

Las razones del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Oviedo

En este libro el profesor MANUEL ATIENZA * nos brinda una completa, detallada y crítica exposición de las más relevantes doctrinas actuales que se pueden acoger al rótulo de «teorías de la argumentación jurídica». El comentario que me propongo creo que tiene más sentido en cuanto discusión con las críticas que ATIENZA expresa y con sus aportaciones personales al tema, que como reproducción resumida de lo que ATIENZA explica que dicen otros. Pero conste el reconocimiento de la importancia didáctica y académicas de este tipo de exposiciones, máxime cuando, como en este caso, son fruto de un conocimiento serio y riguroso de la materia de que se habla.

El *capítulo primero* sitúa el tema sobre la base de diferenciar los ámbitos en que opera la argumentación jurídica (legislación, dogmática y aplicación de las normas jurídicas). A continuación traza una serie de distinciones aclaratorias del marco en que se sitúa y trata de ser útil la t.a. Así, distingue entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, con la consiguiente distinción también entre razones explicativas y justificatorias (23), corrección formal y material de los argumentos, silogismo teórico y práctico, argumentos deductivos y no deductivos, aspectos normativos y fácticos de la argumentación jurídica, justificación externa e interna, etc. También glosa en este capítulo «el concepto de validez deductiva», «el silogismo judicial y sus límites», así como las diferencias y el distinto alcance de la lógica jurídica y la argumentación jurídica. En ese marco, la t.a. se sitúa «en el contexto de justificación de los argumentos» (24). El respeto a las reglas de la lógica es condición de corrección formal de los argumentos, pero no condición suficiente para la corrección de la justificación, que tiene que ver con la verdad o corrección de las premisas, normativas o no, y no sólo con el paso, formalmente adecuado, a las conclusiones. Esa corrección formal se corresponde con la justificación interna, pero la t.a. se ocuparía

* ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 268 pp.

fundamentalmente de la justificación externa, es decir, de justificar la opción por unas u otras de las premisas posibles o admisibles. La explicación que de todo ello nos proporciona el autor es clara y sencilla.

Se podría resaltar el hecho de que ATIENZA, tanto en este capítulo como en alguno de los posteriores, tiene como uno de sus hilos conductores la contraposición entre lógica y argumentación. Pero quizá con ello se otorga demasiada relevancia a una alternativa que en la mayor parte de las doctrinas de t.a. se presenta o bien con fines puramente polémicos, pero no como tesis de fondo convenientemente articulada, o bien con matices que la atenúan. Las doctrinas argumentativas ni siquiera en un primer momento negaron terminantemente (salvo algún extremista aislado, como RODINGEN) la importancia de las reglas lógicas del razonamiento como condición necesaria de corrección, aunque pusieron especial énfasis en destacar el carácter al mismo tiempo insuficiente de la referida condición. Esa es la diferencia básica: estando todos de acuerdo en que la lógica es condición necesaria pero no suficiente de racionalidad, corrección o fundamentación, los unos hicieron especial hincapié en su necesidad y los otros —los precursores y cultivadores de las t.a.— en su insuficiencia. Pero, ante lo ficticio en la radicalidad del enfrentamiento, quizá no es lo más adecuado presentar la t.a. y su alcance por relación o comparación con la lógica.

El *capítulo segundo* y siguientes se dedican a las doctrinas precursoras de las teorías de la argumentación, concretamente las de VIEHWEG, PERELMAN y TOULMIN. De la tópica jurídica de VIEHWEG realiza una presentación sumaria y clara. También quedan bien explicadas las críticas fundamentales que cabe dirigir a la obra de Viehweg, críticas centradas ante todo en la vaguedad o imprecisión de los principales conceptos con que la construye («*topos*», «*problema*», «*lógica*», «*sistema*»), así como en lo equívoco del estatuto mismo del que la tópica, en tanto que doctrina o teoría, se presenta revestida. A esas críticas se añaden las de ingenuidad o trivialidad en el diseño de la labor jurisprudencial que dibuja VIEHWEG, y la unilateralidad de la perspectiva que del trabajo jurídico se ofrece, pues se dejaría de lado el papel que en él juegan la ley, la dogmática y el precedente. También se menciona la insuficiencia de la tópica jurídica en cuanto teoría normativa de la argumentación, por no ofrecer criterios para jerarquizar los tópicos en conflicto ante cada caso. Todo ello haría, para el autor, que la tópica jurídica de VIEHWEG sea insuficiente tanto como descripción de la praxis argumentativa real como en tanto que teoría normativa de la argumentación jurídica. Finaliza ATIENZA el apartado dedicado a la tópica valorando su función histórica de precedente de las t. a. e invocando la utilidad de la vía que abre para la elaboración de sistemas jurídicos expertos.

