

TEORIAS CONTEMPORANEAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURIDICA.

- **DEFINICION.**
- **OBJETO DE LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.**
- **UTILIDAD DE LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.**
- **CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

DEFINICIÓN

Marina Gascon y Alfonso García Figueroa proponen que cuando se define la teoría de la argumentación jurídica se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho, sin embargo esta definición es demasiado genérica y agregaríamos que las teorías se ocupan de la descripción, análisis y propuesta de la argumentación que se da en las instancias de la aplicación, interpretación, creación y ejercicio del derecho y por lo tanto, se dedica no sólo de la argumentación de las autoridades legislativas, judiciales o administrativas sino también de la que realizan los académicos y abogados.

OBJETO DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACION JURÍDICA

Además de la argumentación jurídica en la aplicación e interpretación del derecho, se debe ocupar de la argumentación en materia de hechos, la científica, la de la vida ordinaria, y sus relaciones con la teoría moral y la teoría del derecho.

Tiene por objeto también la argumentación que se realiza en los procesos de mediación y negociación como instrumentos de solución de conflictos.

No debe tener carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación.

La teoría de la argumentación jurídica tendrá que dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho, esto es, en las instancias legislativas.

UTILIDAD DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Utilidad del aspecto descriptivo.

La teoría de la argumentación jurídica sirve para realizar un análisis conceptual que permite clarificar el lenguaje empleado en la argumentación.

Nos describe qué y cómo deciden los jueces en su labor jurisdiccional.

Tiene como función el análisis de razonamiento que emplean los jueces.

Utilidad del aspecto prescriptivo o normativo.

Cómo hacer y construir mejores argumentos.

Cómo deberían decidir los jueces en los casos difíciles.

Formular guías muy abstractas para la resolución de casos.

Proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad de la función jurisdiccional.

Cómo justificar las resoluciones de las autoridades administrativas en la emisión de sus actos.

Argumentación que se realiza en los juicios orales.

La argumentación jurídica actualmente es un área de la filosofía del derecho que está en el centro de discusión de filósofos y juristas su importancia y trascendencia ha incidido no sólo en la teoría del derecho sino también en la aplicación del derecho como es el razonamiento judicial, a continuación, mencionaremos los precursores y autores actuales de las teorías de la argumentación jurídica y los rasgos principales de sus teorías, y al final señalaremos que se puede rescatar de estas teorías al momento de las decisiones jurídicas y por lo tanto su aplicación en la motivación de las sentencias.

CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La tónica de Theodor VIEHEWEG

La teoría de este autor es un tanto complicada y confusa y si bien no está sistematizada ni contiene una propuesta metodológica para argumentar, como si lo hacen otros autores, contiene algunas características que sirven de punto de partida para el estudio de estas teorías, una aportación importante son los tópicos o lugares comunes que sirven como inicio de la argumentación para que se pueda dar el consenso y posteriormente la persuasión en el debate y discurso argumentativo.

Elementos de la tónica:

Desde su objeto es una técnica del pensamiento problemático.

Desde el instrumento con que opera, el lugar común o topos.

Desde su actividad es una búsqueda y examen de premisas.

Para VIEHEWEG los tópicos son lugares comunes o puntos de vista que sirven de premisas para la argumentación y tienen como función servir en la discusión de problemas y pueden ser:

Lugares comunes de la vida ordinaria.

Principios de sentido común.

Fórmulas argumentativas.

Principios generales de derecho.

Normas positivas.

De acuerdo a este autor la perspectiva argumentativa de derecho consiste en el intercambio de razones y se expresa mediante la acción comunicativa de los sujetos, es un proceso retórico en que la tópica sirve como fuente de sus argumentos.

Señala en autor como función del consenso en la racionalidad de las decisiones jurídicas:

Selección de las premisas de los argumentos que pueden fundar las soluciones.
La decisión basada en una solución admisible y los argumentos que apoyan a ésta.
En la elección de las premisas es donde el consenso desempeña una función decisiva.
El consenso deberá estar en el punto de partida de la argumentación, respaldando los argumentos utilizables.

En toda argumentación se distinguen los siguientes elementos:

El ataque de los argumentos de la parte contraria.
La defensa de la propia postura a través de los argumentos.
La explicación de la tesis que sostiene y su justificación ante el auditorio.

Para VIEHEWEG, si fundamentar es necesariamente argumentar y contra argumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación.

La nueva retórica de Chaïm PERELMAN

El fundamento de la teoría de este autor es la vigencia que da a la retórica de ARISTÓTELES dando una concepción retórica al razonamiento jurídico y a partir de ahí los puntos principales de su teoría son los siguientes:

El objeto de su teoría es el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de los destinatarios del discurso a las tesis presentadas a su asentimiento.

Los elementos nucleares de la teoría de la argumentación de PERELMAN son la adhesión y la adaptación entre el orador y el auditorio a quien se pretende persuadir y por lo tanto influyen de manera recíproca.

En la argumentación es fundamental la referencia al auditorio que se trata de persuadir, distingue entre auditorio particular que es real y que pueden ser la asamblea, los jueces, un público en general y auditorio universal entendido como el que se dirige a todo ser de razón pero que es un concepto ideal por ser una construcción del orador, de tal forma que los argumentos que encuentran acuerdo

del auditorio universal son válidos, mientras que los que solo son aceptados por un auditorio particular solo son eficaces.

❖ Señala como presupuestos y elementos de la argumentación:

- a) El discurso
- b) El orador
- c) El auditorio.

❖ Distingue tres géneros oratorios:

- a) El deliberativo (ante la asamblea)
- b) El judicial (ante los jueces)
- c) El epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse).

El fin de la argumentación no solo es conseguir la adhesión del auditorio sino acrecentarla.

❖ Establece los tipos de argumentación:

- a) Ante un auditorio universal
- b) Ante un único oyente (diálogo)
- c) Deliberación con uno mismo.

Distingue entre persuadir y convencer, la primera vale para un auditorio particular la segunda es válida para todo ser de razón.

Para este autor la argumentación es un proceso de acción con la que se pretende obtener la adhesión del auditorio por medio del lenguaje y prescindiendo de la violencia física o psicológica.

❖ Al estudiar las premisas de la argumentación se distinguen tres aspectos:

- a) El acuerdo
- b) La elección
- c) La presentación de las premisas.

Señala como petición de principio que los valores universales son instrumentos de persuasión por excelencia, por ejemplo la justicia, la equidad, etc.

PERELMAN dedica una parte de su tratado a las técnicas de argumentación y distingue entre procedimientos de enlace aquellos esquemas que unen elementos distintos de un argumento y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda bien estructurados, o bien valorarlos; y procedimientos de disociación aquellas técnicas de ruptura cuyo objetivo es disociar, separar elementos considerandos componentes de un todo.

❖ Clasifica los argumentos de acuerdo a su fuerza en:

- a) Argumento eficaz
- b) Argumento válido
- c) Argumentos fuertes
- d) Argumentos débiles.

Para PERELMAN el razonamiento jurídico es la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no solo conforme con la Ley, sino también equitativa, razonable y aceptable.

La teoría informal de Stephen TOULMIN

Establece una nueva concepción de la lógica, la intención de Toulmin, consiste en oponerse a una tradición que arranca de ARISTÓTELES y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría.

Para él argumentar es el modo de comportamiento que constituye la práctica de las razones, razonar a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos. Razonamiento es la actividad central de presentar razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de que manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.

Para TOULMIN argumentación es la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas.

La teoría de este autor es una de las más prácticas en cuanto enseña como construir un argumento y se puede aplicar tanto en la motivación judicial como en la argumentación de los litigantes, porque señala que en un argumento se distinguen cuatro elementos: a) La pretensión, es el punto de partida como el punto del destino de nuestro proceder en la argumentación, b) Las razones, son motivos a favor de su pretensión que sean relevantes y suficientes, son los hechos específicos del caso, c) La garantía, son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de la experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión, y se pueden expresar mediante juicios hipotéticos mediante la fórmula "si...entonces..." la distinción entre razones y garantía es la misma entre enunciados de hecho y normas, d) El respaldo, puede expresarse en la forma de proposición categórica sobre hechos, muestra de que manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Son las normas, las tesis, los principios y garantías individuales.

En el modelo anterior existen además otros dos elementos de la argumentación, en el primero sirve para determinar la fuerza de los argumentos: a) Cualificadores Modales que expresan la mucha o poca fuerza de la conclusión y se expresan por medio de los conectores que indican el paso de las premisas a la conclusión y son: presumiblemente, plausiblemente, probablemente, y b) Condiciones de refutación, son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Ejemplo: el hijo que tiene derecho a la herencia de los padres, a menos de que no acredite su entroncamiento.

Distingue como tipos de argumentos: a) Argumentos substanciales, que es cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión, b) Argumentos analíticos, son aquellos en los que el respaldo para la garantía que autoriza el paso de las razones a la conclusión incluye explícita o implícitamente la información expresada en ésta.

Señala como tipos de falacias, cinco categorías diferentes, que corresponden a cada uno de los elementos de que se compone un argumento: a) De una falta de razones, b) De razones irrelevantes, c) De razones defectuosas, d) De suposiciones no garantizadas, e) De ambigüedades.

La teoría integradora de Neil McCORMICK

En la primera obra de McCORMICK *Legal Reasoning and legal theory* si bien es cierto hay algunos rasgos de la retórica en su teoría como por ejemplo cuando hace referencia al principio de universalidad; pero en la segunda obra relativa a la argumentación de este autor si encontramos que dedica particular importancia a la retórica, pues incluso del mismo título se aprecia: *Rethoric and the rule of law, a theory of legal reasoning*, y es interesante como destaca el filósofo el impacto de los argumentos retóricos de las partes en la decisión del juzgador.

Es sobre todo una teoría integradora de la argumentación jurídica, porque recoge elementos de otras teorías y las incorpora a su propio modelo.

Distingue el uso de la justificación deductiva para los casos fáciles y la argumentación jurídica para los casos difíciles.

Establece que al momento de resolver un caso se deben distinguir los problemas: a) Que afectan a la premisa normativa, y los denomina problemas de interpretación, que se presenta cuando la norma que se pretende aplicar al caso admite más de una interpretación; problemas de relevancia, que plantean una cuestión previa a la interpretación, esto es cuando no existe una norma aplicable al caso. b) Que afectan a la premisa fáctica, y que son problemas de prueba, que se refieren a establecer la premisa menor o a la premisa fáctica y problemas de calificación que se presentan cuando lo que se discute es si los hechos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto que establece la norma; esta

clasificación es importante porque antes de decidir un caso se debe determinar si la norma se aplica al hecho que se pretende resolver, o si los hechos encuadran en la norma que se pretende utilizar.

Señala que en la justificación en los casos difíciles es fundamental el requisito de universalidad, pues se exige que para justificar una decisión normativa se cuente al menos con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio; universalidad no es lo mismo que generalidad, que se refiere a que una norma puede ser más específica que otra, pero igualmente universal.

Distingue como principios para que una decisión sea racional: la consistencia y la coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas, es decir, no infringir el derecho vigente y ajustarse a la realidad en materia de pruebas, mientras que la decisión satisface el requisito de coherencia cuando la resolución es acorde con el resto de las normas y los principios del ordenamiento jurídico, además distingue los siguientes tipos de coherencia.

