea apto para ser acordado de resultados de una argumentación racional. Argumentación racional es la que respeta determinadas reglas constitutivas que son una especie de Derecho procesal del discurso racional. El mérito indudable de Alexy, en su *Teoría de la argumentación jurídica*, estuvo en sistematizar y sintetizar esas reglas a partir de lo que de común había en las obras de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg y Perelman, y en filósofos morales y políticos embarcados en la pelea contra el irracionalismo y en la llamada «rehabilitación de la razón práctica», con un papel prioritario, en Alexy, de Jürgen Habermas y su ética discursiva<sup>27</sup>.

### 3. DILEMAS, APORÍAS Y DIVERGENCIAS EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Hemos llegado al lugar de los desacuerdos. Lo que podemos llamar el núcleo duro de la teoría de la argumentación jurídica es muy importante para la teoría del Derecho, pero no es absolutamente peculiar de lo jurídico, como bien lo señalara ya Alexy con su «tesis del caso especial». De Perelman a Alexy, la teoría de la argumentación jurídica se inserta dentro de los planteamientos generales del constructivismo ético<sup>28</sup>, y las críticas a la primera y al segundo, lógicamente, se solaparán.

Con los planteamientos de Perelman y las nuevas aportaciones de Alexy, al igual que con los esquemas de Habermas, entre tantos, la cuestión queda como sigue. En la vida real argumentamos de continuo para superar divergencias teóricas y prácticas, ponernos de acuerdo y coordinar acciones. El Derecho no es ajeno a esa función del argumentar, pues, al fin y al cabo, el Derecho viene a ser una lid dis-

curсивa mediante la que la violencia como forma de solución de conflictos se sublima y, en parte, se reemplaza. Resulta hoy bien evidente que esa es la función general de la argumentación en la vida social y que esa es también la ligazón esencial entre argumentación y Derecho. Parece que aquella intuición inicial de Viehweg y Perelman fue bien certera.

En Derecho se argumenta y se llega a soluciones y acuerdos (ya a acuerdos sobre el contenido de las soluciones, ya sobre las soluciones institucionales que, por ser legítimas — hay un acuerdo previo por detrás, y un acuerdo sobre el debido modo de funcionar de las instituciones—, deben respetarse, aunque no se esté conforme con su contenido), ciertamente, pero en un marco muy poco ideal, en un contexto de intereses, dependencias fácticas, ideologías (también en el sentido de ideología como falsa conciencia), creencias inconciliables, etc. Expresado de otra forma: tanto en la vida social en general como en la práctica jurídica en particular se argumenta, sí, pero o bien no se sabe a ciencia cierta cuándo se argumenta para el auditorio particular y cuándo para el auditorio universal, o bien cabría sospechar que predomina la argumentación persuasiva sobre la argumentación convincente.

Las filosofías constructivistas de la razón práctica y las teorías de la argumentación al estilo de Alexy no pueden negar que hay de todo y en proporción dudosa, pero mantienen que existe un criterio, un parámetro, una base para medir cuándo los resultados de una argumentación son irracionales porque el proceso argumentativo fue irracional y cuándo son racionales. Racional, sabemos, es aquel resultado que cualquier sujeto aprobaría si sopesara las razones en pugna para el caso sin ser quien es y sin estar donde está en la vida real —condicionado por sus creencias, ideologías, vivencias y preferencias personales—, sino si fuera un ser capaz de razonar con absoluta imparcialidad, es decir, sin ser sensible a la manipulación ni influenciado por las emociones que deforman la objetividad del juicio particular.

¿Existe ese sujeto racional sin tacha, ese miembro del perelmaniano auditorio universal o de la habermasiana situación ideal de habla? Existe, desde luego, como constructo teórico, como tipo ideal dentro de la teoría. Ese es, por ejemplo, el juez Hércules de Dworkin. Es quien sabría dar con lo justo y objetivamente verdadero de entre los argumentos enfrentados en cada debate moral o jurídico. Es como el ser humano puro anterior al pecado original. Ese «auditor» universal o ese juez Hércules —por puros, por «inhumanos» más humanos que nadie, por incontaminados de vida e intereses elementales— sabrían siempre dónde está la verdad, la solución más justa y acorde con las normas más verdaderas. Mas aún, no es que ellos sean capaces de dar con la solución justa preestablecida en algún orden del *Sein* o del *Sollen*, no es que esa solución propiamente preexista y ellos la averigüen; es al revés, la solución justa para cada caso existe porque ellos podrían establecerla, porque ellos podrían constituirla al hallarla entre los argumentos o los principios en cada ocasión y para caso enfrentados. Intelectualismo y voluntarismo vuelven a darse la mano, como en la teología y el iusnaturalismo medievales y, una vez más, razón y voluntad se acomodan en el jurista ideal hipotético ahora, como hace siglos se conciliaban en Dios, en un Dios que, de propina, era uno y trino.