El *capítulo tercero* versa sobre la t.a. de PERELMAN. En mi opinión la claridad expositiva queda en esta parte un tanto limitada porque ATIENZA no separa suficientemente dos aspectos de la obra de PERELMAN que, a mi modo de ver, marcan la tensión principal que la atraviesa toda ella. Me refiero a lo que podríamos denominar como la dimensión instrumental y la

dimensión de racionalidad práctica. Creo que lo que se relaciona con y ha podido influir en la posterior t.a. es este segundo aspecto, que tiene sus nociones centrales en las de auditorio universal y particular, por un lado, y convencer y persuadir, por otro. Pero pienso que ATIENZA no profundiza suficientemente en la exposición y crítica de estas nociones y en la correlativa cuestión de la racionalidad de la argumentación según PERELMAN, y concede más espacio a la presentación de los recursos retóricos o instrumentos pragmáticos de la argumentación, tal como PERELMAN los desarrolla principalmente en el *Traité*. Sí que puntualiza, con acierto, que no queda «nada claro que el criterio del auditorio universal se aplique también al discurso jurídico, bien se trate del discurso del juez o del legislador» (98).

Tras la descripción de las teorías de PERELMAN, descripción que, como he dicho, adolecería de no poner de manifiesto esa dualidad o duplicidad de la t.a. perelmaniana (duplicidad que se convierte en problema precisamente cuando nos preguntamos de qué manera se pueden compatibilizar ambas partes, de modo que pueda ser racional la argumentación que usa de aquellos instrumentos retóricos que PERELMAN describe), dedica ATIENZA una extensión importante a la consideración crítica de la obra de Perelman. Y al respecto hay una objeción que me suscita cierta perplejidad. Me refiero a la «crítica ideológica», que tilda al pensamiento perelmaniano de «conservadurismo ideológico». Según ATIENZA, la noción de razonabilidad de la decisión, que PERELMAN usa como vía intermedia entre la plena racionalidad, inalcanzable o indemostrable en asuntos de la acción práctica, y el irracionalismo, no proporciona el criterio para una única decisión correcta, por lo que pueden ser razonables toda una serie de decisiones distintas del caso, siempre que quien decide proceda de manera imparcial, respete la idea de justicia formal y parta del orden establecido y aceptado en ese momento, teniendo que justificar únicamente el cambio y siempre sobre la base de otros valores también aceptados en el medio. Pero me pregunto por qué se tilda de conservadora esta visión. ¿No ha de partir siempre el juez de todo un entramado u orden previo de normas legales o consuetudinarias, precedentes, principios, valores del ordenamiento, construcciones dogmáticas, valores sociales, etc, todo ello prefijado y de algún modo vigente en la sociedad en la que opera, constituyendo el orden social imperante? ¿Y no es cierto también que los cambios que el juez de nuestros sistemas jurídicos puede introducir son sumamente limitados y parciales, de modo que afecten únicamente a aspectos muy concretos y limitados de ese conjunto? ¿Y no es verdad precisamente que ésa ha sido una de las conquistas más «progresistas» del derecho moderno? ¿O acaso es más progresista la imagen del juez que decide en equidad o buscando la justicia del caso por encima de cualesquiera concesiones al sistema o el orden jurídico establecido o al consenso social, tal como parecen proclamar en las últimas décadas ciertos defensores del «realismo clásico» que difícilmente se pueden tildar de progresistas? ¿Acaso «aceptar las reglas, el orden establecido» es siempre y por definición menos progresista que rechazarlas, sea