Coherencia normativa. Es cuando una norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables, seguridad, respeto a la vida, etc.

Coherencia narrativa. Suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe la prueba directa, por ejemplo las presunciones.

En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel importante en la solución de casos difíciles: a) Argumentos a partir de principios, b) Argumentos consecuencialistas que son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él.

En los argumentos consecuencialistas se debe distinguir entre: a) consecuencias de una acción y el resultado, b) Consecuencias conectadas causalmente, c) Consecuencias remotas.

Los argumentos consecuencialistas son hipotéticos pero no probabilistas y las consecuencias se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el bien común, la seguridad jurídica lo que conlleva a un utilitarismo ideal, o también estas preferencias valorativas son hasta cierto punto subjetivas.

El argumento consecuencialista consiste en evaluar las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra de las hipótesis rivales, es decir las posibles alternativas que tiene el decisor para determinar la regla, la premisa normativa que soluciona el caso, el criterio de evaluación es la aceptabilidad o no de las consecuencias que de su adopción derivan.

En su última obra MacCORMICK señala que en el Estado de Derecho la aplicación de la ley puede ser problemática debido a la aplicación de normas como a la interpretación de los hechos, por lo que busca conciliar la retórica y el Estado de Derecho para lograr una mayor seguridad jurídica.

Señala el autor escocés que el derecho es una disciplina en si misma argumentativa, en ocasiones hay personas que dominan el derecho pero no conocen la retórica, y otras veces los que saben de retórica no son expertos en derecho por lo que lo ideal sería una persona que dominara ambas disciplinas.

En su última obra MacCORMICK analiza las teorías retóricas como la tónica de VIEHEWEG y destaca su importancia en el Estado de Derecho; también se refiere a la teoría de PERELMAN y la gran importancia de la persuasión en la argumentación aunque reconoce la dificultad de establecer el concepto de auditorio universal; de igual manera se dedica a la obra de TOULMIN y su reinterpretación de la lógica formal así como su modelo de argumentación como proceso dialéctico.

Al final destaca el autor que en ocasiones los argumentos que son conclusivos y demostrativos no son persuasivos, por lo que propone una reconciliación entre éstos y como consecuencia lograr este ideal entre la retórica y el Estado de Derecho.

E) La teoría procedimental de Robert Alexy

Este autor es de los más importantes teóricos contemporáneos a partir de que en 1978 se publica su tesis doctoral Teoría de la Argumentación Jurídica y desde entonces hasta la fecha ha seguido publicando artículos sobre este tema, por lo que su teoría ha ido evolucionando.

Tiene gran influencia en ALEXY la teoría del discurso de HABERMAS, según el cual las cuestiones práctico-morales pueden decidirse racionalmente, mediante las reglas del uso del lenguaje.

Es una teoría procedimental que tiene diversas interpretaciones en cuanto al procedimiento hace referencia: a los individuos que participan en el mismo, a las exigencias que se imponen en el procedimiento, y a la peculiaridad en el proceso de decisión.

Su teoría de la argumentación jurídica se basa principalmente en 28 reglas fundamentales del discurso y se basa en los principios: a) De sinceridad, b) No contradicción de normas, c) De universalidad, d) Uso común del lenguaje.

Señala como reglas fundamentales del discurso en que tiene lugar la argumentación las siguientes: a) Ningún hablante puede contradecirse, b) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree, c) Todo hablante que

aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes. d) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Indica como reglas de razón o de fundamentación, que definen un ideal, las siguientes: a) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación, b) Quien pueda hablar debe tomar parte en el discurso, c) Todos pueden problematizar cualquier aserción, d) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, e) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades, f) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (b) y (c), mediante coerción interna o externa al discurso.

Establece como reglas sobre la carga de la argumentación las siguientes: a) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo, b) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello, c) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra argumentos, d) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación.

Las reglas sobre las formas de argumentos son las siguientes: a) Por referencia a una regla presupuesta como válida, b) Señalando las consecuencias de seguir el imperativo implicado, c) Reglas de prioridad que se aplican sobre otras bajo cualquier condición, d) Reglas de prioridad que tienen preferencia sobre otras bajo determinadas condiciones, e) Estructura de argumento regresiva, sirve de apoyo para otro argumento, l) Estructura de argumento aditiva, argumentos interdependientes entre si.

Reglas de la fundamentación son las siguientes: a) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas (que toma de HARE), b) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos, c) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Señala como reglas de transición las siguientes: a) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico), b) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje, c) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Una de las importantes tesis dentro de la teoría de Robert ALEXY es la tesis de la pretensión de corrección en la que se distinguen los siguientes elementos:

Los sujetos:

Formulación objetiva, pretensión personal de corrección,
Formulación subjetiva, pretensión oficial, jueces.

Los destinatarios:

Institucionales,

Legisladores-destinatarios de la ley,

El juez-partes del proceso,

Funcionario administrativo-sujeto,

No institucionales,

Todo aquel que participe en un sistema jurídico,

La formulación:

La afirmación de la corrección,

La garantía de la fundamentalidad,

La expectativa del reconocimiento de la corrección por parte de los destinatarios.

La tesis de la pretensión de corrección de Robert ALEXY entendida como un ideal regulativo al que debe aspirar toda resolución es una réplica a la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Ronald DWORKIN quien sostiene que en los casos difíciles siempre se va a llegar a una única solución.

Establece como reglas y formas de la justificación interna: a) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. b) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. c) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un M, hay que aducir una regla que decida la cuestión. d) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. e) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

ALEXY para demostrar la aplicación de la deducción en la justificación interna pone el siguiente ejemplo: Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor; quien mata alevosamente, comete un asesinato; quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente; quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión; X mató; Y mientras este último estaba dormido; a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

Señala las reglas y formas de la justificación externa, se refiere a la justificación de las premisas que pueden ser de tres tipos: a) Reglas de derecho positivo, b) Enunciados empíricos (presunción racional y carga de la prueba), c) Reformulación de normas por argumentación jurídica.

Uno de los principales puntos de interés en que se centra este autor alemán es la ponderación y consiste en determinar que caso de colisión de principios cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto, por ejemplo cuando al resolver un caso entrarán en conflicto el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Señala como la regla de oro para la ponderación: cuando mayor sea *el grado de lesión de un principio constitucional tanto mayor es la necesidad de satisfacer el principio en contrario*.

ALEXY señala como pasos de la ponderación:

1. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
2. En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Sobre este tema nos vamos a referir con mayor amplitud en el capítulo quinto.

F) La teoría de Manuel ATIENZA

Manuel ATIENZA que se ha dedicado al estudio de la argumentación jurídica en las últimas dos décadas propone un proyecto de una teoría de la argumentación jurídica y señala las siguientes etapas:

- Identificar el problema de acuerdo a la clasificación de McCormick y determinar si es de relevancia, de interpretación, de prueba o de calificación.
- Establecer si se debe el problema a insuficiencia de información.
- Construir una hipótesis que dé solución al problema.
- Justificar la hipótesis por medio de argumentos por analogía, a pari, a fortiori, reducción al absurdo, etc.
- Al final se debe pasar de las premisas a la conclusión.

Señala las funciones de la teoría de la argumentación jurídica, como: a) De carácter teórico o cognoscitivo a otras ciencias (Filosóficos), b) De naturaleza práctica o técnica (Producir, interpretar, aplicar el derecho, la enseñanza del derecho, razonar como jurista), c) De naturaleza político moral (Que tipo de ideología).

Distingue entre casos: a) Fáciles, b) Difíciles, y c) Trágicos a los que define como aquellos en los que no cabe encontrar solución sin que se sacrifique algún elemento esencial de un valor fundamental-dilema.

Distingue como concepciones de la argumentación: a) formal, relativa a la argumentación lógica, b) material que se refiere a las premisas y razones que se utilizan en los argumentos y c) pragmática que a su vez divide en retórica y se ocupa de las técnicas para convencer y dialéctica que se dedica al debate argumentativo entre dos o más participantes.

G) La teoría de Aulis AARNIO

Las ideas generales son: Su obra Filosófica es neorealista o neoempirista, su objeto de estudio en torno a la argumentación jurídica es: La interpretación jurídica, el razonamiento de la dogmática jurídica, influye en él la filosofía lingüística de WITTGENSTEIN, HABERMAS Y ALEXANDER.

Los conceptos fundamentales de la teoría de Aulis AARNIO son: la racionalidad, que depende de las fuentes del derecho que se utilizan, fuente es toda razón que de acuerdo a reglas aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación en una decisión jurídica (predecibilidad), ausencia de arbitrariedad, la razonabilidad, es relativa al acervo axiológico del auditorio, los valores del auditorio son criterios que miden la validez y condicionan la aceptabilidad, la aceptabilidad racional, es cuando la comunidad jurídica comparte un mismo código valorativo.

El consenso es posible si se dan las siguientes condiciones: a) El uso de un lenguaje común, b) La posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo, c) El compartir un número o serie suficiente de valores, d) El empleo de un discurso racional.

AARNIO señala como origen o tipos de desacuerdo entre la persona y el auditorio los siguientes: Técnico, lingüístico, material cognitivo y axiológico, y pueden ser:

- Vaguedad,
- Falta de claridad,
- Apertura no específica,
- Ambigüedad semántica o sintáctica,
- Apertura valorativa,
- Conflictos normativos (antinomias),
- Lagunas del derecho.

Establece como requisitos para la aceptabilidad racional los siguientes: a) Lenguaje común, b) Mismas bases cognitivas, c) Coincidencia de códigos

valorativos, d) Formas de vida y parecidos de familia,(concepto que toma de WITTGESTEIN), e) Principio regulativo del razonamiento jurídico que enuncia: trata de alcanzar una solución y justificación tales para casos difíciles que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente pueden aceptar, Comunidad jurídica: son todos los individuos que tienen interés en formar parte en el discurso sobre las posibles alternativas de solución e interpretación, g) Auditorio real depende de: Ejercicio de poder y Presión y coacción.

Para AARNIO hay juicios y valores que intervienen en el razonamiento jurídico como los siguientes:

- Los valores morales forman parte de la justificación jurídica.
- La aceptabilidad depende del acervo axiológico del auditorio al que va dirigida.
- La justificación última de valores no es racional.
- La coherencia en el razonamiento jurídico depende:
 - Mayor número de enunciados.
 - Mayor longitud de cadenas de razón.
 - Enunciados fuertes
 - Mayor uso de enunciados universales.
 - Interconexiones conceptuales entre teorías.
 - Mayor número de ámbitos de vida.

H) La teoría garantista de Luigi FERRAJOLI

La teoría garantista de FERRAJOLI ha tenido gran aceptación tanto en Europa como en América Latina tanto que se habla de una política garantista como actualmente ha influido en México en la reforma al procedimiento penal, cuando se pretende reformar algunas leyes; este autor utiliza el término garantismo bajo tres acepciones: en la primera designa un modelo normativo de derecho (el modelo del Estado de Derecho), en la segunda es la teoría jurídica y en la tercera es una filosofía política, en la que funde al Estado y la protección de los derechos.