Y, como antaño, al súbdito particular solo le queda la fe y confiar en que por boca de la Iglesia hable el Espíritu Santo. Quiero decir, más allá de bromas y de paralelismos históricos, que postular seres e inteligencias trascendentes de lo material y lo prosaico siempre es posible y muchas veces le resulta a la teoría genuinamente útil, pero que el problema está en ver cómo se relacionan los tipos ideales y los sujetos reales. Por seguir con la comparación dworkiniana, y tomándola en lo que valga, lo que decidiría Hércules es por definición lo objetivamente correcto y lo único objetivamente correcto, pero lo que decidiría Hércules nada más que él lo sabría, porque Hércules no existe y porque asumido está hasta por Dworkin que

los jueces de carne y hueso, por no ser «hercúleos», nunca pueden saber lo que Hércules sabría. Solo tienen que esforzarse para poder creer que deciden como decidiría Hércules y, cuanto más lo crean, más se parecerán a él; se trata nada más que de que no sean escépticos y de que no se desanimen en su búsqueda insaciable de lo justo, que presupongan lo justo para que lo justo exista, puesto que el argumento dworkiniano es que lo justo existe porque los jueces lo presuponen al buscarlo.

Similarmente, los constructivistas y los teóricos de la argumentación jurídica en la onda de Alexy nos hacen ver que correcto como contenido de las normas o de las sentencias es aquello en que todos los imparciales perfectos acabarían estando de acuerdo después de debatir sin trampa ni cartón y de argumentar sin rastro de manipulación. Ya tenemos el patrón: el juez, por ejemplo, tiene que decidir como esos decidirían. Solo que el juez no es de esos porque esos, de tan angélicos, son como Hércules, ideales jueces contrafácticos<sup>29</sup>. Pero si la pauta de racionalidad es así, «constructiva» y contrafáctica, y si yo, sujeto real y empírico o juez normal y corriente, debo aplicar esa pauta, tengo que obrar como ellos obrarían, por ser perfectamente imparciales y racionales del todo; aunque yo por definición soy el que soy, poco ideal y empapado de vida: de limitada imparcialidad, por mucho que me esfuerce por ser honesto y hacer horadamente mi trabajo. En otras palabras, usted, juez, debe decidir no como a usted le parezca mejor, pues sus condiciones no son exactamente las que alientan la imparcialidad perfecta, sino como le parecería mejor a alguien que no fuera usted propiamente, sino usted privado de todo lo que pueda nublar la distancia y objetividad de su juicio: su biografía, sus experiencias, sus creencias, sus ideologías, sus intereses y hasta sus complejos, obsesiones y manías.

¿Cómo puedo yo saber qué decidiría yo si en lugar se ser yo fuera Hércules o uno de esos miembros del auditorio universal o de los que se encuentran bajo en velo de ignorancia en la situación originaria de que nos habla Rawls? Si

no puedo saberlo, no hay nada que hacer y es baldío todo este artefacto teórico. Si puedo saberlo, resulta que yo puedo ser yo y no ser yo al mismo tiempo, puedo razonar y preferir como yo preferiría si no prefiriera como de hecho e inevitablemente prefiero. Yo soy yo con mi circunstancia, soy uno con ella, pero cuando quiero ser yo con imparcialidad, me desprendo intelectualmente de mis circunstancias y le pregunto a mi sombra la respuesta correcta o lo que da la ponderación de unos principios.

¿Qué pasa a la hora de la verdad? Que cada uno que razona según el método constructivista de razón práctica sale de sí mismo dubitativo, pero vuelve a sí mismo feliz y contento. Yo, que debo valorar y decidir si interpreto la ley de esta manera y, en consecuencia, condeno, o de la otra, y por tanto absuelvo, examino los argumentos que he escuchado y compongo mi juicio; seguidamente, pienso como puedo yo fundamentar ese juicio mío, sea con los argumentos asimilados de los otros, sea con argumentos de mi propia cosecha. He formado mi convicción personal, ya sé qué me parece a mí razonable decidir. Naturalmente, yo soy yo y mis circunstancias; soy y me considero honrado y procuro no incurrir en ningún motivo de deshonestidad palmaria. Después me interrogo acerca de qué acordaríamos en el auditorio universal o en un diálogo en el que todos los interlocutores respetaran con máximo escrúpulo las reglas alexyanas de la argumentación racional para ver si coincide conmigo lo que acordaría cualquier sujeto perfectamente imparcial y colocado en la situación ideal para decidir con completa objetividad. Y coincide. Así que ya me he convencido de que lo por mí aprobado es lo mismo que propondría cualquier persona a la que ninguna circunstancia vital y personal le empañara el juicio. O como si digo que estoy bien seguro de que Hércules pensaría como yo, pues yo he pensado lo que Hércules pensaría. Mano de santo. Y Hércules nunca me va a desmentir. O como cuando en un caso bien complicado ponderamos siguiendo los tres pasos de Alexy (tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sen-

tido estricto). Nunca se pondera para perder y solo se pondera cuando no hay una forma más cómoda de conseguir la victoria. Y, para colmo, lo curioso es que cuando, ante un caso igual, dos dworkinianos buscan a Hércules o dos alexyanos se van al auditorio universal o sacan la balanza, raramente les sale el mismo resultado, excepción hecha de los supuestos en los que ese resultado es tan claro que hasta el más descreído positivista lo habría encontrado a pelo y sin aparatos ni personajes de ficción. Hércules y compañía juegan a los dados con sus acólitos.