cual sea la índole de esas reglas y de ese orden (democrático, por ejemplo) y cualesquiera que sean también los móviles de su rechazo? No creo que sea procedente interpretar la obra de PERELMAN en términos de inmovilismo político, tal como nuevamente insiste ATIENZA en la conclusión de este capítulo, como si el jurista que operase con arreglo a los esquemas argumentativos que PERELMAN describe no pudiese en ningún caso «plantearse la modificación del propio orden jurídico» o sumarse a una «concepción crítica o conflictualista» del derecho y la sociedad. Me atrevería a decir que esos elementos que PERELMAN destaca como ineludibles para la aceptabilidad de la decisión, esto es, la imparcialidad y el respeto al principio de justicia formal, tal vez no sean condición suficiente, pero son condición ineludible para una práctica jurídica que quiera ser progresista, si por tal se entiende (problema harto difícil en los tiempos que corren) lo opuesto a la arbitrariedad de cualquier tipo. Tal vez sea preferible depender de un mal derecho positivo no manifiestamente aberrante, que de una (que se tenga por) buena conciencia, aunque se vista de conciencia crítica. Y calificar estas u otras posiciones teóricas o doctrinales como conservadoras o progresistas es tan poco ilustrativo para las cuestiones de fondo que realmente se discuten como llamarlas hermosas o feas, alegres o tristes, amarillas o rosas.

Más ajustada parece la crítica de la visión del positivismo jurídico que PERELMAN sostiene, positivismo que se correspondería más bien con el decimonónico que con el actual, que ATIENZA ejemplifica en HART. Y atinada es también, desde mi punto de vista, la crítica que se refiere a «la pretensión de PERELMAN de que el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de manera distinta en una argumentación y en una deducción, porque en el primer caso el paso de un argumento a una decisión no puede tener carácter necesario» (100). El error radicaría, según ATIENZA, en entremezclar el lado formal del razonamiento con su componente de contenido, desconociendo que la necesidad lógica con que se sigue la conclusión de las premisas es distinta de la no necesidad de decidirse precisamente por esas premisas, a fin de concluir de otra manera, de tomar otra decisión.

En el *cuarto capítulo* se trata de la t.a. de TOULMIN. El famoso esquema argumentativo que TOULMIN desarrolla en su *The Uses of Argument*, con la distinción entre «pretensión», «razones», «garantía» y «respaldo» es presentado de modo convincente. Pero tal vez lo que quepa cuestionar es la pertinencia del capítulo mismo. Por un lado, sigue manteniéndose, al llegar a este lugar del libro, la ambigüedad del sentido en que se habla de t.a., pues los parámetros y planteamientos son notoriamente diferentes según que aquélla se entienda en sentido descriptivo o normativo, es decir, mostrando cómo se argumenta en la práctica o cómo debe argumentarse para que las razones expuestas puedan tenerse por aceptables entre seres racionales. Ahora bien, en mi opinión, la teoría de TOULMIN es fundamentalmente descriptiva, por mucho que se aluda en ella no sólo a la estructura de los argumentos, sino también a su fuerza, cuestión esta última, y esta es la clave, para la que no se apuntan criterios sino, nuevamen-

te, esquemas estructurales (vid.109 ss.) y por mucho que afirme ATIENZA que TOULMIN se interesa «por problemas ajenos a la lógica en sentido estricto, como es el de establecer criterios sobre la corrección material de los argumentos» (128). A mi juicio, no hay aquí tales criterios materiales, sino criterios puramente esquemáticos o estructurales de la argumentación, esto es, esquemas del argumentar correcto pero de los que no se establecen (salvo muy vagas alusiones al sentido común y el contexto social) incompatibilidades con ningún contenido o ningún presupuesto normativo de carácter material u objetivo, tal como sí ocurrirá en la teoría de la argumentación de, por ejemplo, ALEXI. Por tanto, aún cuando TOULMIN trate de ir más allá de la lógica formal, es para ofrecer otra perspectiva de la argumentación, un dibujo más exacto y completo, como el propio ATIENZA parece indicar. Pero lo que me interesa resaltar es que el parentesco de esta construcción con la teoría *normativa* de la argumentación es colateral: el mismo que ésta tiene con la lógica. Atentar contra ciertas formas, reglas formales o estructuras argumentativas supone atentar contra la racionalidad de la argumentación, pero ésta no se agota en esos aspectos y, en lo que va más allá, no se contienen en TOULMIN criterios de racionalidad del tipo de los que hemos visto que trataba de ofrecer PERELMAN y que, más claramente, ofrecerá por ejemplo ALEXI. Al valorar precisamente Atienza «la contribución de TOULMIN a una teoría de la argumentación», parece querer indicar algo similar a lo que acabo de expresar, pero no queda nada claro este apartado, en el que se remite a HABERMAS y establece entre ambos autores un cierto paralelismo, que queda considerablemente oscuro por falta de desarrollo.