De acuerdo al modelo de FERRAJOLI para la motivación de los hechos en la sentencia penal, el juzgador se puede valer de tres silogismos: a) Inducción, b) Deducción, c) Disposición, y propone el siguiente ejemplo:

- Conclusión del primer silogismo, fulano ha causado la muerte de mengano. (Tesis asertiva y fáctica, verdad procesada).
- Conclusión del segundo silogismo, Fulano ha cometido un homicidio. (Subsumir en un precepto legal).
- Conclusión del tercer silogismo, se impone a fulano la pena de tantos años de cárcel. (Norma singular del caso concreto).

l) Teoría pragma-dialéctica de EEMEREN Y GR00TENDORST

Estos autores describen la argumentación como un acto de habla complejo cuyo propósito es contribuir a la resolución de una diferencia de opinión o una disputa.

El aspecto dialéctico de su teoría consiste en que hay dos partes que intentan resolver una diferencia de opinión mediante el intercambio metódico de pasos en una discusión.

El aspecto pragmático está representado por la descripción de los pasos de la discusión como acto del habla.

Lo interesante de la teoría de estos autores holandeses es que se ocupan de la argumentación que se da en la vida diaria para mejorar la argumentación y sobre todo resolver una disputa para lo cual proponen métodos y técnicas para analizar y evaluar la estructura y fuerza de los argumentos, así como reglas y estrategias para el debate argumentativo.

Una vez señaladas las principales características de las teorías de los autores antes mencionados, veremos, ¿Qué se puede rescatar de las teorías de argumentación jurídica en el razonamiento práctico como es la motivación de una sentencia?, a continuación vamos a demostrar que la argumentación jurídica no queda solo en el ámbito teórico y que se pueden aplicar al razonamiento judicial.

De teoría de VIEHEWEG se puede rescatar la utilidad de los tópicos o lugares comunes como punto de partida de la argumentación, pues nos sirven para iniciar con un acuerdo ya que si se enuncia un principio o una regla universalmente aceptada por la mayoría es más fácil construir la argumentación, y así por ejemplo puede ser el inicio de un considerando de una sentencia o el comienzo de una conferencia ante un público al que no se conoce completamente y pudiera diferir del punto de vista del orador.

De la teoría de PERLMAN se puede utilizar la finalidad de su nueva retórica en el interés de convencer, en este caso el juez debe convencer con la motivación de la sentencia a las partes, además para lograr el convencimiento el lenguaje es el instrumento para lograrlo, asimismo se pueden emplear principios universales como medios de persuasión tales como la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica.

La teoría de TOULMIN perfectamente puede aplicarse en la presentación y elaboración de los argumentos pues sus cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo sirven de guía, pues la pretensión es la tesis que se pretende demostrar, las razones son las pruebas y hechos que demuestran la pretensión, la garantía son los argumentos con los que se subsumen los hechos en

la norma y el respaldo son las normas, principios, doctrina y jurisprudencia que da soporte al argumento sostenido.

De MacCORMICK y su teoría se puede aprovechar la clasificación que hace de los problemas la cual es importante porque una vez que en un caso se delimita el tipo de problema será más fácil resolverlo, también es interesante razonar a partir de argumentos consecuencialistas y argumentos a partir de principios, pues permite proyectar a futuro las consecuencias si se toma una u otra solución en un caso a resolver; esto es una resolución se encuentra racionalmente argumentada cuando respecta los principios de consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo.

La teoría de la argumentación jurídica de ALEXY permite aplicar algunas de sus reglas en el razonamiento práctico y por supuesto en la motivación de una sentencia judicial, porque si su teoría se basa en las reglas del discurso y el uso del lenguaje, y la motivación de una sentencia es en base a premisas y proposiciones normativas entonces, se puede aplicar perfectamente sus reglas; por otro lado su teoría sobre la ponderación para resolver principios en conflicto también se puede aplicar al dictar una sentencia en donde precisamente se pueden encontrar en un caso de colisión de los principios alegados por las partes en conflicto.

La teoría de la argumentación de Manuel ATIENZA aún no se encuentra acabada pues como el mismo lo refiere en el prólogo a la edición peruana de su obra *Las Razones del Derecho* pretende completar su teoría indicando un aspecto normativo que indique como analizar, evaluar y construir argumentos, porque en sus trabajos anteriores ya se a dedicado a describir y criticar las teorías de la argumentación y a sus aspectos conceptuales, por lo pronto nos parece rescatable su técnica para analizar argumentos y su representación por medio de un diagrama de flechas y figuras geométricas que permiten ver la estructura argumentativa de los tramos de razonamiento de una sentencia a fin de determinar sus errores o la falta de respaldo.

Por su parte de la teoría de Aulis AARNIO nos parece que para la labor que realizan los jueces son muy importantes los conceptos de razonabilidad y aceptabilidad pues determinan el grado de adaptación que el discurso tiene que hacer con relación al auditorio a quien se dirige, es decir, que una justificación sea aceptable va a depender de que entre quien realiza la argumentación y quienes las reciben (las partes en un juicio, los abogados, tribunales de segunda instancia) compartan los mismos valores y principios jurídicos, es decir participen de un mismo lenguaje jurídico.

La teoría Praga-dialéctica de EEMEREN y GROOTENDORST es muy interesante por gran aplicación práctica tanto para los jueces como para los abogados, su metodología para analizar y evaluar argumentos permite mejorar la argumentación, como también su propuesta de estructuras argumentativas es muy útil para representar los argumentos, sin olvidar las sugerencias para elaborar el discurso

oral que tiene perfecta aplicación para presentar por ejemplo, los alegatos de clausura en los procesos penales en donde se privilegie la oralidad.

J) Teoría de la interpretación jurídica de ALF ROSS.

- Doctrina y teoría del método.

La pregunta inicial de Ross, en referencia a la interpretación, es la siguiente: ¿pueden los enunciados referentes a la interpretación ser considerados como aserciones análogas a las aserciones acerca de lo que es el "derecho vigente"? Si lo anterior es verdad, entonces esos enunciados han de ser entendidos como predicciones a las cuales los tribunales se sumarán a ella cuando la regla citada sea adoptada como base para la decisión de un caso específico. Por lo tanto, una predicción de esta naturaleza con respecto a la interpretación puede ser equiparada a pronunciamientos sobre el derecho vigente. Las predicciones nos dicen cómo la regla será aplicada por los tribunales.

Ante lo anterior, Ross define dos ámbitos metodológicos: a) el practicado por los tribunales y b) la interpretación. En el primero de los casos señalados se trata de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular: a esta actividad Ross la define como método jurídico. En el segundo caso, es decir, en la aplicación del derecho formulado (derecho legislado) la denomina interpretación.

Dada la imposibilidad de enumerar el proceso del método jurídico lo único posible es alcanzar, según Ross, un estilo de método o de interpretación, por lo tanto, el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación vigente es muy bajo. Sin embargo, toda interpretación que se deje guiar por el espíritu o modelo que es "vigente" en (y para) los tribunales tiene la posibilidad de ser atendida por estos. Cuanto más cerca esté la interpretación del abogado de este modelo "vigente" mayor será la predicibilidad de la aplicación del derecho por parte de los tribunales.

Ahora bien, y a pesar de no poderse enumerar el proceso del método jurídico, Ross plantea que el estudio del método debe ser dividido en dos partes, a saber, una doctrinaria y una teoría general. La parte doctrinaria deberá investigar el método que siguen los tribunales específicos. Por su parte, la teoría general del método deberá: 1) explicar ciertas presuposiciones tácticas de los problemas de los métodos y, 2) subsumir y caracterizar, desarrollando una tipología general, la variedad de estilos de método e interpretación que de hecho se presentan.

El Método deberá ser desarrollado a la luz de los grandes modelos jurídicos dado que ellos caracterizarán al método. Así, en el sistema inglés los precedentes son la fuente predominante del derecho, mientras que la legislación es la fuente predominante en otros modelos legales. En el primer

caso, los precedentes son el paradigma del razonamiento jurídico que se expresa en el "razonamiento por vía de ejemplos". Las técnicas de argumentación en este modelo son aquellas que permiten mostrar los parecidos y las diferencias que presentan los casos y, por otra parte, sostener que las diferencias son o no relevantes. En el segundo caso, en donde la legislación es la fuente predominante, el método se caracteriza por interpretar un texto dotado de autoridad. La técnica de argumentación en este modelo se caracteriza por establecer la relación de pertinencia o impertinencia entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación, entonces, se encamina a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos presentados están comprendidos o no dentro de la ley.

- El fundamento semántico

La interpretación, en los sistemas legales en donde la legislación es la fuente predominante, comienza con una fórmula lingüística. A partir de esta premisa, Ross caracteriza al lenguaje en general demostrando que las palabras individuales carecen de significado independiente, sino que el mismo es abstraído de las expresiones en las que aparecen. Es el contexto el que aportará la referencia de la palabra usada en el caso particular o la función (no la forma) lo que determinará el uso lingüístico. Por lo tanto, el significado de las palabras es vago y su campo de referencia es indefinido. Este campo de referencias vago consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas. Las palabras, dice Ross, no tienen un campo de referencia único, sino varios, y cada uno de ellos se presenta en la forma de una zona central a la que se le añade un círculo de incertidumbre.

Ross lo resume de la siguiente manera:

1. El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido.
2. La mayor parte de las palabras son ambiguas.
3. El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte de una determinada expresión.
4. El significado de una expresión —y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma— se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión --expresión, contexto, situación— en que la palabra aparece.

A la actividad encaminada a exponer el significado de una expresión se denomina interpretación. Esta actividad se presenta, según Ross, de dos

formas, a las que define como interpretación por significado e interpretación por referencia. La primera consiste en que el significado de la expresión sea definido más claramente por medio de la descripción formulada en palabras diferentes tratando de que el significado sea menos vago. Por ejemplo, ante la proposición HO, describir que H significa hidrógeno y que O significa Oxígeno. La segunda consiste en establecer si un conjunto de hechos constituye o no una referencia que corresponde a la expresión del texto.

Sobre las modalidades de la interpretación, Ross discute acerca de las llamadas interpretación subjetiva e interpretación objetiva. La primera modalidad, la interpretación subjetiva, se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, se busca la idea que inspiró al autor y que él quiso comunicar. La segunda modalidad, la interpretación objetiva, se dirige a establecer el significado comunicado, el que está en la comunicación como tal.

Las objeciones de Ross a estas modalidades de la interpretación son las siguientes:

1. La distinción entre lo que se quiere decir (intención) y lo que se dice (comunicación) es insostenible. La intención es un fenómeno de conciencia interno del autor y, por lo tanto, es inaccesible. Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado objetivo preciso. La comprensión en demasía varía de acuerdo a los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.

2. La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva radica realmente, según Ross, en los datos que se toman en cuenta al interpretar. Así, en la interpretación subjetiva se toman en cuenta no sólo el nivel lingüístico, sino otros datos relevantes para descubrir la intención del autor: el contexto y la situación. Esto es, se recuperan las opiniones políticas y filosóficas de autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió. La interpretación objetiva, por su parte, interpreta la comunicación desde los datos que son discernibles por el destinatario, y lo discernible es solamente, en primera instancia, el nivel lingüístico. En segunda instancia, esta interpretación puede llegar a ser una construcción ideal en conflicto directo con la intención del autor. La interpretación objetiva se caracteriza, según Ross, por ser valorativa y creativa y se coloca más allá de los límites de una interpretación genuina.

- Problemas de interpretación.