#### 4. A FIN DE CUENTAS, ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Me he ido a la exposición y crítica de la teoría iusmoralista de la argumentación jurídica. No es marginal, sino la central y dominante, pues, al fin y al cabo, iusmoralista es Alexy y iusmoralistas son los más de los que elevan la teoría de la argumentación a nuevo patrón de racionalidad y justicia de lo jurídico. Ahora el Derecho ya no es natural, lo natural es la forma de encontrar el verdadero Derecho, que es derecho de normas no inmorales. Esa «naturalidad» está en la argumentación, que es fuente de conocimientos verdaderos en las cuestiones de razón práctica porque se enraíza en que el ser humano argumenta, en que la esencia constitutiva de la sociedad es comunicativa y en que la comunicación conformadora de lo humano y lo social es posible porque al lenguaje le son inmanentes unas condiciones pragmático-trascendentales de posibilidad que, destiladas en reglas y como pautas de evaluación normativa de nuestros asertos práctico-morales, dan como resultado las reglas de la argumentación racional. Pero ni todas las teorías de la argumentación jurídica tienen esa vena metafísica y conservadora ni ha sido en vano o inútil ese cambio de paradigma que

llegó a partir de este tipo de doctrinas sobre el Derecho y su racionalidad.

Porque lo primero que debemos subrayar es que no existe una teoría de la argumentación jurídica, sino varias orientaciones bien distintas que pueden acogerse a esa etiqueta y que tienen en común nada más que una buena parte de aquellos planteamientos que aparecieron casi simultáneamente en autores como Viehweg y Perelman en la teoría jurídica: que en el Derecho o en todos los campos de la razón jurídica se trata de justificar la acción o la *praxis* mediante otro tipo de *praxis* que consiste en argumentar y que en la práctica argumentativa alguna regla de uso o alguna «lógica» ha de funcionar y funciona. Pero, a partir de ese tronco común, las teorías sobre la argumentación jurídica siguen caminos diversos.

i) Hay una teoría de la argumentación de tipo *empírico y descriptivo*. Trata de sistematizar los argumentos, sean comunes, sean técnico-jurídicos, y de poner de relieve cuáles son sus estructuras internas o partes, sus funciones y sus condiciones de uso más eficaces. Esos análisis pueden hacerse bien en abstracto y jugando con ejemplos ficticios o de la vida ordinaria, bien al hilo de análisis de sentencias y con la utilidad adicional de mostrarnos cómo usan los jueces unos argumentos u otros y dónde están, en su caso, los puntos débiles de sus razonamientos. También cabe, bajo esta óptica, construir tratados o manuales de práctica argumentativa con un fin utilitario o instrumental para enseñar a los juristas a dominar ciertas técnicas que les permitirán mejorar su éxito y persuadir más eficazmente a sus auditorios.

Como se bien se ve, una teoría de la argumentación así entendida es compatible con —y hasta complementaria de— una teoría del Derecho de corte irracionalista o del estilo del realismo jurídico<sup>30</sup>, teoría del Derecho que malamente admitirá una teoría de la argumentación de otro tipo, pero que ve a esta última como útil para mejorar la eficacia pragmática de los juristas o para que puedan cumplir mejor con aquella máxima que dice que buen ju-

rista es el que es capaz de realizar profecías fiables sobre decisiones futuras de los tribunales.

ii) Las teorías de la argumentación de carácter *normativo* son las que no solo se proponen describir cómo son los argumentos y las argumentaciones que empíricamente acontecen, sino que, además, ambicionan proponer pautas de la correcta argumentación, entendiendo aquí por correcta argumentación no el argumentar puramente instrumental para un fin o interés personal del argumentante, sino aquel que presupone un cierto patrón de corrección objetiva de los resultados. Por explicarlo con un ejemplo bien sencillo: un planteamiento puramente instrumental de la argumentación puede incorporar instrucciones sobre la más conveniente manera de mentir o de manipular información con el fin de ganar la contienda; un enfoque normativo normalmente descartará ciertos argumentos o modos de argumentar, como los manipuladores y engañosos, porque ponen en peligro o impiden la corrección objetiva del resultado. En otras palabras todavía: si gano un pleito porque conseguí engañar al juez, podré decir, tal vez un poco impropriadamente, que el juez me ha dado la razón, pero no que tengo la razón y que así lo ha reconocido el juez objetivamente. Mientras que una concepción instrumental de la argumentación está ligada únicamente al objetivo de vencer, una concepción normativa se vincula a la idea de convencer, de vencer convenciendo y de que esa convicción reúna unos requisitos al menos mínimos de racionalidad y de aceptabilidad intersubjetiva.

Las teorías normativas de la argumentación jurídica pueden ser de dos clases, que voy a llamar teorías normativas débiles y teorías normativas fuertes. *Teoría normativa débil* de la argumentación jurídica es la que presupone que hay unas reglas de racionalidad de las argumentaciones, pero que tales reglas no sirven para hallar la solución correcta de los casos en debate, sino para descartar, por irracionales o deficientemente racionales, algunas argumentaciones. Es decir, esta teoría normativa ofrece pautas de descarte de soluciones incorrectas,

no de fundamentación definitiva o dirimente de las (únicas) correctas.