A las teorías desarrolladas en los tres últimos capítulos les otorga ATIENZA valor como precursoras de las actuales teorías de la argumentación, si bien a ninguna de las tres les reconoce desarrollo y complejidad suficiente como para merecer con propiedad esa misma denominación. De la t.a., de la que acertadamente dice que «viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico» (132), se ofrecen en los capítulos siguientes las que denomina versiones standard, esto es, las de MACCORMICK y ALEXI.

A MACCORMICK se dedica el *capítulo quinto*. Se explica cómo en este autor los casos difíciles no admiten una justificación meramente deductiva o interna, entendiéndose por casos difíciles aquellos que presentan problemas de interpretación, relevancia, prueba o calificación. Para que la decisión de esos casos se pueda considerar justificada ha de reunir los requisitos de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias postuladas. Ahora bien, siendo lo anterior claro, lo fundamental en MACCORMICK es su rechazo de la tesis de la única respuesta correcta, con lo que siempre se podrá optar entre decisiones igualmente justificadas con arreglo a los requisitos mencionados, y esa opción última dentro de esos moldes ya no aparece como reglada por criterios de la racionalidad práctica. Las razones que puedan alegarse en favor de esas elecciones últimas, guiadas por los correspondientes principios o valores,

ya no serán razones concluyentes, y para que sean las mejores se precisará de otro tipo de requisitos relativos a la personalidad del que decide, como su buen juicio, perspicacia, valentía, etc.

Al criticar las tesis de MACCORMICK, ATIENZA concede gran espacio a las críticas a la presentación del razonamiento jurídico como deductivo y reproduce hasta once críticas referidas al manejo de la lógica por MACCORMICK. Con ello vuelve a mostrarse el gran peso que las cuestiones de este género adquieren en este libro, lo que suscita la duda sobre si realmente para la t.a. son relevantes o decisivas las consideraciones relativas al tipo de lógica empleada para la presentación formal del razonamiento judicial, a la discusión sobre la verdad de las normas, a la insuficiencia de la lógica proposicional, etc. La extensión de este apartado suscita la duda de si la lógica jurídica es una parte sustancial o previa, en toda su extensión, de la t.a. o si, por el contrario, los problemas y tesis presentes en la t.a. no varían con las diferentes respuestas dadas a cuestiones lógicas como las que se acaban de ejemplificar. De ser esto último cierto, la amplitud otorgada por ATIENZA a estas cuestiones lógicas perdería buena parte de su justificación en un libro con la temática a que alude el título del suyo. Al fin y al cabo, como se reconoce a lo largo de todo el libro, la justificación interna o deductiva es condición necesaria, pero no suficiente de la racionalidad de la decisión. Y como se muestra en la undécima crítica «lógica» a MACCORMICK, apenas es posible hallar casos fáciles, esto es, que se resuelvan de modo puramente lógico o deductivo, en los que la deducción agote la justificación. Y la t.a., en mi opinión, se centra en lo que queda fuera de ese marco deductivo, por lo que sus consideraciones sobre la lógica sirven a los efectos de delimitación temática o de campos y no abonan una integración entre tal teoría y la lógica jurídica. Allí donde ésta se detiene comenzarían las aportaciones de aquélla, por supuesto sin excluirla.

El segundo grupo de críticas a MACCORMICK en que ATIENZA incide hacen referencia «al carácter ideológicamente conservador de su teoría en cuanto que la misma tiene un sentido fuertemente justificatorio en relación con la práctica de la aplicación del Derecho (especialmente, por parte de los jueces británicos)» (170). Entre los indicios que trae a colación para tal imputación hacia MACCORMICK hay algunos tan llamativos como la prioridad otorgada por éste a «la interpretación literal o interpretación de acuerdo con el sentido más obvio del texto» (170) su escasa proclividad a admitir la interpretación *contra legem* (171) o la caracterización de la actividad judicial como «hacer 'justicia de acuerdo con el Derecho'» (172). La opción de MACCORMICK por una cierta «ética del legalismo» conduce a ATIENZA a preguntarse «hasta qué punto debe un juez o un aplicador del Derecho en general ser fiel al sistema jurídico del que forma parte» (172). Y podríamos nosotros preguntarnos, remitiéndonos a lo dicho ante la imputación conservadurismo a PERELMAN, ¿es más progresista decir que el juez debe ser más fiel o menos fiel al sistema jurídico? ¿Depende en alguna medida la opinión respecto a tal infidelidad del tipo de valores que

muevan a ese juez y al sistema jurídico de que se trate? Y, con alcance más general, ¿es la de conservador/progresista una categorización con la que tenga sentido juzgar el fundamento de una teoría científica o filosófica cuando se hace teoría o filosofía, de modo que teoría más conservadora equivale en términos generales a teoría menos adecuada o acertada y teoría más progresista a teoría más verdadera? ¿Quién define los parámetros de lo que es conservador o progresista y respecto de qué? ¿Es ése, supuesto que pueda definirse, un criterio de verdad en las ciencias sociales?