1. Sintácticos.

El significado de una expresión, afirma Ross, está condicionado por el orden de las palabras dentro de la oración y de las relaciones que establecen al conectarse. Si las palabras no tienen una referencia exacta, mucho menos las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función dentro de la oración que permita determinar el significado. Esta ausencia de reglas fijas no puede impedir que haya

una sólo interpretación que arroje un significado razonable de la ley.

II. Lógicos.

Ross define a los problemas lógicos de interpretación como aquellos que se presentan en las relaciones de una expresión con otra expresión dentro de un contexto determinado, es decir, entre una proposición legal y otra.

✓ Inconsistencia.

La inconsistencia entre dos normas existe cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. Ross califica a la inconsistencia en tres grados, a saber:

1. Inconsistencia total-total.

Se produce cuando ninguna de las dos normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin oponerse a la otra. Las dos normas se oponen frontalmente.

2. Inconsistencia total-parcial.

Se produce cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Sin embargo, la segunda norma tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. La segunda norma engloba a la primera.

3. Inconsistencia parcial-parcial.

Se produce cuando una de las normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra pero también tiene un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos.

✓ Redundancia.

La redundancia, para Ross, se produce cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. Es decir, las dos normas previenen la misma conducta.

✓ Presitposiciones.

Se produce cuando la ley presupone la existencia de hechos o de derechos inexistentes. A las primeras Ross las califica como falsas presuposiciones lácticas y a las segundas falsas presuposiciones jurídicas.

1. Falsas presuposiciones fácticas.

Se produce cuando la ley califica de veneno a una sustancia inocua, o cuando prohíbe la navegación en un área, ahora desértica, etc. Es decir, cuando el referente que aduce la ley es inexistente.

2. Falsas presuposiciones jurídicas.

Se produce cuando la ley se refiere a otra ley inexistente, o no vigente o sobre el contenido de una ley que es incorrecto.

Para Ross no hay principios fijos que permitan resolver el conflicto de normas, sino que se debe hacer valer una valoración en la que las leyes en conflicto estén de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular o con los objetivos sociales supuestos.

III. Semánticos.

Los problemas semánticos de interpretación, en un sentido restringido, son definidos por Ross, como aquellos que se refieren al significado de las palabras aisladamente o de las frases. Las palabras, como las definió Ross anteriormente, son ambiguas, su significado es vago y su referente es indefinido. Por lo tanto, la interpretación semántica no puede partir de establecer el significado de las palabras individuales y así llegar al significado de la expresión por la suma de los significados Parciales. Esta interpretación semántica deberá partir de la expresión como un todo con su contexto y el significado de las palabras individuales deberá ser abordado desde su unidad con el contexto.

✓ Interpretación y administración de justicia.

Ross describe una concepción muy común acerca de los jueces: su tarea es mecánica, él mismo es un autómatas y su tarea consiste en comprender el significado de la ley y comparar la descripción de los hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir. Ross afirma que esta concepción no se asemeja en nada a la realidad. Por el contrario, el juez es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que considera correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Y acertadamente abunda Ross: "Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes wandars o valoraciones que hemos denominado tradición cultural. Bajo el nombre de conciencia jurídica material esta tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho. (...) Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad".

Por lo tanto, para Ross, la administración de justicia es la resultante de la relación de fuerzas puestas en juego tales como la conciencia jurídica Formal (obediencia a la ley) y la conciencia jurídica material (tradición cultural).

✓ Los factores pragmáticos en la interpretación.

Ross propone la denominación de interpretación pragmática en lugar de interpretación teleológica dado que *telos* no designa el propósito aislado de la ley sino que debe entenderse como todas las consideraciones admisibles. Interpretación pragmática, por su parte, es la integración de una multiplicidad de valoraciones (sentido común, lo razonable, etc.), en donde el propósito de la ley solamente indica una consideración única dentro de esta multiplicidad.

La interpretación pragmática es catalogada y definida por Ross de acuerdo al resultado de la interpretación en relación con los significados lingüísticos naturales, y la divide en especificadora, restrictiva y extensiva.

1. Interpretación especificadora.

Es aquella que tiene lugar cuando se debe elegir entre varias interpretaciones posibles, todas ellas válidas y razonables dentro de los posibles significados naturales atribuidos a las palabras de manera individual. Estas se producen por dudas interpretativas de naturaleza sintáctica, lógica o semántica.

2. Interpretación restrictiva.

Es aquella que tiene lugar cuando las consideraciones pragmáticas excluyen la aplicación de una regla que según el sentido lingüístico natural sería aplicable.

3. Interpretación extensiva (o por analogía).

Es aquella que tiene lugar cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del sentido lingüístico natural, se encuentran claramente fuera de su campo de referencia, pero son aplicables analógicamente.

✓ Los factores pragmáticos y la técnica de argumentación.

Ross afirma que rara vez los jueces aceptan su papel creador en la administración de justicia al definir con más precisión o enmendar la directiva de una ley. La hipótesis de Ross es que los jueces no admiten que su interpretación tiene el carácter constructivo, por lo que mediante la técnica de la argumentación jurídica presentan su decisión como algo objetivo y que su decisión se encuentra comprendida en el significado de la ley o en la intención del legislador. Este argumento les permite demostrar que la administración de justicia solo está determinada por la obediencia al derecho regido por la comprensión racional del significado de la ley o la voluntad del legislador. Una vez que el juez tiene una determinada convicción la expresa en una decisión.

Esta decisión es la construcción de "una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido".

Para construir esta justificación el juez recurre a diferentes técnicas de argumentación, es decir, aduce razones construyendo justificaciones a su decisión, tales como: la interpretación especificadora, restrictiva o por extensión, o argumentos por analogía y argumentos a contrario, la supuesta intención del legislador o simplemente presumiendo que éste tiene que haber querido lo que es deseable por el juez en el momento de justificar la decisión, etc. Ross afirma que el secreto de esta técnica consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación o argumentación debe usarse. Sin embargo, Ross aventura una posible línea de trabajo al decir que en cierta medida la elección puede ser motivada por los datos de la interpretación. Los mismos datos de la interpretación requieren de ciertos argumentos que la hagan posible y evidente, en oposición de otros que no hacen posible ni evidente dicha interpretación. Más allá de esta posibilidad no hay criterios externos que indiquen cuándo se debe recurrir a una u otra técnica de argumentación

K) La teoría de la argumentación jurídica de RONALD DWORKIN.

La teoría del derecho de Dworkin; parte de una premisa fundamental: la definición, personal, del concepto "Derecho". Dworkin define al derecho como un concepto interpretativo. Si esto es así, la validez de una u otra posición con respecto al concepto de Derecho dependerá de la consistencia de la argumentación que se desarrolle con respecto a cada una de las posiciones que se defienden. Esta premisa le permite a Dworkin afirmar que "las cortes son las capitales del imperio de la justicia (el derecho) y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas".

Por lo tanto, las teorías generales del derecho, afirma Dworkin, no son más que interpretaciones generales de la práctica judicial y reivindica su posición de que el Derecho debe ser entendido como integridad dado que este concepto une la jurisprudencia y la adjudicación permitiendo que el contenido del derecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes, sino que permite que el Derecho dependa de interpretaciones más refinadas y concretas de la práctica legal que está interpretando. La pregunta a resolver es qué interpretación hace posible que los antecedentes legales de la comunidad sean mejores desde el punto de vista de la moralidad política, dado que el único bien es el de la comunidad.

¿Qué es el derecho, entonces, en última instancia? Dworkin afirma que es la actitud lo que lo define y no el territorio, el poder o el proceso. Estas actitudes que definen al Derecho son, para Dworkin:

1. Una actitud interpretativa.
2. Una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable por imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuevas circunstancias. Lo

anterior, aunado a la suposición reguladora de que a pesar de que los jueces deben tener la última palabra, su palabra no es por ello la mejor, lo que confirma el carácter protestante del derecho y permite reconocer el rol creativo de las decisiones particulares.

3. Una actitud constructiva dado que su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado.

4. Es, por último, una actitud fraternal, es decir, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones.

Resumiendo lo anterior, dice Dworkin: "Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener".

Ahora bien, lo que importa del derecho es la forma en la que los jueces deciden los casos dado que en ellos va en juego la vida y el patrimonio de las personas. En la decisión judicial está en juego, por un lado, lo que los jueces creen que es el derecho y cuando no están de acuerdo es importante saber qué tipo de desacuerdo tienen y, por otro lado, los juicios plantean tres tipos de problemas: problemas de hechos, problemas de derecho y problemas entrelazados de moralidad y fidelidad política que las partes debaten. Ante estos problemas de desacuerdo que se establecen entre las partes procesales (abogados, fiscales y jueces) en la interpretación de los problemas antes mencionados Dworkin los denomina "desacuerdo teóricos". Ahora bien, ante el desacuerdo, en un sentido trivial, dice Dworkin, los jueces crean una nueva ley cada vez que deciden un caso importante.

Frente a estos problemas, se afirma, por una parte, que los mismos se resuelven ante el concepto del hecho evidente. El hecho evidente resuelve todos los problemas ya que se presenta de manera obvia y se decide de manera obvia. Por otra parte, se afirma que el derecho es intuitivo más que explícito por ello juzgar es un arte y no una ciencia, que el buen juez mezcla analogía, habilidad, sabiduría política y el sentido de su rol en una decisión intuitiva, que "comprende" mejor el derecho de lo que puede explicarlo.

A estas posiciones teóricas, románticas, Dworkin las refuta argumentando que el punto de vista de la habilidad resulta insatisfactorio, le falta estructura y se contenta demasiado, dice, con los misterios de los que goza como para contar como cualquier teoría desarrollada sobre qué trata el argumento legal. La propuesta de Dworkin, frente a las inconsistencias románticas con respecto a la controversia del derecho, es la siguiente: "Necesitamos disciplinar la idea del derecho como una habilidad, para ver cómo la estructura del instinto judicial es diferente de otras convicciones que la gente tiene sobre el gobierno y la justicia. (...) La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales,

es argumentativa. Cada actor en la práctica comprende que aquello que ésta permite o requiere depende de la verdad de ciertas propuestas que tienen sentido sólo dentro de la práctica y por ella; la práctica consiste en gran parte en desplegar y argumentar sobre estas propuestas. (...) Las teorías que ignoran la estructura del argumento legal por cuestiones supuestamente mayores de historia y sociedad son por consiguiente perversas. Ignoran preguntas acerca del carácter interno del argumento legal, de modo que sus explicaciones son pobres y defectuosas".

La perspectiva que reivindica Dworkin, entonces, es la perspectiva interna del derecho, esto es, la perspectiva de los participantes para así poder captar el carácter eminentemente argumentativo de la práctica legal.

❖ *Reglas y principios.*

Para Dworkin las reglas son normas específicas que fueron elaboradas pensando en su aplicación tales como las reglas de elaboración de un testamento. Los principios, por su parte, son definidos por Dworkin como las directivas jurídicas, esto es, la dignidad humana, etc., y siempre están expuestos a la interpretación. Ambas tienen una validez deóntica que se expresa en mandatos como las prohibiciones y las permisiones. Lo interesante de la teoría deóntica radica en que ambos, reglas y principios no tienen fines teleológicos por lo que se desprecia la ponderación de bienes tan habitual en la metodología de argumentación y se reivindica el valor deóntico de ambas. Así, tanto las reglas como los principios sirven para la argumentación pero se diferencian por el papel lógico que desarrollan una y otra. Las reglas siempre presentan un componente condicional en su argumento lógico referido a las condiciones de su aplicación, mientras que los principios se presentan de manera indeterminada en relación con las condiciones de aplicación.