Así ocurre y con ese presupuesto se argumenta en la vida ordinaria. Un amigo y yo nos ponemos a considerar si esta tarde vamos al cine o nos quedamos en casa viendo el fútbol. Yo le he propuesto ir al cine y él no está nada seguro de que esa sea una buena opción. Entonces yo paso a darle razones a favor de mi propuesta y le digo cosas tales como que está bien que vayamos al cine porque tal día como hoy nació Napoleón, o porque algunos de mi barrio ingieren un exceso de hidratos de carbono, o porque a mí me da la gana que vayamos y no hay más que hablar. Mi amigo o cualquier persona dirán que o bien eso no son razones o bien que esas razones no vienen al caso. Yo le puedo argumentar también que vayamos porque hoy ponen una película muy buena, ante lo que él me pregunta cuál es esa película y yo le digo que no lo sé. Entonces opinará cualquiera que mi argumento iba bien encaminado para poder resultar admisible, pero que le faltaron pasos, quedó incompleto y, así, no sirve. Me parece que en cualquiera de esos supuestos habrá acuerdo en que yo he estado violando ciertas reglas del correcto argumentar y que si mi amigo «pica», toma en serio mis deficientes razones y acaba acordando conmigo, no podremos ni él ni yo sostener que nuestro acuerdo para la acción fue el producto de una decisión bien fundamentada y basada en argumentos aceptables. Todo ello no significa que, si los argumentos son pertinentes, sólidos y exhaustivos y llegamos al acuerdo después de sopesarlos con calma, mi amigo y yo hayamos arribado a la única respuesta correcta o la única racionalmente posible, ya sea la de ir al cine, ya la de quedarnos a ver el fútbol.

En el Derecho ocurre de manera más o menos similar, con el matiz de que en Derecho abundan los argumentos técnicos y los tópicos gremiales, al modo en que Viehweg los describió en su día. Un juez puede argumentar en su sentencia que tal interpretación es preferible, frente a otras interpretaciones inicialmente posibles, porque así se lo declaró durante la no-

che el arcángel San Gabriel o porque es la que mejor casa con la Ley de Dios. Pensaría cualquiera que esos argumentos no son admisibles por descarnadamente subjetivos. O puede ese mismo juez alegar que ese significado es el que para esa norma quería el legislador, su autor. Entonces nada objetaremos en principio, salvo que a ese admisible y usual argumento voluntarista le falta un elemento, el que permita responder a la pregunta de por qué sabe el juez que era eso y no otro lo querido por el legislador. A ese argumento voluntarista le falta, para ser completo, un argumento histórico bien traído.

Un fallo judicial (o decisión jurídica de cualquier tipo que pueda y deba estar expresamente motivada) será tanto más sólido cuanto más, mejores y más completos sean los argumentos con el que esté respaldado. Tendrá la doble virtud de ser, en la práctica, más difícilmente combatible, y, en la teoría, más razonable o racional. Lo que la teoría normativa débil de la argumentación jurídica señala es que una decisión está tanto peor o menos razonablemente fundamentada cuantas más son las falacias lógicas o materiales o los defectos constructivos que hay en sus argumentos. Cada argumento de una decisión viene a ser como una columna que la sostiene. Si con nuestro análisis derribamos todas las columnas, habremos mostrado que la decisión no se sostenía, no se sostenía de un modo razonable. Ahora bien, si el caso es el contrario, si damos con una decisión anclada en muchos y muy aceptables y sólidos argumentos, no estará demostrado por ello que sea la única posible decisión correcta, al menos si el caso era difícil y lo era porque en principio no resultaban razonablemente descartables varias soluciones entre las que hubo que optar.

Una teoría de la argumentación jurídica normativa débil es, creo, plenamente compatible con enfoques iuspositivistas en teoría del Derecho o con planteamientos no objetivistas y no cognoscitivistas en materia de razón práctica en general. No es que se dé una correspondencia necesaria y exclusiva, ya que también

un iusmoralismo moderado puede percibir como muy útil este tipo de teoría de la argumentación jurídica y no comulgar con la teoría normativamente fuerte que paso a exponer.

iii) Una teoría de la argumentación jurídica *normativa fuerte* sería aquella que asume estas dos tesis: a) una doctrina de la única respuesta correcta para cada caso, respuesta que existiría siempre o casi siempre<sup>31</sup>; b) que la aplicación de las reglas de la argumentación racional permite descubrir esa única respuesta correcta. Aquí la teoría de la argumentación va de la mano de una fe grande en la razón práctica y en la existencia de verdad plena también en los juicios normativos o valorativos, y de la convicción de que el método apropiado para desentrañar cuál es en cada caso la solución correcta es un método de argumentar respetuosamente con determinadas reglas. A diferencia de lo que hemos visto para la teoría normativa débil, la función de las normas de la argumentación correcta no es principalmente (aunque también) descartar alternativas por incorrectas, sino fundar la verdad objetiva subyacente a la elección necesaria de una de ellas. Esa opción objetivamente correcta y única es la que escogería el auditorio universal o cualquier comunidad de hablantes perfectamente racionales en sus comunicaciones y completamente imparciales al juzgar. De la relación con las llamadas éticas constructivas ya dije algo anteriormente.