El tercer tipo de reparos de ATIENZA frente a MACCORMICK se fija en su concepción de la razón práctica y al papel del elemento subjetivo en la decisión. El primer argumento crítico es realmente curioso, pues se rechaza la idea de MACCORMICK de que no cabe en última instancia una justificación objetiva y concluyente de la decisión final, aduciendo que no se puede probar que no exista o se descubra una teoría que permita tal justificación, aunque tampoco podemos probar que exista. Si entiendo bien el argumento, estamos ante una especie de falibilismo de doble faz que, generalizado, nos llevaría al absurdo de no poder afirmar ni que nada es verdadero ni que nada es falso, pues nunca podemos estar seguros de que no vaya a surgir una teoría o dato que muestre la falsedad de lo primero (es obvio que aquí podemos recordar a POPPER), pero, además, y esto sería lo curioso, tampoco de que no vaya a surgir una que muestre que cabe seguridad allí donde había incerteza, o verdad allí donde se alegaba error. Aplicar consecuentemente ese criterio sería ceder al mayor de los relativismos y no merecería la pena seguir preguntándose, por ejemplo, por la posibilidad de construir una adecuada t.a.

El segundo argumento es que ante la pluralidad de opciones subjetivas que pueden ser compatibles con los criterios expuestos de universalidad, coherencia, consistencia y aceptabilidad de las consecuencias, MACCORMICK acaba por señalar que sólo cabe la decisión de la autoridad que el juez representa, con lo que la opción de éste dentro de las soluciones posibles es poco menos que por definición correcta y justificada. Tiene razón ATIENZA al plantear esta limitación, pero con ello lo que está poniendo de relieve tal vez es que MACCORMICK no responde plenamente a la cuestión central de la teoría normativa de la argumentación jurídica (la cuestión, como señala ATIENZA aquí, por fin, de si «no puede introducirse alguna instancia de tipo objetivo que permita optar entre unos u otros valores y que muestre, por tanto, cuáles son las consecuencias más aceptables dentro de los anteriores límites» (175) o la responde negativamente, señalando su imposible resolución. Por último, dentro de este apartado crítico, parece adecuada la objeción a la figura del observador imparcial a que MACCORMICK se remite en algún trabajo reciente para responder a estos problemas, ya que no aclara los perfiles de tal construcción que, además, se compadece mal con sus anteriores observaciones sobre el papel inevitable e irreducible de la subjetividad en la decisión.

El *capítulo sexto* se dedica a la teoría de ALEXY. Resalta cómo entre las diversas influencias teóricas a las que la construcción de Alexy se acoge, la

más palpable es la de HABERMAS, por lo que comienza ATIENZA la exposición de este capítulo explicando la teoría del discurso de HABERMAS. Como la de éste, la de ALEXY es una teoría procedimental de la argumentación y ATIENZA la expone en una treintena de páginas. Tal exposición es exhaustiva en cuanto a la presentación de las reglas y formas del argumentar que ALEXY establece, tanto las referidas al discurso práctico general como al discurso jurídico en cuanto caso especial del práctico general. Pero, en mi opinión, estas páginas adolecen de una considerable oscuridad, posiblemente debido a que ATIENZA entra demasiado rápidamente en la glosa de las reglas, sin haberse extendido bastante en los presupuestos y el contexto teórico general desde el que ALEXY las construye. No se ve con suficiente transparencia de dónde o a cuento de qué vienen tales reglas. Habría convenido, creo, una explicación de en qué consiste una teoría procedimental de la argumentación, explicación más amplia y «didáctica» que la contenida en las páginas 183-185, y una descripción comparativa más clara de en qué consiste la fundamentación «pragmático-trascendental» a que ALEXY se acoge a la hora de basar sus reglas.

