

Atienza, Manuel: *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1997

Este pequeño libro es el resultado, cuenta el profesor Atienza en la presentación introductoria, de dos "gratas circunstancias": Una de ellas se vincula a su participación en el Congreso internacional de derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, realizado en Santa fe de Bogotá en 1996. En donde presentó una ponencia titulada el Derecho como Argumentación, que constituye el primer capítulo del trabajo que aquí se reseña. Otra, esta ligada a una invitación para impartir un curso de doctorado y el trabajo pedagógico de formación de jueces y magistrados sobre el tema de la interpretación jurídica, en diversas instituciones colombianas como la Universidad Externado de Colombia, La Pontificia Universidad Javeriana, el Colegio Mayor de La Señora del Rosario y el Consejo Superior de la Judicatura.

El capítulo 1, "El derecho como argumentación", somete a un análisis crítico las teorías de la argumentación jurídica desarrolladas desde los años cincuenta. El profesor Atienza considera que lo que podría llamarse la "teoría estándar de la argumentación jurídica" (la que está presente en autores como Wróblewski, McCormick, Alexy, Peczenik o Aarnio), a pesar de todos sus aportes, presenta una serie de deficiencias e inconsistencias concernientes a su objeto de estudio - centrado en la argumentación de carácter normativo de los tribunales superiores -, al método para analizar y evaluar argumentos y, en consecuencia, a la función cognitiva, práctica y crítica que debe cumplir una teoría de este tipo. En este sentido, Manuel Atienza se propone "elaborar un esquema general que pueda servir como guía para edificar una teoría plenamente desarrollada de la argumentación jurídica". (p. 12).

La complejidad del Derecho y los fenómenos que esta disciplina investiga y enfrenta pueden ser interpretados desde diversos enfoques. Tres perspectivas tradicionales han dominado el panorama jurídico y poseen una especial pertinencia teórica. La primera de estas puede ser llamada estructural y da lugar a múltiples formas de normativismo jurídico. El derecho contemplado desde esta óptica se reduce a una serie de enunciados, a una estructuración lingüística. Se trata de una perspectiva que indaga sobre las relaciones

sintácticas y formales entre los diversos elementos que constituyen y configuran el lenguaje del derecho, lo describe tal como es sin preocuparse por el dinamismo de las piezas, sus funciones, las relaciones con el entorno y mucho menos el lugar que ocupa el derecho en el contexto de las ciencias sociales y humanas. Una segunda perspectiva se interesa específicamente por la funcionalidad del Derecho, esto es, para que sirve, que necesidades sociales o individuales trata de satisfacer y que lugar ocupa estos aspectos en el conjunto de la dinámica social y el campo jurídico en general. Los enfoques realistas y sociológicos asumen esta perspectiva y tratan de complementar la descripción formal y el análisis estructural del derecho. El derecho no es sólo un lenguaje y normatividad, sino también la praxis social comunitaria, es decir, comportamiento, acción humana y realidad social. Finalmente, desde una tercera perspectiva, el derecho se asume no tal y como es sino que se compara con modelos ideales, se evalúa de acuerdo a determinados cánones. El enfoque valorativo del derecho, que se identifica muchas veces con la concepción iusnaturalista, con el derecho natural, obedece a esta óptica. Estas tres perspectivas son también las que asumen diversas triadas o tricotomías jurídicas como aquellas que distinguen entre la validez, la eficacia y la justificación; o entre el derecho considerado como norma, como hecho o como valor. Con este tipo de herramientas se pretende presentar un panorama más completo y exhaustivo del derecho, pero se corre el riesgo de incurrir en sincretismos jurídicos que desdibujan la claridad y el rigor de las interpretaciones parciales ofrecidas por las perspectivas tradicionales, de lo que puede resultar una mera yuxtaposición de elementos desarticulados.