❖ *La interpretación constructiva.*

Para Dworkin, la interpretación como actividad es, al mismo tiempo, una interpretación. La comunidad utiliza un concepto de interpretación y este concepto es una interpretación de ellos. Por ello, una teoría de la interpretación es una interpretación de una práctica determinada. Lo anterior nos lleva a relacionarlo con el concepto de derecho de Dworkin: el derecho es un concepto interpretativo. Si el derecho es un concepto interpretativo, cualquier jurisprudencia digna de tomarse en cuenta debe ser construida sobre un punto de vista (una concepción) de lo que es la interpretación.

De lo anterior se deriva la concepción de Dworkin sobre la interpretación; a esta la llama interpretación creativa o constructiva y la asocia a la interpretación artística: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta a ellas, y ambas se ocupan esencialmente de los propósitos y no de las causas.

El objetivo manifiesto de la interpretación creativa es descifrar las intenciones o propósitos de los autores al escribir una novela en particular o al mantener una tradición social en particular, al igual que en una conversación intentamos captar las intenciones del amigo que nos está hablando. Sin embargo, Dworkin propone otra definición al respecto: la interpretación creativa no es una de conversación sino de construcción. (Y esta idea de construcción es el punto nodal de su teoría de la interpretación.) Se trata, como va dijimos, de interesarnos por los propósitos y no por las causas.

Los propósitos que están en juego no son fundamentalmente aquellos del autor sino los del intérprete. Aquí es en donde radica sustancialmente la idea de construcción en Dworkin: la interpretación constructiva es adjudicar, imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece. Desde esta perspectiva, el intérprete propone un valor para el objeto (texto, práctica social, etc.) al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicho objeto puede servir, expresar o ejemplificar. De lo anterior se deriva que la descripción constructiva de la interpretación creativa puede proporcionar una descripción más general de todas las formas de interpretación y que cada interpretación lucha por hacer del objeto lo mejor que este puede ser.

Por lo afirmado anteriormente, Dworkin rechaza la tesis de que el objetivo de la interpretación creativa es descubrir alguna intención histórica real, sin embargo, el concepto de intención proporciona la estructura formal para todos los reclamos interpretativos dado que toda interpretación es el informe de un propósito: propone una manera de ver aquello que se está interpretando.

❖ *Las etapas de la interpretación.*

El derecho es una práctica social, ha dicho Dworkin, por lo que las tres etapas que propone requieren, fundamentalmente, de distintos grados de consenso dentro de una comunidad para que florezca una actitud interpretativa.

Primera etapa: Preinterpretativa.

En ella se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. Es decir, se identifica y se distingue el objeto a interpretar como novela, cuadro, texto legal, etc. Este identificar y distinguir es ya una tarea de interpretación dado que se ponen en juego paradigmas interpretativos: ¿cuántas páginas debe tener un cuento para ser un cuento largo y no una novela corta?

Segunda etapa: Interpretativa.

En ella el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esta tarea constituye un debate en el que el intérprete justifica sus decisiones sobre la

práctica en cuestión y no inventando una nueva Dworkin también la denomina como reformadora. En esta etapa, el intérprete ajusta su concepción sobre qué necesita en realidad la práctica interpretada para adecuarse mejor a la justificación desarrollada en la etapa interpretativa.

Estas tres etapas deben estar permeadas y acotadas por un inventario de convicciones, creencias y suposiciones que se necesitan para interpretar algo. Dworkin las define de la siguiente manera: el intérprete necesita "suposiciones o convicciones sobre qué es lo que cuenta como parte de la práctica para definir los datos sin elaborar de su interpretación en la etapa interpretativa; la actitud interpretativa no puede sobrevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan, por lo menos en forma somera, las mismas suposiciones sobre esto. El intérprete también necesita convicciones en la medida en que la justificación que propone en la etapa interpretativa debe adaptarse a las características permanentes de la práctica para que sea una interpretación de la misma en lugar de la invención de algo nuevo. (...) Por último, necesitaremos convicciones más positivas sobre qué tipos de justificación mostrarían la práctica en su mejor perspectiva. Con base en la premisa fundadora de Dworkin de que el derecho es un concepto interpretativo se abre una enorme perspectiva de abordarlo. Sin embargo, Dworkin acota esta amplia perspectiva que se presenta como diferencias al afirmar que existe una variedad de fuerzas que mitigan estas diferencias y conspiran hacia la convergencia. Estas fuerzas son los paradigmas de derecho que toda comunidad posee, son proposiciones que en la práctica no pueden objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia. Otro paradigma que favorece la convergencia es el paradigma legal. Las propuestas de ley, los códigos, se presentan como verdadero: una interpretación que negara lo anterior sería, por esa razón, muy sospechosa.

El derecho fracasaría, abunda Dworkin, si las distintas teorías interpretativas puestas en juego en la Corte o en el aula fueran demasiado diferentes. Ciertas interpretaciones son muy populares en una época determinada y estas interpretaciones constituyen los paradigmas y los cuasi-paradigmas de una época determinada pero, al mismo tiempo, existen otras interpretaciones debatidas y controvertidas. Por ello, el derecho solo puede florecer en una comunidad como una empresa interpretativa en la medida en que exista acuerdo inicial y suficiente sobre cuáles son las prácticas legales, de modo que los abogados discutan sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea. Sin embargo, el acuerdo preinterpretativo necesario es, en cierta forma, contingente y local.

❖ *El concepto de integridad.*

El concepto de integridad en Dworkin es fundamental en la medida en que éste se presenta como el paradigma que sustenta su concepción del derecho como concepto interpretativo. Así, el principio de integridad se establece en dos niveles, la integridad política y la integridad en el derecho.

La integridad política se presenta en dos principios: 1) el principio legislativo, que solicita que los legisladores procuren que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral y 2) el principio adjudicativo, que solicita que se considere al derecho de manera coherente.

Este segundo principio define una concepción del derecho. Esta concepción del derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos dado que los reclamos legales (demandas, por ejemplo) son en realidad juicios interpretativos, es decir, interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. Desde esta perspectiva del derecho como integridad, Dworkin niega, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces "encuentran" o "inventan" la ley. De lo que se trata realmente es de entender que el razonamiento legal solo se puede entender si entendemos el sentido en el que se hacen ambas cosas y ninguna. El derecho como integridad es inexorablemente interpretativo dado que es, a un mismo tiempo, el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal.

El principio de integridad no se sustenta en la coherencia histórica de los principios (vertical), por el contrario, se sustenta en una coherencia horizontal de los principios. El derecho como integridad parte del presente y puede continuar en el pasado solo y solo si lo requiere su foco de atención, dado que su objetivo no es recapturar los ideales y propósitos primigenios, sino que su objetivo es justificar su decisión a la luz de los reclamos (interpretativos) en juicio.

Esta integridad del derecho se manifiesta en una cadena que se podría llamar una novela en cadena escrita por varios autores en donde cada capítulo es una interpretación realizada ya sea por el juez o los abogados. Dworkin afirma que es muy difícil trazar una línea que distinga claramente entre la etapa en la que un novelista en cadena (juez, abogado, etc.) interpreta el texto que ha recibido y la etapa en la cual agrega su propio capítulo, guiado por la interpretación que ha elegido. Puede empezar a escribir y descubrir que su interpretación es radicalmente diferente, o puede resultarle imposible apartarse de ella. De todas maneras siempre regresará al texto heredado (interpretación anterior) como paradigma de corrección de su propio capítulo (interpretación). En resumidas cuentas, para Dworkin, una controversia jurídica debe resolverse, *prima facie*, en la forma que establece la ley. Si la propuesta de ley es ambigua semánticamente, entonces, se debe resolver tomando en cuenta la intención de la ley. Así mismo, la decisión judicial debe tomar en cuenta el principio de equidad: ante casos similares se deben dar decisiones similares. Este principio de equidad, según Dworkin, no deriva del derecho positivo sino hasta que es aplicado al caso concreto. Es decir, las reglas del derecho positivo que expresan este principio constituyen la justificación última de la decisión judicial.

El punto de partida de Aarnio es la diferenciación entre casos rutinarios y casos difíciles. En los primeros la interpretación de la ley es clara, en el segundo caso la propuesta de ley no alcanza a resolver el hecho por ausencia, ambigüedad semántica y otros problemas, por lo que la interpretación de la ley con respecto al hecho se vuelve controvertida. Lo anterior deriva en el dilema del juez del cual se espera que se adhiera lo más posible a la certeza jurídica. De este concepto se deriva la teoría de la argumentación jurídica de Aarnio.

El concepto de certeza jurídica se puede entender en dos sentidos: *sensu stricto* y *sensu lato*. En el primer sentido, se entiende como el derecho que tiene todo ciudadano de esperar protección jurídica, es decir, el tribunal tiene la obligación jurídica de dar una respuesta cuando el ciudadano solicita protección jurídica. En el segundo sentido, *sensu lato*, la certeza jurídica se expresa en dos exigencias: a) que se evite la arbitrariedad y b) que la decisión sea "correcta".

Por lo tanto, toda decisión genuinamente jurídica debe estar en concordancia con el derecho vigente, pero muchas veces el derecho vigente no da respuestas a hechos concretos por lo que el contenido de la ley depende de la interpretación y ésta, a su vez, requiere que se tome en cuenta normas no jurídicas (principios generales del derecho, por ejemplo) exigiendo, así, que la certeza jurídica no solo elimine la arbitrariedad sino, además, la decisión tiene que ser conforme a derecho y estar en concordancia con otras normas sociales no jurídicas.

Ante la incertidumbre de la aplicación de la ley en los casos difíciles y la exigencia de certeza jurídica se debe resolver, porque esta es una obligación de la autoridad. Por lo tanto, se debe justificar la decisión. Una forma de justificar la decisión es apelando al concepto de autoridad del que está revestido el órgano decisor: la decisión es correcta porque es la interpretación de una ley válida por parte del tribunal. Sin embargo, el principio de autoridad es inconsistente jurídicamente. En una sociedad moderna, dice Aarnio, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones, es decir, se debe asumir la responsabilidad de justificar las decisiones dentro del estado de derecho. Aarnio lo afirma de la siguiente manera: "La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal del poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.(...) Por otra parte, es específicamente a través de la justificación como el decisor —sin que importe que se trate de un juez o de una

autoridad administrativa— crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él".

❖ *La metodología de la interpretación en la dogmática jurídica.*

Aarnio propone dos estrategias de investigación, a saber: a) estrategia de investigación centrada en el texto y b) estrategia de investigación centrada en el problema. La primera consiste en justificar una interpretación alternativa al texto de la ley. El objeto de esta interpretación es la ambigüedad del texto legal o el hecho de que el mismo puede ser interpretado de maneras diferentes. La interpretación centrada en el texto es siempre una decisión que implica una elección. Esta elección se produce entre dos o más alternativas semánticas y jurídicamente posibles. La segunda, la estrategia centrada en el problema, puede consistir en que la misma cuestión está regulada por dos o más textos. En la primera estrategia el objeto de interpretación es un texto legal, en la segunda estrategia el objeto es un problema de aplicación de la ley.