Ciertamente, no pueden imputarse a ATIENZA lo que sean oscuridades o insuficiencias del autor en cada caso comentado. Y en el caso de ALEXY, no es desde luego ATIENZA culpable de que la ambición teórica de dicho autor no consiga disipar las dudas acerca de cuestiones tales como la de la fundamentación de las reglas del discurso, la de la fundamentación del principio de universalización, o la sospecha de inconsistencia que cabe derivar del hecho de que un cierto cognitivismo ético se combine con la justificación de la existencia del derecho precisamente como solución a la imposibilidad del pleno acuerdo racional sobre lo debido; o la que se desprende del hecho de que el discurso jurídico racional sirva para asegurar la racionalidad consensual o discursiva de la solución jurídica propuesta pero no para extender ese acuerdo a una única solución, con los consiguientes e inestables equilibrios de ALEXY al polemizar con las tesis de DWORKIN.

Las críticas de ATIENZA a ALEXY son pormenorizadas y en general me parecen atinadas. Pero la descompensación que preside la presentación de las doctrinas de ALEXY por ATIENZA, hace que se critiquen, con acierto, aspectos que apenas fueron mostrados en la exposición, con lo que al lector no versado en la obra de ALEXY le faltan elementos de juicio para ponderar la pertinencia de los desacuerdos.

Tales críticas aparecen divididas en críticas a la teoría del discurso en general y críticas a la teoría del discurso jurídico. No hay lugar aquí ni tiene sentido reproducirlas todas. Particularmente acertadas me parecen las referidas a la fundamentación de las reglas del discurso, donde ATIENZA pone de manifiesto el sinsentido que supone sostener, como hace ALEXY, que el argumento pragmático-trascendental dependa de una premisa empírica; o las dudas que ATIENZA expresa acerca de a qué campos del argumentar jurídico se aplica en concreto la teoría del discurso jurídico de ALEXY y acerca del modo como ALEXY trata infructuosamente de combi-

nar la idea de decisión racionalmente consentida como fruto del procedimiento argumentativo y el inevitable componente decisionista presente en la práctica del derecho; o la mención que hace ATIENZA del problema, por ALEXY no resuelto, de la aplicación de las normas claramente injustas, problema que llevaría a un callejón sin salida la tesis del «caso especial»; o la crítica que se dirige a algunas de las reglas del argumentar jurídico formuladas por ALEXY, como la obligación de citar los precedentes o de usar los argumentos dogmáticos. E importantes, pues son uno de los factores de confusión omnipresentes en las teorías de la argumentación jurídica, me parecen las apreciaciones sobre el entremezclamiento de las perspectivas descriptiva y normativa de la argumentación.

Llamativa es la inclusión como crítica a ALEXY, referida a la cuestión de los límites del consenso, de las hermosas elucubraciones de MUGUERZA sobre el imperativo del disenso, inclusión que a alguien podría sugerirle la habermasiana distinción entre acción comunicativa y acción estratégica. Pero sea la estrategia del tipo que sea, el caso es que resulta un tanto forzado el paso de las elaboraciones de ALEXY por el amplio tamiz de MUGUERZA. Que sea discutible el uso de la idea de consenso en ALEXY es una cosa, y que se haya de sustituir o complementar con la cuadratura del círculo, o por la concordia discorde o por cualquier otra forma de conciencia que viva sin vivir en sí, otra cosa muy distinta. Y aquí nuevamente se insinúa un cierto esquematismo en el uso de las categorías políticas o pseudopolíticas por ATIENZA, cuando nos explica que «la rectificación, o el enriquecimiento, de la ética del discurso que supone la propuesta de MUGUERZA me parece que podría cumplir un papel importante para contrarrestar una cierta tendencia al conservadurismo a la que es proclive (...) la teoría de la argumentación de ALEXY», razón por la cual «el imperativo de la disidencia» «tendría que trasladarse también al campo de la argumentación jurídica» (216). Al margen de que tanto conservadurismo camuflado en las distintas doctrinas puede hacer pensar a algún lector aprensivo en una especie de conspiración internacional, lo que tampoco parece de recibo es la ecuación disidencia igual a progresismo, sin distinguir la índole o legitimación de aquello frente a lo que se disiente; al fin y al cabo, también Hitler fue encarcelado tras los sucesos de 1923 por disentir frente al régimen democrático de Weimar, y también el coronel Tejero puede argumentar que actuó como individuo autónomo y en conciencia al «disentir» de nuestro orden constitucional¹, sin que por ello nos sintamos muy tentados a entender que su acción enriquece o corrige las limitaciones del consenso o exalta el valor del individuo frente a los dictados del acuerdo colectivo. En suma, que disenso del disenso por el disenso, lo cual no ha de desagradar a los partida-