Robert Alexy es un genuino exponente de una teoría normativa fuerte<sup>32</sup>. Y lo es, además, en congruencia con su antipositivismo y su profundo iusmoralismo, posiblemente enraizado en creencias de otro tipo. En su libro *Teoría de la argumentación jurídica* ya era así, al menos para los casos en que las soluciones jurídico-positivas pudieran chocar con las exigencias importantes de la moral o la justicia. Es posible conocer lo justo y también hay buenas razones, razones morales en el fondo, para que sobre lo justo prevalezca lo jurídico (lo que dice la ley, lo que marcan los precedentes...), pero si la discrepancia entre lo jurídico y lo justo es grande, debe prevalecer la justicia. Y lo

más importante: las razones de esa prevalencia y las que avalan la verdad de la justicia en ese caso nos las dará y demostrará la argumentación racional. El «segundo» Alexy, el de la *Teoría de los derechos fundamentales*, va todavía un paso más lejos, pues introduce la ponderación y sus fases como modo de conocer la solución correcta de los casos en que haya conflictos de derechos o de derechos y principios constitucionales de otro tipo, ya sean principios expresos, ya implícitos. Según Alexy, se supone que hay una solución correcta para cada caso, a no ser que la ponderación demuestre que las dos alternativas (los dos derechos o principios en liza) pesan igual, ocasión en que tendrá que decidir el juez discrecionalmente. Pero el elemento demostrativo y objetivista ya ha quedado sentado incluso en esa oportunidad, pues el juez no ha decidido discrecionalmente que las dos alternativas pesan lo mismo, sino que ha constatado, al ponderarlas, que pesan igual, y por eso y excepcionalmente tendrá que aplicar su discrecionalidad: porque la balanza no le ha indicado el peso superior de una alternativa, sino que le ha indicado que ninguna pesa más. Es una discrecionalidad sometida al aparato, al instrumento de pesar, al ponderómetro imaginario.

Con esa versión normativa fuerte de la teoría de la argumentación jurídica solamente puede comulgar y suele comulgar el iusmoralismo más intenso y más marcadamente antipositivista. Eso no quiere decir que todos los iusmoralismos simpaticen con esta teoría de la argumentación jurídica, pues algunos ven con desconfianza todo iusmoralismo de aire procedimental y constructivista, toda teoría moral que no sea una teoría material de lo justo.

## 5. A MODO DE SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

Empecé recordando que el debate iusfilosófico se dirime entre tres concepciones principales de lo jurídico: la realista o irracionalista,



con su enorme carga de escepticismo y su oposición a todo modelo normativo de racionalidad práctica, y más si se pretende aplicarlo a la práctica jurídica; el positivismo normativista, doctrina muy austera que, en cuanto teoría del Derecho, solo pretende ser teoría del Derecho positivo y que, sean sus cultivadores más o menos escépticos en lo que respecta a la razón práctica, no quiere que en el análisis se confunda el Derecho con otras cosas ni que, so pretexto de análisis, se quieran hacer pasar interesadamente por jurídicas las cosas que no lo son; y el iusmoralismo, que, en todas sus variantes, mantiene que hay normas morales que son necesariamente y por sí parte del sistema jurídico, aunque los legisladores y los operadores jurídicos las nieguen o las contradigan, y que el Derecho y las decisiones jurídicas solo serán correctas, racionales y verdaderas cuando afirmen esa moral que condiciona la validez de lo jurídico por ser cúspide de la pirámide de normas, o al menos cuando no la contradigan.

Así como hay esas tres orientaciones básicas, con sus múltiples subvariantes, existen tres modos de ver y entender la argumentación jurídica y su teoría. Y cada uno de ellos es afín a o al menos compatible con una de aquellas concepciones de lo jurídico. Al realismo jurídico le va bien una versión empirista y descriptiva de la teoría de la argumentación, el positivismo normativista puede enriquecer sus patrones de metodología de la decisión jurídica incorporando elementos de una teoría normativa débil, y el iusmoralismo (o por lo menos la parte de él más alejada del viejo iusnaturalismo y más del tipo del llamado neoconstitucionalismo) encuentra en la teoría de la argumentación jurídica normativa fuerte el método ideal para negar la discrecionalidad judicial que tanto afirman los positivistas y para poder decir que hay para cada caso una solución correcta única (o casi), que es, además, la solución justa.

