

paración del curso. Es raro que alguien reúna las cualidades de inteligencia, vocación, talento investigador, capacidad docente y compromiso político en el alto grado en que pueden encontrarse en Alí Lozada. Sin duda, una gran fortuna para el Ecuador y un signo claro de que la filosofía del Derecho en ese país tiene un futuro promisorio.

Manuel Atienza

Alicante, octubre de 2009

## 1. **EXPOSICIÓN DEL MÉTODO**

MANUEL ATIENZA

## 1. ANALIZAR, EVALUAR Y ARGUMENTAR.-

En mi libro *El Derecho como argumentación*<sup>1</sup> traté de ofrecer lo que podría considerarse la parte más general de una teoría de la argumentación jurídica. La tesis fundamental allí defendida venía a ser ésta: para dar cuenta adecuadamente de la dimensión argumentativa del Derecho habría que considerar (distinguir, para luego integrar en una teoría compleja) los componentes formales, materiales y pragmáticos (dialécticos y retóricos) que existen en toda argumentación. A partir de ahí—esa era mi pretensión—se estaba en condiciones de poder afrontar las tres grandes preguntas que plantea ese enfoque del Derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho. Lo que en este trabajo me propongo es contestar a la primera de las preguntas que, de todas formas, no puede separarse tajantemente de las otras dos: el análisis de una argumentación puede—suele—ser emprendido con vistas a detectar cuáles son sus puntos fuertes y débiles lo cual, a su vez, suele ser una preparación para llevar a cabo una argumentación. Piénsese, simplemente, en la situación de un juez de apelación que debe resolver un recurso: para hacerlo debe analizar la fundamentación del tribunal apelado y de las partes, evaluar la calidad de los argumentos

1. Barcelona, Editorial Ariel, 2006.

empleados y, a partir de ahí, producir su propia fundamentación, su propia argumentación.

En todo caso, y por lo menos a efectos didácticos, tiene sentido distinguir entre tres situaciones: en las que alguien—un jurista, en el sentido más amplio de la expresión— puede encontrarse en relación con la argumentación:

- 1) Un órgano judicial, un órgano legislativo, un abogado, etc. ha llevado —o está llevando— a cabo una argumentación, y se trata de entender en qué consiste esa operación o el resultado de la misma (ya hemos visto que la argumentación podía entenderse como un proceso, como una actividad, o bien como un resultado). Para ello es necesario mostrar cuáles son los diversos elementos de la argumentación y cómo se relacionan entre sí, por qué se argumenta, esto es, qué tipo de problema desencadenó la argumentación, qué propósito perseguía el que produjo la argumentación, qué fases cabe distinguir en la misma, etc. Por supuesto, entender así el análisis de las argumentaciones supone no ver la argumentación puramente desde el punto de vista lógico-formal; el análisis no es únicamente análisis de la forma de los argumentos.
- 2) En lugar de (o, quizás mejor, además de) entender la argumentación que alguien ha realizado —o está realizando— el jurista (o, en general, quien exami-

na una argumentación) puede pretender enjuiciarla, esto es, contestar a la pregunta de si se trata o no de una buena argumentación. También aquí, y como hemos visto, la “bondad” puede verse en términos formales, materiales y/o pragmáticos. Una buena (correcta) argumentación desde el punto de vista formal puede ser muy poco sólida desde el punto de vista de las razones que incorporan y resultar o no persuasiva.

- 3) Finalmente, el jurista (el juez, el abogado, el teórico, etc.) puede estar en una situación en la que debe argumentar: para fundamentar una decisión, para presentar un recurso que persuada al juez o a algún órgano administrativo para que decida en tal sentido, para persuadir al abogado de la otra parte de que lo mejor para ambos es encontrar una solución negociada, para mostrar la necesidad de un cambio jurisprudencial en tal sentido, la injusticia de determinada medida legislativa, la corrección o incorrección de tal teoría, etc.