1. Y si se argumenta que el buen disenso ha de ser pacífico, no hay ninguna dificultad en encontrar docenas de ejemplos de sujetos nada progresistas que disienten, de palabra, obra y omisión, de los dictados democráticos y consensuales. Y para mí, entre tales actitudes «críticas» y actitudes como la que ATIENZA reprocha a ALEXY, consistente «en justificar —de manera acrítica— un determinado modelo de Derecho: el del Estado democrático y constitucional» (231), me quedo abiertamente con estas últimas. Entre los críticos y los acríticos también hay clases y conviene, literaturas aparte, no quedarse sólo con la «posse».

rios de éste, si son consecuentes. Además, no se olvide que la idea de disenso o desobediencia ha sido integrada por el propio HABERMAS en su teoría, al hablar de la desobediencia civil y su integración en el Estado de Derecho y como elemento dinamizador de la democracia.

En el *séptimo* y último capítulo se contiene la aportación más personal del autor, pues se propone en él una presentación global de las críticas que en los capítulos anteriores ha ido desgranando a las cinco teorías de la argumentación descritas, así como la exposición de lo que para ATIENZA son «las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría plenamente desarrollada de la argumentación jurídica»(235). A tales fines las consideraciones versan sobre tres aspectos de la t.a.: su objeto, su método y su función.

En cuanto al *objeto* entiende ATIENZA que ninguna de las teorías analizadas lo abarca suficientemente. Una teoría omnicomprendensiva debe ocuparse no sólo de las argumentaciones normativas, sino también de las argumentaciones sobre hechos; tiene que comprender, junto al razonamiento de aplicación del derecho, el de producción legislativa (campo éste en que el propio autor ha realizado en los últimos años aportaciones de gran interés que aquí resume); debe referirse no sólo a la aplicación judicial del derecho, sino también a prácticas jurídicas como la mediación o la negociación. Por último, la teoría ha de poseer una dimensión prescriptiva y una descriptiva, y ello tanto en lo que se refiere al contexto de descubrimiento como al de justificación. Esta extensión que ATIENZA concede al objeto de la t.a. es seguramente un ejercicio de sana ambición, pero puede suscitar la duda de si no se difuminan un tanto los contornos de la teoría, o si no se entremezclan demasiadas cosas bajo un mismo rótulo. Quizá la clave inicial estribe en un adecuado ejercicio de nominación y a tal efecto tal vez resultara más conveniente y clarificador entender que las teorías de la argumentación como las expuestas tienen por objeto el problema de la racionalidad de los juicios de valor en las decisiones jurídicas. Y especial mención haría de la necesidad de separar la dimensión descriptiva y prescriptiva de la argumentación jurídica como objetos de investigación autónomos a los que corresponden métodos distintos, por mucho que existan entre ellos, como entre casi todos los temas, conexiones obvias.

La más clara de esas conexiones y que el propio ATIENZA menciona al hablar del *método* de la t.a., consiste en que se ha de poder describir adecuadamente la práctica argumentativa real para poder, desde ese conocimiento, criticar y mejorar esa práctica por referencia al ideal de argumentación racional que la teoría prescriptiva de la argumentación nos traza. Pero ello no obsta a que se trate de cosas distintas y cognoscibles por vías diferentes, del mismo modo que distinto es, por ejemplo, estudiar el discurso real de los políticos y establecer patrones de racionalidad para el discurso político.

Lo que ATIENZA introduce en este apartado sobre el método es una tercera cuestión que no coincide exactamente con la descripción ni con la prescripción. Se trata de la «representación» de los argumentos jurídicos

mediante imágenes o figuras, representación que, sin duda, es una aportación del máximo interés y útil para la descripción, pero que no agota ésta sino que es un medio auxiliar para la misma. Tiene razón al sostener que, como medio de presentación gráfica de las argumentaciones, sus figuras ofrecen un instrumental más amplio que el lenguaje de la lógica formal deductiva, de la que se sirven MACCORMICK o ALEXY. Son lenguajes que ciertamente se complementan, pero que son distintos y se mueven en lo que podríamos llamar un distinto nivel epistemológico, pues las figuras de ATIENZA reflejan o esquematizan gráficamente argumentos, pero no prescriben nada respecto a los mismos ni llevan implícito ningún elemento normativo, al contrario de lo que ocurre con el lenguaje lógico, que sólo tiene su auténtico sentido sobre el trasfondo de un sistema de reglas y en la medida en que la traducción de los argumentos a este lenguaje es una forma también de controlar su racionalidad en relación con esas reglas, es decir, su racionalidad lógica.