A mi modo de ver, con esta última clase de teoría de la argumentación ha renacido con gran fuerza aquel viejo ideal decimonónico, la ilusión de que el sistema jurídico es completo, coherente y claro y de que hay un método que,

a partir de esa materia prima que en el fondo, en su cimiento o subsuelo axiológico, es perfecta y puede llevarnos a conocer la solución predeterminada para cada caso. Una vez más, el juez no decide propiamente, sino que aplica, ni es responsable de las decisiones, pues antes se las daba la lógica y ahora se las dictan o bien el auditorio universal que resuena en su cabeza, o bien la ponderación que hace en su balanza de papel. En el siglo XIX estaban convencidos los franceses de la Escuela de la Exégesis de que la solución salía con poco esfuerzo de la superficie misma del Código, de los simples enunciados que alumbró el legislador omnisciente y omnipotente; ahora están dworkinianos, alexyanos y neoconstitucionalistas varios persuadidos de que, con algo más de esfuerzo, sí, la solución correcta de cada caso mana del fondo moral del sistema jurídico, una vez que allí ha sido depositada por un poder constituyente sensible a las verdades eternas de nuestro tiempo (valga la paradoja) y puesto que al fin hemos dado con la balanza y hasta con la fórmula del peso para que volvamos los juristas a parecernos a los físicos. El viejo sueño, renacido, de una verdadera ciencia del Derecho, pero no cultivada por puristas kelsenianos, sino realizada por los jueces mismos. Donde los franceses tenían el Código de Napoleón, estos de ahora sacan sus constituciones, pero la ensoñación es la misma e idéntica es la utopía. Hasta que lleguen, más pronto que tarde, los Jhering, Geny, Kantorowicz, Fuchs, Pound, Kelsen, Olivecrona o Ross y nos avengamos de nuevo a tocar la fría y sucia realidad del Derecho y a pedir que los jueces asuman sus decisiones en lugar de parapetarse tras muy profesoriales quimeras conceptuales y metodológicas.

Así que mi tesis sobre la cuestión que se nos ha formulado (¿para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?) es un tanto escéptica, pero no negativa en exceso. Creo que sirven, y mucho, las dos concepciones primeras, la empírico-descriptiva y la normativa débil. Y creo que la otra, la normativa fuerte, vale lo que valgan los iusmoralismos que la acogen o que de ella se sirven. Pero, sea como fuere, has-

ta en eso ha habido un progreso. Yo, modestamente, prefiero que me digan que el resultado inapelable salió de la balanza a que me quieran convencer de que lo dictó Dios por vía de ley natural reflectante de la ley eterna, pues de la

balanza puedo burlarme o con los ponderadores puedo bromear un rato sin que se me tilde de blasfemo. O sí: al paso que vamos, quién sabe.

## NOTAS

1. Dejo aquí de lado la polémica con las tesis iusmoralistas que indican que la compatibilidad con la justicia o alguna propiedad moral es también condición de validez de las normas o los sistemas jurídicos.
  2. Pues en cuanto una se reformara o fuera derogada por otra, habría que entender que no valdría ninguna de las dos. El Derecho, para subsistir, debería ser radicalmente inmodificable.
  3. Cuando opera un criterio de competencia, por ejemplo de competencia territorial del órgano emisor de la norma.
  4. Y no lo hacen por motivos jurídicamente reprochables, obviamente, como que yo sea primo del alcalde o amigo de su señora.
  5. A no ser que su conducta esté tipificada a su vez como sancionable (por ejemplo, por prevaricación) y que la sanción acarree la posibilidad jurídica de anular la sentencia.
  6. O las relaciones entre sistemas jurídicos. Pensemos en el caso de la relación entre Derecho interno y Derecho de la UE y tendremos ya para entretenernos un buen rato.
  7. Para la Escuela de la Exégesis, los enunciados provenientes de la voluntad indudablemente racional del legislador; para la Jurisprudencia de Conceptos, los contenidos ontológicamente necesarios de cada concepto jurídico y, en consecuencia, de cada institución en que ese concepto se materializa dentro de algún ordenamiento; para el iusmoralismo postdworkiniano, los principios morales que son simultáneamente principios jurídicos.
  8. No está de más recordar que cuando en clasificaciones como esta se habla de «irracionalismo» no se está aludiendo a doctrinas o concepciones que hagan apología de la irracionalidad en la práctica jurídica o que desconozcan los componentes racionales que en la misma concurren, sino que la etiqueta indica el escepticismo ante las concepciones idealistas o idealizadas del Derecho y de su práctica y la crítica frente al poco realismo de dichas concepciones. En ese sentido, *vid.* Haba (1996: 399-400).
  9. Recuérdense, por ejemplo, las críticas feroces de Ross al concepto normativista kelseniano de validez jurídica, por metafísico.
  10. «Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociales que han provocado la decisión jurisdiccional (¿de qué sirve el análisis racional de decisiones que dependen de cómo le sentó al juez el desayuno?) o de las posiciones ideológicas o políticas que se hallan tras los problemas políticos» (Gascón Abellán y García Figueroa, 2003: 61).
  11. Por eso, según Kelsen, los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos, no sistemas estáticos.
  12. Pensemos en el caso de una sentencia dictada por un juez en vulneración de una norma de reparto de competencia entre los jueces de un cierto lugar, sentencia que deviene cosa juzgada; o en el caso de un reglamento que vulnera una reserva de ley pero que jamás es recurrido y anulado por el órgano administrativo o judicial al efecto competente.
  13. Por dar un ejemplo más, podría ser este el caso del reglamento patentemente ilegal nunca recurrido o de la ley patentemente inconstitucional por su contenido pero que no ha sido recurrida ante el correspondiente tribunal constitucional (en un sistema de control concentrado de constitucionalidad) o que ha sido, pese a todo, declarada constitucional por ese tribunal.
- Es bien sabido que esa especie de paradoja interna de los sistemas jurídicos llevó a Kelsen a la bastante peregrina explicación mediante su teoría de la cláusula alternativa tácita.