Los instrumentos jurídicos son un conjunto de herramientas y procedimientos discursivos mediante los cuales se intenta resolver una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales. La complejidad de estos problemas obliga al derecho a fundamentar sus acciones e investigaciones con estudios de especialistas y expertos de muchos campos y disciplinas. Pero un aspecto clave y determinante en la labor de los juristas consiste en argumentar, "esto es, proponer razonadamente, la adopción de medidas, el establecimiento de nuevas normas, la supresión de otras, etc., y la aplicación del Derecho exige, entre otras cosas, el concurso de los abogados, quienes desempeñan una labor que, en su núcleo, consiste en argumentar: para persuadir al juez, para aconsejar al cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con el abogado de

la contraparte" (p. 29 -30). Para el profesor Atienza todo lo anterior no resulta fácil de manejar y, por ello, se necesita contar también con una teoría o una filosofía del derecho, capaz de ofrecer una visión integral de todo este complejo panorama y de orientar el funcionamiento de todas las anteriores prácticas, "se necesita, por ejemplo, aclarar que significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse los argumentos, etc. La filosofía del derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación jurídica" (p. 31).

El profesor Manuel Atienza destaca así la posibilidad de un cuarto enfoque que considera al derecho como una técnica para solucionar determinados problemas prácticos: "Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el derecho como argumentación" (p. 23).

El derecho es presentado desde esta perspectiva como un complejo entramado de decisiones y argumentaciones, "pero decidir, se ha visto, no es argumentar; los razonamientos, los argumentos, no son las decisiones, sino las razones - o cierto tipo de razones - que pueden darse en favor de las decisiones". Las razones pueden ser explicativas o justificativas, las primeras tratan de fundamentar por qué se tomó una determinada decisión (causa, motivación) y para qué (que fin u objetivo perseguía); las segundas están orientadas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta: "si se entiende por razonamiento práctico no simplemente un argumento referido a acciones humanas, sino un argumento dirigido a establecer cómo alguien debe comportarse, entonces razonamiento práctico y justificativo vienen a coincidir (...) la distinción entre explicación y justificación, y entre razonamientos explicativos - teóricos - y justificativos - prácticos - es de una gran importancia, pero explicar y justificar son operaciones que muchas veces se entrecruzan" (p. 33).

De esta manera, el profesor Atienza termina preguntando "¿Qué significa argumentar? ¿Qué es un argumento?". Considera que no hay una única forma de entender lo que son las argumentaciones y los argumentos. Sin embargo, es generalmente aceptado que en una argumentación entendida como una actividad y en un argumento entendido como resultado de esa actividad

existen los siguientes elementos: "1.- un lenguaje, pues argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2.- una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento, 3.- una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con los que se abre el argumento, y 4.- una relación entre las premisas y la conclusión". Si bien existen muchas formas de interpretar los argumentos y la argumentación, todos parecen coincidir en que estos son los elementos básicos que les componen y tienen que darse siempre, aun cuando pueden presentarse argumentos con premisas implícitas, conclusiones tan solo insinuadas o una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística, pero que es susceptible de concretarse en un lenguaje.

Atienza analiza tres concepciones de la argumentación jurídica que llama concepción formal, material y pragmática. La concepción formal es propia de los lógicos, quienes definen un argumento como una forma de inferencia lógica o encadenamiento de proposiciones. El propósito básico es establecer los razonamientos o inferencias válidas y las no válidas. Un argumento es deductivamente válido si cumple con la forma lógica establecida y la verdad de la conclusión se deriva necesariamente de la verdad de las premisas. Aquí no es relevante el contenido de las proposiciones sino su estructura formal, desde la perspectiva lógica se trata más bien de esquemas de argumentos expresados en un lenguaje artificial que no se corresponde con algún lenguaje natural: "cabría decir que la lógica no se centra en la actividad de argumentar, en el proceso de la argumentación, sino en los argumentos, en el resultado de la actividad. Lo que la lógica ofrece son esquemas de argumentación que cabe usar para controlar la corrección de los argumentos. Pero la lógica no describe cómo, de hecho, la gente argumenta. Y ni siquiera está claro que permita una reconstrucción adecuada de los argumentos" (p. 41).