En una u otra estrategia la interpretación recae sobre el texto legal. Este texto legal se presenta por enunciados normativos, es decir, normas jurídicas. Sin embargo, existen otros enunciados dentro del contexto jurídico: los enunciados de significado o de interpretación. A estos, Aarnio los define como una expresión que dice algo acerca de otra expresión, se centra en el lenguaje mismo. Por lo tanto, un enunciado interpretativo es aquel que aclara el significado de la expresión en la que se centra la atención.

❖ *La interpretación como proceso hermenéutico.*

Para Aarnio, la interpretación es un asunto lingüístico, se trata de hablar de interpretación de textos legales más que de interpretación de normas jurídicas. Por lo tanto, la interpretación de una expresión lingüística es típicamente un problema de la hermenéutica, es decir, es un fenómeno que pertenece a la teoría general que atribuye significados al lenguaje y a la teoría de las condiciones filosóficas de la asignación de significado.

Aarnio describe el proceso hermenéutico de la siguiente manera: “toda comprensión está basada en una pre-comprensión”. Esta se caracteriza como una entidad o unidad de significado entendida previamente y compuesta de muchos prejuicios y suposiciones injustificadas. Sin embargo y a pesar de ello, necesitamos alguna idea preconcebida sobre el objeto a fin de estar en condiciones de discutir sobre el asunto. Se trata, pues, de aproximarse al texto desde algún lugar, o desde un lugar predeterminado. El principio fundamental radica en suponer en que una expresión individual (una norma jurídica) solo tiene significado como parte de un todo y, consecuentemente, el todo se vuelve comprensible cuando la parte está ocupando su lugar.

❖ *Las directrices de la interpretación jurídica.*

La fuente de información. La práctica de la interpretación le exige al intérprete allegarse de información, leyes, códigos, precedentes, etc. Con base en ellos, que son una herramienta técnica, el intérprete trata de identificar los textos relevantes para encontrar la solución o para justificarla.

Para Aarnio, las directrices de la interpretación jurídica se presentan en dos categorías de reglas: las reglas de las fuentes del derecho y las reglas del procedimiento del discurso.

1. Las reglas de las fuentes del derecho.

Fuentes del derecho. Para Aarnio, la noción fuente del derecho es toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificadora de la interpretación.

A partir de esta definición, Aarnio hace un catálogo de estas razones (documentos y razonamientos) puestas en juego a la hora de interpretar.

Textos legales.

Trabajos preparatorios. (Informes de comisiones, minutas de comisiones, diario de debates, informes estadísticos, etcétera)

La costumbre.

Decisiones de los tribunales. (En el Common Law: los precedentes, en el sistema Finlandés las sentencias de la Corte Suprema y la Corte Administrativa Suprema).

Principios generales del derecho y principios morales.

Opiniones doctrinarias.

Pautas del procedimiento de razonamiento.

Pautas de interpretación gramatical. (La interpretación literal del texto legal).

La interpretación extensiva. (Es la interpretación de la ley más allá de los límites de su texto)

La interpretación restrictiva. (Es la interpretación de la ley en la que se adjudica un significado más limitado que el que podría asumirse sobre la base del texto "interpretado normalmente".)

Argumento a fortiori.

Argumento de analogía.

2. *Las reglas del procedimiento del discurso.*

La premisa fundamental de Aarnio es que los problemas de la interpretación jurídica son derivados del carácter procesal (y por ende controversial) del juicio jurídico. Solo hay problemas de interpretación cuando hay controversia procesal o derivada de ella, la doctrina, por ejemplo.

Así, alguien demanda (en el juicio civil se formula una exigencia) o acusa (en el proceso penal) y el demandado o acusado trata de resistirse dando razones en contra. Ahora bien, en el proceso de justificación, el intérprete intenta reforzar la interpretación alternativa que ha elegido I1 y, por otra parte, intenta desacreditar los contra argumentos. Estos contra argumentos deben ser considerados como argumentos a favor de la interpretación alternativa I2. El procedimiento del discurso se establece en dos grupos de argumentos, unos a favor y otros en contra de la interpretación propuesta, sin embargo, no existe una estructura común para las argumentaciones y las formas de presentarse varían según el caso. El final de la argumentación, de la cadena de razonamientos, está vinculada y determinada por el receptor de la interpretación. Es decir, la interpretación está dirigida a una comunidad determinada de interpretación (audiencia, en términos de Perelman) por lo tanto, el "punto final" de justificación está fijado en la audiencia.

❖ *El principio de la respuesta correcta.*

Aún después de haber puesto en juego todos los recursos de la interpretación jurídica pueden quedar pendiente dos posibilidades: o bien la interpretación es la correcta o hay' más de una interpretación alternativa. Esta última posibilidad, dice Aarnio, pone en tela de juicio la idea misma de la justificación dado que ella solo puede producir una serie de propuestas interpretativas todas igualmente válidas. Esto nos lleva al problema de la existencia o inexistencia de la única repuesta correcta ante un caso controvertido. Este principio de la respuesta correcta puede presentarse en dos sentidos: o la respuesta correcta existe para todos los casos o existe una posibilidad real de encontrar una respuesta correcta para cada caso particular. Para Aarnio: "si la doctrina de la respuesta correcta resulta ser verdadera, la respuesta tiene que ser simplemente la siguiente: la justificación puede cortarse cuando el intérprete está en condiciones de verificar la verdad del enunciado interpretativo. Con otras palabras, de acuerdo con esta doctrina, la justificación está orientada hacia la presentación de enunciados interpretativos verdaderos."

❖ *Aceptabilidad racionalidad.*

El objetivo de la justificación no es lograr la aceptabilidad (por ejemplo de la única respuesta correcta) sino la aceptabilidad racional de la misma. Aarnio entiende por racionalidad jurídica a la justificación jurídica que sigue ciertas pautas de interpretación y está basada en ciertas fuentes del derecho. Así mismo, propone el concepto de racionalidad jurídica institucional que se refiere a la racionalidad implicada en el propio sistema jurídico. Este orden jurídico tiene sus propios principios generales, relaciones sistemáticas entre las normas, entre otras especificidades internas que le dan un sentido propio al sistema. El contenido de la racionalidad es el

sentido interno del orden jurídico. Racionalidad es, entonces, el sistema interno (la maquinaria, sus principios de funcionamiento y sus partes, podríamos decir para simplificar la idea) del orden jurídico.

Aceptabilidad racional, por otra parte, es una propiedad del resultado final del proceso de justificación jurídica. La racionalidad es un proceso, la aceptabilidad racional es el producto de dicho proceso. Aarnio abunda sobre este concepto de aceptabilidad racional y afirma que la naturaleza de "la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de la comunicación humana. Así, siguiendo a Jürgen Habermas, se puede llamar a este tipo de racionalidad, racionalidad comunicativa. Ella está vinculada con la argumentación y el convencimiento. Por lo tanto, la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad"

❖ *¿Por qué ser racional?*

Dado lo anterior, la pregunta de Aarnio es ¿por qué ser racional? La respuesta es un argumento fundacional de su teoría sobre la justificación jurídica que lo expresa de la siguiente manera: "¿Cómo puede justificarse un punto de vista interpretativo? La respuesta a esta pregunta se refiere a las fuentes del derecho, a las pautas de interpretación jurídica, etc. Con otras palabras: se ofrece una justificación jurídica del punto de vista interpretativo contextualmente suficiente. Es contextualmente suficiente porque la respuesta proporciona el trasfondo jurídico sobre cuya base la interpretación puede ser aceptable para la comunidad jurídica".

La racionalidad y, por lo tanto, la aceptabilidad racional son, para Aarnio, reconstrucciones, son modelos ideales de razonamiento jurídico. Pero la reconstrucción no es arbitraria dado que las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura y ella es un hecho intersubjetivo de la cultura misma. Se espera que la gente se comporte racionalmente, y comportarse racionalmente significa coherencia. El concepto de coherencia es la base de la comunicación humana dado que nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa solo son posibles si se satisface esta precondition. Por lo anterior, la reconstrucción de la racionalidad lo único que hace es explicitar algo que está profundamente oculto en el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna.

Sin embargo, afirma Aarnio, carecemos de todo medio "empírico" para comprobar la veracidad del análisis por lo que la única prueba es de naturaleza indirecta: si la interpretación coincide con el uso común de la noción de racionalidad, tendremos buenas razones para decir que la propuesta funciona dentro de nuestra cultura. Es decir, hace explícito algo que es implícitamente aceptado como base de la comunicación humana.

L) La teoría de la argumentación jurídica
DE ROBERT ALEXY.

El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas deriva de que ya nadie puede afirmar que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente, afirma Alexy.

Los argumentos aducidos en contra de esta aseveración son:

1. la vaguedad del lenguaje jurídico,
2. la posibilidad de conflicto de normas,
3. el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente v,
4. la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

Existen varios cánones de interpretación que pueden resolver la vaguedad de la subsunción lógica. Así, para Savigny existe la interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática. Para Larenz, hay cinco criterios: el sentido literal, el significado de la ley según el contexto, las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico, los criterios teleológicos-objetivos, y el mandato de interpretación conforme a la constitución. Sin embargo, afirma Alexy, diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes, por lo que se hace necesaria una jerarquización de dichos cánones. Esta debilidad de los cánones de interpretación impide considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

De lo que se trata, dice Alexy, en lugar de buscar un sistema de reglas de fundamentación se debe buscar un sistema de enunciados del que puedan extraerse o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación. La solución de Alexy es que las fundamentaciones se hacen desde la valoración, sin embargo, el problema radica en dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones. Alexy resume su posición al respecto de la siguiente manera: "La constatación de que las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente no dice todavía mucho, pero es el presupuesto de la tesis (...) de que el decisor se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas". El autor afirma que sería un error presuponer que hay un campo libre para la discrecionalidad moral del decisor, sin embargo tal conclusión sería válida si no existiera ninguna posibilidad de objetivizar estas valoraciones.

Así, Alexy acota esta premisa desde tres vías:

1. Las valoraciones morales de la colectividad no se pueden determinar con

exactitud en la mayoría de los casos.

2. Se debe constatar que al decisor no le deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla ya que si decide como juez su decisión es pronunciada en nombre de la legalidad constitucional.

3. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que debe encontrar.

Ante estas objeciones Alexy propone los siguientes paradigmas de objetividad:

- La decisión jurídica no puede fundamentarse estrictamente en el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico, sin embargo, no puede tampoco dudarse de que los puntos de vista valorativos formulados en la Constitución o en otras leyes, o expresados en numerosas normas o decisiones son relevantes para la decisión a tomar.
- En el caso de las convicciones de la colectividad que hay que tener en cuenta, lo importante a tomarse en consideración no es tanto el postular la observancia de estos puntos de vista valorativos, como el determinar exactamente las formas y las reglas según las cuales estos pueden y deben entrar en la fundamentación de una decisión.
- Otra posibilidad consistiría en apelar a un orden valorativo objetivo que exista tanto en la Constitución o en la jurisprudencia.