14. O, incluso, el legislador al desarrollar mediante la ley la norma constitucional.
15. Sobre el positivismo lógico cultivado inicialmente por Perelman y para una muy peculiar y llamativa interpretación de la influencia que en el paso a la «nueva retórica» jugaron la cultura judía y el rechazo al dogmatismo del nazismo, vid. Frank (2004: especialmente 268-269).
16. Téngase en cuenta que lo primero que publica Viehweg se titula «Die juristischen Beispielsfälle in Leibnizens Ars combinatoria» (Viehweg, 1947).
17. Como bien resume Atienza: «Lo que caracteriza 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» (Atienza, 2013: 30). Con pleno acierto incluye Atienza entre los precursores a Recaséns y a Toulmin (Atienza, 2013: 30-31).
18. Como indica Cabra Apalategui, siguiendo a Stone, la visión puramente mecanicista o silogística de la decisión judicial a la que los precursores de la teoría de la argumentación jurídica se oponen raramente había sido defendida «como una descripción ajustada de lo que los jueces hacen cuando resuelven casos conforme a derecho». Ese tipo de formalista es más bien «un personaje de la mitología jurídica» (Cabra Apalategui, 2015: 51).
19. Para el análisis de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, siempre imprescindible el estudio de Atienza (1991). El capítulo segundo está dedicado a Viehweg y la tópica jurídica, y el capítulo tercero a Perelman y la nueva retórica.
20. No olvidemos que aquellos muy influyentes autores alemanes que durante el nazismo habían sido agresivos anti-positivistas y defensores del «sano sentimiento popular» (*gesundes Volksempfinden*) como parámetro de juridicidad, se volvieron iusmoralistas acérrimos después de 1945 y pusieron las bases de lo que sería la Jurisprudencia de Valores y de la tesis de que la Constitución es «un orden objetivo de valores». Solo con pensar en Theodor Maunz o Karl Larenz ya vienen los escalofríos.
21. Como sintetiza Atienza, al describir el primero de los elementos que configuran el concepto de argumentación, argumentar «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» (Atienza, 2013: 109). La argumentación jurídica sería, pues, una variante de la argumentación en general. Un ejemplo más de caracterización general de la argumentación: «La argumentación es una actividad verbal, social y racional que busca convencer a un crítico razonable sobre la aceptabilidad de una opinión, trayendo un conjunto de una o más proposiciones para justificar esa opinión» (Van Eemeren, Grootendorst y Snoeck Henkemans, 2002: xii). Más en detalle: «La argumentación es una actividad de la razón de carácter verbal y social, que pretende aumentar (o disminuir) para el oyente o lector la aceptabilidad de una opinión controvertida, trayendo a colación un conjunto de proposiciones que tratan de justificar (o refutar) dicha opinión ante un juez racional» (Van Eemeren, Grootendorst y Snoeck Henkemans, 1996: 5).
22. En la tradición del racionalismo clásico se encontraría también Alexy, según la crítica de Hilgendorf (Hilgendorf 1991: 216).
23. Viehweg (1954).
24. Para un estudio de conjunto, véase García Amado (1988).
25. Perelman, Olbrechts-Tyteca (1958).
26. Alexy (1978).
27. Esa gran influencia de la filosofía habermasiana en Alexy y su teoría de la argumentación está muy bien expuesta y resaltada, en la literatura reciente, por Elorza Saravia (2015: 32 ss.).
28. El constructivismo ético es definido de este modo por Claudia Bagnoli: «Constructivism in ethics is the view that insofar as there are normative truths, for example, truths about what we ought to do, they are in some sense determined by an idealized process of rational deliberation, choice, or agreement. As a “first-order moral account”—an account of which moral principles are correct—, constructivism is the view that the moral principles we ought to accept or follow are the ones that agents would agree to or endorse were they to engage in a hypothetical or idealized process of rational deliberation. As a “metaethical account”—an account of whether there are any normative truths

and, if so, what they are like—, constructivism holds that there are normative truths. These truths are not fixed by facts that are independent of the practical standpoint, however characterized; rather, they are constituted by what agents would agree to under some specified conditions of choice» (Bagnoli, 2012).

Según David Enoch: «Constructivism is a metaphysical thesis about the relations of truth-making or correctness-priority between substantive results and the procedures leading to them. Constructivism about a relevant discourse is the claim that there are no substantive correctness criteria that apply to (or in) that discourse, and that the only relevant correctness criteria are procedural in the way specified above. Thus, according to metaethical constructivism, there are no actions we ought to perform or to avoid performing independently of some (actual or hypothetical) procedure —say, that of reaching consensus in an open discussion about principles of conduct; rather, these procedures determine the moral status of actions. Metaethical constructivists all agree on the denial of moral correctness criteria that are independent of the relevant procedure; they differ in their characterization of the relevant procedure» (Enoch, 2009: 323).