La concepción material es "la que puede encontrarse, referida al razonamiento jurídico, de alguna forma, en la concepción de la tópica jurídica de Theodor Viehweg, en la distinción usual entre justificación interna y justificación externa, o en la teoría de Joseph Raz y otros autores de las razones para la acción" (p. 44). Viehweg considera la tópica jurídica como una "ars inveniendi", como una técnica para enfrentar problemas prácticos, lo que

importa no es el “ars iudicandi”, es decir, la técnica consistente en inferir unas proposiciones de otras, sino el descubrimiento y examen de las premisas. Para ello intenta usar los lugares comunes (tópicos) como un apoyo, como argumentos materiales, enunciados de contenido, premisas materiales que permiten justificar una decisión u ofrecer una solución a un problema práctico (aporía). En la concepción del razonamiento práctico de Raz, las premisas no son simples enunciados, sino razones y las razones son hechos. Un razonamiento - práctico o teórico - no sería una mera inferencia regida por reglas formales, sino un procedimiento para resolver un conflicto de razones. Esta teoría del razonamiento práctico se resuelve en una teoría de las razones para la acción, es decir, en una teoría sobre los diversos tipos de razones para la acción existentes y los modos de resolver los conflictos entre esas razones.

La concepción pragmática o dialéctica considera la argumentación como una forma de interacción lingüística, "la argumentación es un acto complejo del lenguaje que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo con otros o con uno mismo, cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado (de carácter teórico o práctico) y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otros tipos de presiones externas al discurso). La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma" (p. 49).

Seguidamente, el profesor Atienza señala que estas tres concepciones distintas de la argumentación no son excluyentes entre sí, por el contrario deberían ser tratadas como complementarias, puesto que "una teoría adecuada de la argumentación jurídica no puede dejar de considerar ninguno de estos tres enfoques". (p. 50). Termina el capítulo 1 introduciendo la discusión epistemológica entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, "la teoría estándar de la argumentación jurídica se ocupa únicamente del estudio de las argumentaciones de los jueces de instancias superiores, una explicación a su ubicación exclusiva en el contexto de justificación" (p. 58). Por último, el autor somete a consideración tres tipos de falacias jurídicas,

como una estrategia discursiva para ilustrar los criterios de demarcación entre "una buena y una mala argumentación" (p. 58-69).

El capítulo 2, sobre los límites de la argumentación jurídica. El caso del autoconsumo de drogas, constituye una aplicación a un caso concreto de algunos de los planteamientos teóricos expuestos en el capítulo 1 y el análisis de ciertos aspectos especiales de la argumentación jurídica. El asunto que se trata es de gran relevancia en el panorama actual de la discusión jurídica sobre la despenalización de la dosis personal (Sentencia No. 221/ Mayo de 1994), puesto que el referéndum propuesto por el Presidente Alvaro Uribe contempla este asunto como un punto de discusión y votación. Igualmente importante e ilustrativo resultan las aplicaciones de esquemas de interpretación para la argumentación jurídica, que siguen el método de representación de argumentos que el profesor Atienza había propuesto ya en su obra *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991).

Se trata de un libro pequeño, pero de inmensa importancia y contenido para los estudiosos de la argumentación, juristas, abogados y filósofos del derecho. El No. 6 de la Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia, es un aporte clave en la comprensión del panorama actual del campo jurídico y sus relaciones con las teorías de la argumentación. Un texto que no puede faltar en la biblioteca de un juez o abogado ni en manos de un jurista integral, crítico y atento a las nuevas perspectivas de investigación jurídica que dominan en el siglo XXI.

JULIÁN FERNANDO TRUJILLO