Por lo expresado anteriormente, la hipótesis fuerte de Alexy es que la teoría del discurso racional es la única posibilidad de sustentar la fundamentación jurídica de la decisión judicial. Esta teoría del discurso racional es la teoría de la argumentación jurídica.

Alexy propone su hipótesis de trabajo basándose en una declaración del Tribunal Constitucional Federal de Alemania que ordena: "La tarea de la aplicación del derecho puede exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son inmanentes al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido solo incompletamente. El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad".

❖ *Teoría del discurso práctico racional general.*

Para Alexy la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general y, su expresión, es la teoría del discurso racional. Por lo tanto, la fundamentación se produce dentro de las exigencias las reglas de la discusión racional. Estas reglas de la discusión racional, como lo dice Habermas, no se refieren, como las de la lógica, solo a proposiciones, sino también a comportamientos del hablante, por lo que se denominan reglas pragmáticas.

Abunda Alexy al respecto: "El cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional".

Ahora bien, ¿qué se entiende por discurso?: "Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico (...) puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente".

❖ *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.*

Las discusiones jurídicas se presentan en infinidad de niveles, así, las encontramos en la doctrina, la discusión de los jueces, los debates ante los tribunales, los debates legislativos, etc. Sin embargo, el aspecto común a todos estos niveles es que en todas las formas se argumenta jurídicamente. Lo que caracteriza a esta argumentación jurídica es la vinculación con el derecho vigente. Esta característica es lo que le permite afirmar a Alexy que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico en general, dado que en el primero no se somete a discusión todas las cuestiones, sino que dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones como el derecho vigente y en el segundo, la disputa es sobre todas las cuestiones planteadas.

❖ *Las reglas del discurso práctico.*

Alexy afirma que la teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativo, por ello se deben encontrar las reglas del discurso. Alexy propone las siguientes reglas fundamentales del discurso práctico general que, no debemos olvidar, provienen de la teoría de la acción comunicativa de Habermas:

1. Ningún hablante puede contradecirse Esta regla se refiere a la lógica y al principio de no contradicción tercero excluido.
2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree. Esta regla se refiere a la sinceridad del hablante en la discusión racional.

3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes. Esta regla se refiere a la coherencia con que deben conducirse los hablantes.
4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Esta regla se refiere a la existencia de una comunidad de uso del lenguaje, es decir, los participantes del diálogo racional deben usar los vocablos en el mismo sentido semántico, sin hacer valer connotaciones que no son comunes a la comunidad.

❖ *Las reglas de la razón.*

En los discursos prácticos se debe justificar la aserción de los enunciados normativos. El que contrargumenta también debe justificar sus aserciones, así como el que las refuta.

La condición para fundamentar las aserciones es que todo hablante debe, cuando se le solicite, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda aducir razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

Ahora bien, las condiciones que hacen posible la situación ideal de diálogo (propuesta y definida por Habermas, mientras que Perelman, para la misma situación, las define como auditorio universal) son la exigencia de: a) igualdad de derechos de las partes, b) universalidad y c) no coerción.

Así, la primera regla (a) se refiere a que quien pueda hablar puede tomar parte del discurso. La segunda regla (b) se refiere a la libertad de discusión: (b.1) todos pueden problematizar cualquier aserción, (b.2) todos pueden introducir cualquier aserción al discurso, (b.3) todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (c) no hay coerción para los hablantes.

❖ *Las reglas de la argumentación.*

1. Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
2. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar razones para ello.
3. Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra argumentos.
4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

❖ *Las reglas de la fundamentación.*

1. Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

2. Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

3. Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

4. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica.

Una regla moral no pasa semejante prueba:

4.1. si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo a perdido después su justificación.

4.2. si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

5. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de sociabilización no justificables.

❖ *Las reglas de la argumentación dogmática.*

1. Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

2. Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

3. Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

❖ *Teoría de la argumentación jurídica.*

Todas las reglas del discurso práctico son puestas en juego en la teoría de la argumentación jurídica, es decir, son las reglas y formas que hacen posible una justificación racional de las decisiones jurídicas. Ahora bien, la teoría de la argumentación jurídica parte de una interrogación: ¿qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente? En el discurso jurídico esto se expresa en dos niveles, haciendo uso de las reglas y formas del discurso práctico racional y a nivel de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas: las decisiones judiciales. Las reglas del discurso racional ya fueron descritas. Así, ahora veremos la justificación. La justificación se presenta en dos niveles: la justificación interna y la justificación externa.

❖ *La justificación interna.*

Esta se expresa desde el silogismo jurídico: Premisa Mayor, Premisa Menor, Término Medio y conclusión. El esquema de fundamentación silogístico es insuficiente en todos los casos complicados dado que no da respuestas:

1. Cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho.
2. Cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas.
3. Cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas.
4. Cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

❖ *La justificación externa.*

El objetivo de la justificación externa es fundamentar las premisas usadas en la justificación interna.

Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa se clasifican en seis grupos.

Reglas y formas:

1. De interpretación.
2. De la argumentación dogmática.
3. Del uso de los precedentes.
4. De la argumentación práctica general.
5. De la argumentación empírica.
6. Formas especiales de argumentos jurídicos.

❖ *Los límites de la teoría del discurso jurídico racional.*

Alexy afirma que para "quien sólo está dispuesto a aceptar como teoría de la argumentación jurídica racional un procedimiento que garantice la seguridad del resultado, la teoría aquí propuesta resulta rechazable ya por este motivo. Sin embargo, un procedimiento que garantice seguridad no está a la vista. Quien equipara seguridad con racionalidad debe por ello renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional. Sin embargo, no existe ningún motivo para tal equiparación".

Este es un límite a la teoría del discurso jurídico racional si se equipara seguridad y racionalidad, sin embargo, Alexy demuestra que no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la justificación, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas lo que constituye el carácter racional de la argumentación jurídica. La teoría del discurso, entonces, ofrece criterios en situaciones específicas para la racionalidad de procesos de decisión y para la racionalidad de las decisiones producidas en ellos.

M) La Teoría De La Argumentación Jurídica
DE ALEKSANDER PECZENIK

La premisa fundamental de Peczenik es que los valores morales juegan un papel importante en el razonamiento jurídico dado que su propósito no es imponer una obediencia ciega al texto de la ley sino interpretarla de la manera más justa posible. Así, la argumentación jurídica pretende ser correcta cuando, en términos del autor, quiere decir estar basada en razones coherentes que significa ponderar principios. El objetivo, entonces, de la argumentación jurídica no es demostrar que un enunciado normativo es absolutamente razonable, sino simplemente que es razonable dentro del marco del derecho válido.

El derecho establecido, razona Peczenik, tienen una relevancia moral *prima facie*. Dado lo anterior, se distingue entre moral 1 y moral 2. La moral 1 expresa principios generales pero ignora el derecho válido. La moral 2 requiere ponderar estos principios v el derecho vigente. De esta manera la moral 2 deduce que las leyes son moralmente relevantes, esto es, que constituyen razones *prima facie*. Por lo tanto, una argumentación jurídica razonable es un caso especial de una argumentación moral razonable.

Peczenik establece tres tipos de argumentación jurídica que dependen de los diferentes papeles jurídicos. Así, la argumentación judicial está condicionada por la obligación del juez de formular una decisión vinculante. La argumentación de las partes está condicionada, también, por el marco procedimental de la decisión. La argumentación doctrinaria, sin embargo, es diferente dado que tiene que considerar todas las razones jurídicamente relevantes *prima facie*.

El concepto de coherencia es la columna vertebral de la teoría del razonamiento jurídico (o argumentación jurídica) de Peczenik que lo define de la siguiente manera: "Cuánto más se aproximen a una estructura perfecta de apoyo o confirmación los enunciados que pertenecen a una teoría dada, tanto más coherente es la teoría".

Así, se pueden distinguir tres tipos de criterios sobre la coherencia:

A) Criterios referidos a la estructura de apoyo.

Lo que hace que una teoría sea más coherente que otra depende de circunstancias tales como: la cantidad de enunciados confirmados que pertenecen a ella, la longitud de las cadenas de razones que pertenecen a ella y las conexiones que existen entre las diversas cadenas de confirmación que pertenecen a la teoría (cuántas cadenas de razones confirman la misma conclusión).

B) Criterios referidos a los conceptos.

Los conceptos generales son el centro que mantiene unidas a las piezas de una teoría. Ahora bien, el grado de coherencia de una teoría depende de cuán grande es el número de enunciados universales y conceptos generales que pertenecen a ella.

C) Criterios referidos al asunto de la teoría.

El grado de coherencia de una teoría depende de cuán grande es el número de casos que abarque, y cuán grande sea el número de ámbitos de la vida que contemple.

El objetivo fundamental de la argumentación jurídica es la verdad. Peczenik refiere que por lo general la verdad es entendida como correspondencia entre creencias y hechos, sin embargo esta es una definición insostenible dado que, entre otras razones, la única forma de conocer los hechos es confiar en la experiencia y la razón pero, ¿cómo podemos saber que estas fuentes del conocimiento son confiables? Ante la inconsistencia anterior, Peczenik propone una teoría de la correspondencia más débil que la define de la siguiente manera: "Cuando se considera un enunciado como verdadero, se recurre al mundo externo ("real") suponiendo que no se puede responder a la pregunta acerca de en qué consiste el mundo". Estas son, entre otras, las condiciones de verdad: al formular cualquier tipo de pretensión de verdad nos comprometemos a sostener que existen ciertos objetos a los cuales se refiere en última instancia esa aserción y al formular cualquier tipo de pretensión de verdad o de conocimiento, nos comprometemos a sostener que los hechos cognoscibles corresponden a las condiciones de verdad "en sí mismas", es decir, a lo que es el caso en el mundo real. Sin embargo, no se puede decir qué es exactamente el caso o en qué consiste la correspondencia. Por ello, el autor propone que la coherencia, el consenso y el éxito pragmático sean los criterios de verdad dado que ellos indican que una proposición está vinculada con las condiciones de verdad antes descritos.

A) Verdad y coherencia.

La coherencia de los enunciados teóricos está vinculada no contingentemente con la verdad, así, si es posible hacer que una teoría sea coherente, entonces existe algo en el mundo, algunos "verificadores", que decidan acerca de esa posibilidad.

B) Verdad y consenso.

De todas maneras, aún afirmado lo anterior, la coherencia no elimina totalmente el riesgo de las falsas creencias dado que diferentes teorías pueden satisfacer igualmente la exigencia de coherencia. La manera de solucionar el problema es encontrar una vía razonable para decidir entre ellas y las reglas del discurso racional proporcionan una vía para ello. En resumen, un discurso es perfectamente racional sólo si su resultado está determinado lo más posible por razones coherentes.

C) Verdad y éxito pragmático.

Cuanto mayor es la probabilidad de que la aceptación de una teoría podría ayudar a un individuo a lograr sus objetivos, tanto más corresponde la teoría a lo que es el caso. De ahí que las teorías promuevan sistemáticamente el éxito pragmático.

En resumen, un enunciado es verdadero si algunos hechos cognoscibles son tal como nos lo dice el enunciado; y es razonable suponer que estos hechos cognoscibles corresponden al mundo real en sí mismo. Ahora bien, coherencia, consenso y éxito pragmático son criterios de corrección de un sistema de normas. Así, cuanto más coherente es un sistema de normas tanto más se aproxima al ideal de corrección.