29. Para una crítica radical y contundente del constructivismo alexyano y sus idealizaciones y contra una teoría de la argumentación que deje de lado el análisis de la argumentación real de los juristas y lo reemplace por discursos ideales, *cf.* Haba (1998). Sobre ese problemático carácter contrafáctico del razonamiento constructivista, *vid.*: 153 ss.

30. O con el movimiento *Critical Legal Studies*, heredero del realismo jurídico norteamericano del primer tercio del siglo XX. Sobre esa posible sintonía entre teoría de la argumentación y *Critical Legal Studies*, *vid.*, por ejemplo, Herbeck (1995: 727-728).

31. Por ejemplo, Alexy admite que de cuando en cuando puede haber casos de empate y que entonces es la discrecionalidad del juez la que dirime entre las alternativas igual de correctas o racionales o entre los principios con idéntico peso. Para una muy mesurada exposición de la tensión que en Alexy existe entre propensión a la única respuesta correcta y discrecionalidad en la ponderación, *vid.* Bernal Pulido (2003).

32. «Correctas y, por extensión, válidas son exactamente aquellas normas que en un discurso ideal serían consideradas correctas por cualquiera» (Alexy, 2015: 442). El discurso ideal sería aquel en que se cumplieran al completo las reglas de la argumentación racional (*Ibid.*). Las tesis que se acordaran en ese discurso ideal serían tanto plenamente racionales como moralmente válidas sin tacha (*Ibid.*). Por supuesto, el discurso moral es, tal como Alexy reconoce, «una idea regulativa» (*Ibid.*: 443). Lo explica bien Elorza Saravia: «Dado que la conjunción de las condiciones enunciadas por Alexy solo es posible dentro del plano de lo ideal, en el plano de lo real no existe ningún procedimiento que permita —con una seguridad intersubjetivamente necesaria— llegar en todos los casos a una única respuesta correcta. Sin embargo, el hecho de que no se conozca un procedimiento que garantice que siempre podamos alcanzar tal resultado no nos obliga, según él, a renunciar a la idea de que la única respuesta correcta si existe. De hecho, el autor nos invita a presuponerla como una “*idea regulativa*” a la que hay que aspirar, independientemente de su efectiva existencia para el caso particular. De esta suerte, los participantes en la argumentación jurídica, y especialmente el juez, deben procurar que su respuesta sea la única *correcta*, si es que ella existe; o, en todo caso, elevar la pretensión de que efectivamente lo es» (Elorza Saravia, 2015: 74).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt M.: Suhrkamp. Versión castellana (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEC.
- (2015): «Legal Certainty and Correctness», *Ratio Juris*, 28, 441-451.
- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- BAGNOLI, Claudia (2012): «Constructivism in Metaethics», en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition). Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/constructivism-metaethics/>>.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, 26, 225-238.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel (2015): *Sobre Derecho y argumentación. Estudios de teoría de la argumentación jurídica*, Granada: Comares.
- ELORZA SARAVIA, Juan Daniel (2015): *Valores y normas. Argumentación jurídica y moral crítica a propósito de Robert Alexy*, Cizur Menor: Aranzadi.

- ENOCH, David (2009): «Can There Be a Global, Interesting, Coherent Constructivism about Practical Reason?», *Philosophical Explorations*, 12, 319-339.
- FRANK, David A., 2004: «Argumentation Studies in the Wake of The *New Rhetoric*», *Argumentation and Advocacy*, 40, pp. 267-283.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988): *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid: Civitas.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2003): *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima: Palestra.
- HABA, Enrique P. (1996): «Una discusión: ¿quiénes son los “irracionalistas” en Teoría del Derecho?», *Doxa*, 19, 385-402.
- (1998): «Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “reglas y formas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*, 21 (1), 147-170.
- HERBECK, Dale A. (1995): «Critical Legal Studies and Argumentation Theory», *Argumentation*, 9, 719-729.
- HILGENDORF, Eric (1991): *Argumentation in der Jurisprudenz*, Berlin: Duncker & Humblot.
- PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1958): *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1958. Versión castellana de la 5ª edición en francés (1989): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid: Gredos.
- VAN EEMEREN, Frans H., Rob GROOTENDORST y A. Francisca SNOEK HENKEMANS (1996): *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Mahwah (New Jersey): Lawrence Erlbaum.
- (2002): *Argumentation. Analysis, Evaluation, Presentation*, Mahwah (New Jersey), London: Lawrence Erlbaum.
- VIEHWEG, Theodor (1947): «Die juristischen Beispielsfälle in Leibnizens Ars combinatorial», en G. Schischkoff (ed.), *Beiträge zur Leibniz-Forschung*, Reutlingen: Gryphius, 88-95.
- (1954): *Topik und Jurisprudenz*, München: Beck. Versión castellana (1963): *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Madrid: Taurus.

Fecha recepción: 11 de junio de 2016

Fecha aceptación: 10 de noviembre de 2016