Hecha la anterior salvedad, no se puede discutir la originalidad y elaboración de los modelos representativos que ATIENZA diseña. Pero, no hay en ellos (y tampoco se pretende que lo haya) ningún elemento normativo o prescriptivo del argumentar racional, con lo que poco aportan de lo que, a mi modo de ver, más importa en la t.a. ATIENZA separa adecuadamente ambos aspectos cuando dice que «un método para representar adecuadamente procesos de argumentación es algo bien distinto al establecimiento de los criterios que deban usarse para juzgar acerca de su corrección» (247). Y en cuanto a estos últimos, lamenta la insuficiencia de las propuestas contenidas en MACCORMICK o ALEXY, pues sus criterios de racionalidad práctica «son sólo criterios mínimos que sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones y formas de argumentación» (248). Pero el problema que quedaría por resolver para la t.a. sería, para ATIENZA, el de cómo acertar entre esas decisiones jurídicas no irracionales con la decisión correcta. ¿Indica esto que ATIENZA suscribe la tesis de que allí donde caben varias decisiones racionales, en el sentido de no irracionales (esto es, varias decisiones compatibles con la correcta aplicación del proceso argumentativo dirimente de la racionalidad práctica), existe, sin embargo, una única decisión objetivamente correcta?

Por último, respecto de las *funciones* o fines de la t.a. jurídica, menciona tres: contribuir a una más completa y perfecta visión del fenómeno jurídico, especialmente en su dimensión dinámica; proporcionar «una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el Derecho», así como para la construcción de sistemas jurídicos expertos y para la enseñanza del Derecho; y, en tercer lugar, alude ATIENZA a una función de tipo político o moral, dependiente de que la t.a. consiga «comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista» (251), corrigiendo así la propensión de autores como MACCORMICK o ALEXY a valorar positivamente

te el derecho de los Estados democráticos. Nuevamente aparece la desazón política del autor. Y aquí habría que decir que la mejor aportación que ATIENZA podría hacernos sería comenzar, como paso previo a la elaboración de una t.a. y dado que es un dato condicionante del acierto de la misma, por pergeñar la teoría de un Estado más justo y legítimo que el constitucional y democrático. Porque, entretanto, al contrario que el gallego del dicho, muchos seguiremos pensando que tales estados mejores, haber habra-los, pero no creemos en ellos. Que junto a los casos fáciles y los difíciles existan casos trágicos (aquellos en los que «no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y moral» (252) no tiene por qué ser un argumento para creer en un Estado de armonía perfecta en que todos los casos fueran fáciles por ser todas las normas claras y justas sin discusión. Personalmente, si he de optar entre ese modelo que podríamos llamar del «Juicio Final» y un modelo de justicia (que podríamos denominar como modelo «Calvo Cabello») en el que «el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo» (251), yo, mientras nos movamos en un Estado constitucional y democrático, opto por la solución de enmedio y prefiero la injusticia del legislador democrático a la justicia del que accede por oposición o concurso a un puesto decisorio. Comparto con ATIENZA la idea de que «el Derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí sea el mejor de los mundos existentes)» (251-2). Sólo que no me hace gracia que sirva la imaginación de cualquiera, sobre todo si no le respaldan los votos, para reemplazar lo mejor de lo que existe, por imperfecto que sea. Y diría más, corre tanto peligro eso que existe, es decir, los mecanismos de la democracia, que todas las fuerzas del progresismo parecen poco para que no nos lo cambien de tapadillo por alguna caricatura trágica. Ahí es donde cabe dar la talla moral cada día, y no sólo argumentando, y ahí sí puede el rebelde y el defensor del disenso ejercitarse en la pugna contra la comodidad o la complicidad con los guiños del poder, y ahí es donde el partidario de la acción comunicativa tiene que asumir el curioso riesgo de acabar hablando solo, o sólo con los que no mandan. Con todo esto me alejo del tema central del libro que comento, pero respondo con mi preocupación a la sana preocupación política que Atienza aplica en el examen de las teorías de la argumentación.

Por lo demás, la obra es sumamente estimulante y su mismo estilo crítico invita al más positivo de los debates. Hay libros de nuestro amplio y renovado gremio que son fruto de la documentación y el intercambio con el mejor pensamiento actual, y los hay que no son más que puro ejercicio de imaginación, más o menos enfebrecida, u homenajes al género fantástico. Yo prefiero, sin dudarlo, los primeros, como este de MANUEL ATIENZA.