El anterior contexto teórico es el que le permite a Peczenik hacer la siguiente pregunta con respecto a la argumentación jurídica: ¿Puede un fundamento coherente conducir a una interpretación jurídica verdadera? El razonamiento de Peczenik se sustenta en la siguiente suposición: Si una teoría es perfectamente coherente, entonces concuerda con los verificadores, es decir, con el mundo. Ahora bien, ¿se aplica esta suposición a los enunciados jurídicos interpretativos? Peczenik se apoya en el razonamiento de Dworkin quien afirma que los derechos que el juez establece son "pre-existentes", sin que importe el que una ley o precedente los haya establecidos. Sin embargo, afirma el autor, el juez debe tener en cuenta y armonizar las fuentes del derecho, las normas socialmente establecidas, las normas consuetudinarias del razonamiento jurídico y otros factores preexistentes. Lo que está realizando, entonces, es una ponderación.

De lo anterior se desprende que la condición de verdad de una interpretación y, por lo tanto, de una argumentación jurídica, es que todo razonamiento tiene que tener un fin, por ello, si una razón tiene más peso que otra habrá que preguntarse ¿por qué? El sustento está en otras razones ponderables. El fin de esta cadena de argumentos es la "última razón" que no deba recurrir a otras para sustentarse. Por ello, si el derecho puede ser interpretado de una manera sumamente coherente, entonces existe algo en el mundo que decide acerca de esa posibilidad. La respuesta de Peczenik a la pregunta inicial es que no es posible encontrar una

fundamentación suficiente para la suposición fuerte según la cual si una interpretación jurídica es perfectamente coherente, entonces corresponde al derecho "pre-existente". El derecho interpretado nace en el momento de la interpretación, no antes. El enunciado interpretativo no puede, pues, ser verdadero en el sentido liberal ya que crea y no describe el derecho interpretado.

N) La Nueva Retórica Jurídica de CHAIM PERELMAN.

La retórica, creada por Aristóteles, tenía como objeto primordial lograr la persuasión del auditorio, es decir, persuadir al auditorio a efecto de que asumiera las proposiciones del hablante. La retórica se desnaturaliza en el siglo XVI y se reduce al estudio y utilización de las figuras que la componen. De esta perspectiva se deriva el calificativo despectivo de "retórica", es decir, utilizar recursos sin tener claro el objetivo histórico de la retórica: utilizarlos para persuadir al auditorio.

Debemos recordar que los recursos técnicos de la Nueva Retórica de Perelman va fueron expuestos en el capítulo referido a las técnicas de argumentación jurídica, por lo que ahora sólo aportaremos el sustento teórico de la misma.

En 1958, Perelman y Olbrecht-Tyteca hacen una revisión crítica de la antigua retórica y proponen una nueva retórica, que si bien recupera los recursos formales de la antigua retórica, tiene como objeto fundamental justificar el carácter racional de la argumentación frente a la idea de demostración lógica.

La Nueva Retórica va no tiene por objeto la persuasión aristotélica, ni el uso indiscriminado de las figuras, sino que tiene por objeto "el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento". Perelman también define a la nueva retórica como "el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio".

Esta definición propuesta por Perelman para la Nueva Retórica es acotada por cuatro observaciones como las llama el autor; cuatro premisas que la diferencian de la lógica formal, nos parece más correcto definir las.

Ellas son:

1. La retórica trata de persuadir por medio del discurso.

Esto significa que se deja de lado el concepto de experiencia para lograr la adhesión a una proposición. No hay, pues, relación entre proposición derivada de la experiencia y proposición sin referente. Al decir de Perelman, es "verdad que la experiencia no puede bastar para adherirse al enunciado de un hecho sin acuerdo previo sobre el sentido de las palabras utilizadas en el enunciado.

Cuando se discute sobre el sentido de las palabras, para obtener un acuerdo a este respecto, es indispensable recurrir a la retórica en sentido amplio, que engloba los tópicos y la dialéctica, las técnicas propias del debate y la controversia." Esto significa que la retórica centra su esfuerzo en el conocimiento del discurso y no en el conocimiento del hecho (experiencia), porque independientemente de la existencia de este, el acuerdo tendrá que ver con la adhesión al sentido de las palabras que lo nombran y no al referente fáctico. Así mismo, el autor rechaza la violencia y las "caricias" como parte de la retórica, pero reconoce la imposibilidad de eliminar las "amenazas" y las "promesas" dado que ésta utiliza al lenguaje como instrumento para obtener la adhesión.

2. El problema de la demostración.

El problema de la demostración es abordado de manera diferente por la lógica formal y por la retórica. Así, en la primera, la demostración es persuasiva en exceso si, y solo si, se admite la veracidad de las premisas. Esto es, si acepto la verdad de las premisas, la veracidad de la conclusión es correcta, por lo que la demostración es verdadera. Por otra parte, la nueva retórica considera que cuando un vocablo puede ser entendido desde diversos significados surge el problema de elegir uno entre varios posibles. Lo anterior es imposible en la lógica formal ya que ella presupone que el significado de la proposición es denotativo, pero si reconocemos que una de las características del signo lingüístico es la de ser polisémico, nos encontramos que el problema radica en elegir uno u otro significado posible del signo. Por lo tanto, elegir un significado de los muchos posibles significa dar las razones de esa elección, significa argumentar a favor de un sentido y argumentar por qué se desprecia los otros sentidos posibles. La adhesión que se busca, pues, es la adhesión a la elección de un sentido particular y no de otro sentido.

3. La adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable.

La variabilidad de la intensidad con la que un oyente se adhiere a una tesis radica en la premisa de que lo que está en juego no son "verdades" sino valores. Lo que está en pugna es la elección entre valores y, por lo tanto, la jerarquía de los mismos nos lleva a adherirnos de manera variable al valor propuesto. Así, cuando "se trata de prestar adhesión a una tesis o a un valor, se puede siempre aumentar obviamente la utilidad de la adhesión, pues nunca se sabe con qué bienes o con qué valor podrá entrar en colisión en caso de incompatibilidad y, por lo tanto, de elección inevitable".

4. La diferencia entre verdad y adhesión.

El último paradigma propuesto por Perelman para diferenciar a la nueva retórica de la lógica formal radica en que la primera se refiere a la adhesión

mientras que la segunda se refiere a la verdad. Las verdades son imparciales, dice el autor, independientemente de que se las reconozca o no. Podríamos decir, con respecto a esta idea de verdad que el autor reclama, lo que Ortega y Gasset afirmó al defender esta postura: la verdad es la verdad, díjala Agamenón o su puerquero. Por el contrario, la adhesión es siempre un acto realizado por uno o más de los oyentes. Pero la adhesión tiene que ver con "valores" y no con verdades, por lo que la pregunta es ¿de dónde derivan los valores?, porque la verdad deriva, entre otras cosas, de la experiencia, es decir, de la empiria. Sin embargo, los valores son heredados y esta herencia solo es posible por la mediación de una lengua común que posee la comunidad. Al respecto, dice Perelman que el "aprendizaje de una lengua significa también la adhesión a los valores que esta lengua acarrea, de una manera explícita o implícita, a las teorías que han dejado su huella en ella y a las clasificaciones que subyacen en el empleo de los términos".

La adhesión, entonces, parece ser un apelar a las palabras de la comunidad con las palabras de la misma comunidad, es decir, la adhesión del auditorio es posible en la medida en que el hablante construya su discurso desde los significantes y significados comunes del auditorio.

❖ *El auditorio.*

La idea de auditorio es esencial en la propuesta de Perelman va que el discurso es eficaz si, y solo sí, se adapta al auditorio que se pretende convencer. Así, el autor manifiesta que para "persuadir a un auditorio lo primero que hay que hacer es conocerlo, es decir, conocer las tesis que el auditorio admite de antemano y a las cuales se podrá, por consiguiente, aferrar la argumentación. Es importante no sólo saber cuáles son las tesis que los oyentes admiten, sino también con qué intensidad les dan su adhesión, pues son estas tesis las que han de suministrar el punto de partida de la argumentación. En efecto, lo más frecuente en una controversia es que las tesis sean opuestas las unas a las otras y que venza aquella a la que se concede más peso a la que se presta adhesión con más intensidad. Ligar una argumentación con una premisas a las que sólo se concede una adhesión de pasada es tan desastroso como colgar un pesado cuadro en un clavo mal clavado en la pared".

Por auditorio debemos entender el conjunto de participantes sobre los que queremos influir por medio de la argumentación. Si la finalidad de la argumentación es lograr o fortalecer la adhesión del auditorio a nuestras premisas es necesario conocer e identificar las intenciones de éste, por lo tanto el orador deberá adaptar su discurso al auditorio. Solo se puede convencer al auditorio universal desde el discurso racional, y la adhesión del auditorio universal es el

criterio para la racionalidad y la objetividad de la argumentación.

Ahora bien, el concepto de auditorio universal permite hacer una distinción fundamental entre persuadir y convencer. Así, quien intenta el acuerdo del auditorio particular trata de persuadir, y quien intenta el acuerdo del auditorio universal trata de convencer. Por lo tanto, los argumentos que logran el acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los argumentos que logran el acuerdo del auditorio particular son eficaces.

Otro concepto interesante en Perelman es la distinción entre demostrar y argumentar y esta distinción es posible por el papel del auditorio. Para Perelman demostrar significa la deducción lógica que consiste en deducir una fórmula a partir de axiomas claramente definidos por las reglas de la inferencia. La prueba, en este caso, es correcta o no, pero su validez es independiente del criterio del auditorio. La argumentación afirma Perelman, por el contrario, debe asegurarse de la adhesión tanto de las premisas propuestas como la prueba de las mismas a cada paso. La argumentación solo avanza por la adhesión del auditorio a las premisas y pruebas formuladas por el orador.

❖ *La estructura de la argumentación.*

Perelman divide la estructura de la argumentación en premisas y técnicas de argumentación.

A. Premisas.

Son aquellos objetos de acuerdo que se transforman en el punto de partida de los argumentos, como por ejemplo, el corpus jurídico. Dos clases de premisas.

1. Las que se refieren a lo real.

1.1 Hechos y verdades.

1.2 Presunciones.

2. Las que se refieren a lo preferible.

2.1. Valores.

2.2. Jerarquías: son las relaciones de prioridad.

2.3. Lugares: son premisas de tipo general que pueden servir para la fundamentación de valores y jerarquías.

B. Técnicas de argumentación.

1. Por asociación.

Los que reconstruyen a una unidad los elementos separados. Los argumentos asociativos se dividen en:

1.1 Argumentos cuasi-lógicos. Su fuerza radica en su semejanza con inferencias lógicamente válidas. (Los amigos de nuestros amigos son también vuestros amigos)

1.2 Argumentos que se basan en la estructura de lo real. Su fuerza radica en que se fundamentan en lazos de causalidad.

1.3. Argumentos que fundamentan la estructura de lo real. Son aquellos que hacen referencia a un caso particular con la finalidad de generalizar y aquellos que proponen la analogía entre una cosa y otra.

2. Por disociación.

Los que descomponen una unidad en sus elementos separándolos pero ello no implica solamente ruptura de lazos. Por medio de la argumentación por disociación se logra que los conceptos esgrimidos en la argumentación se modifiquen mediante nuevas subdivisiones posibilitando soluciones completamente nuevas.