Como es obvio, en el caso de 1) y de 2) se trata de actividades *ex post*, o sea, presuponen una argumentación ya dada, mientras que 3) tiene lugar *ex ante*. Pero eso no quiere decir exactamente que se trate, respectivamente, de la posición de un observador o espectador, en un caso, y de un participante en la argumentación, en el otro. Entender y, sobre todo, evaluar una argumentación supo-

ne asumir una actitud bastante comprometida, puesto que (conviene insistir en ello) la argumentación no debe verse exclusivamente en términos formales; si se quiere, el análisis no va encaminado únicamente a *entender*, sino también (al menos en ocasiones) a *comprender*; y la evaluación no lo es sólo en términos lógico-formales, no se trata sólo de evaluar la corrección lógica de los argumentos. Además, la posición *ex ante* es aquella en que puede encontrarse alguien que asume un punto de vista muy abstracto, esto es, alguien que trata de elaborar una teoría no sobre cómo debe él argumentar ante una determinada situación, sino sobre cómo se debe argumentar (o cómo se argumenta) en clases de situaciones (la del abogado que debe preparar un recurso, el juez que tiene que dictar una resolución, etc.) o absolutamente en general, haciendo abstracción de cualquier situación.

La distinción —como ya antes he señalado— tampoco tiene que ver con considerar la argumentación como resultado o como proceso: se puede analizar o evaluar tanto una cosa como otra; y el que tiene que argumentar (o señalar a otro cómo hacerlo) puede fijarse tanto en el proceso como en el producto (y, por lo común, en ambas cosas).

Ni, en fin, puede caracterizarse en términos de lenguaje descriptivo o prescriptivo. Para entender una argumentación hay que analizarla, esto es, mostrar—describir—cuáles son sus componentes y cómo se relacionan entre sí, pero eso es algo que no puede hacerse sin interpretar. Así,

cuando uno analiza una argumentación —por ejemplo, la motivación de un juez— hay muchos pasos en los que el analista tiene que tomar una decisión: por ejemplo, entender que hay una premisa implícita de cierta forma y contenido o que tal argumento (tal razón) se dirige más bien en una dirección que en otra. Todo ello supone adoptar algún principio interpretativo (por ejemplo, el llamado principio de caridad), de manera que el discurso usado para analizar (el *analysans*) no puede verse como una simple descripción del *analysandum*, del que se trata de analizar.

Por lo que se refiere a la evaluación de las argumentaciones, tampoco se trata estrictamente o exclusivamente de prescribir. El juicio evaluativo se basa en una comparación entre la argumentación que ha tenido lugar y algún modelo de lo que puede considerarse como una buena argumentación. En ese sentido, incorpora un aspecto prescriptivo: por ejemplo, si un argumento se califica como falaz, eso quiere decir que no debería haberse argumentado así; y si la evaluación es positiva, podría decirse que entonces lo que es o ha sido la argumentación es lo que debería ser. Pero hay problemas de evaluación de las argumentaciones que no tienen que ver con prescribir en sentido estricto: Por ejemplo, la fijación de los criterios de evaluación se asemeja a la elaboración de reglas ideales (en el sentido de von Wright<sup>2</sup>), una operación que tiene más que ver con el análisis de un concepto (el de “buen profesor” o el de “buena argumentación”) que propia-

2. Véase George H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1970, pp. 32-34.

mente con la prescripción de conductas. Y tampoco tiene que ver propiamente con prescribir la elucidación de por qué la coherencia juega un papel tan importante en la argumentación jurídica; o la discusión sobre si hay o no una única respuesta correcta en el Derecho (si son posibles diversas justificaciones y, por lo tanto, diversas argumentaciones).

En fin, la tercera de las cuestiones, la de cómo argumentar, es esencialmente ambigua, en relación con la división del discurso en descriptivo y prescriptivo: puede entenderse en el sentido de cómo se argumenta de hecho o cómo se debe argumentar; o, mejor dicho, la respuesta a la misma envuelve tanto aspectos descriptivos como prescriptivos.

Una dificultad importante al afrontar el problema de cómo analizar las argumentaciones jurídicas es que existen tipos y contextos muy distintos: la argumentación del juez, la del abogado, la del legislador...; y, en el caso del juez, la argumentación que tiene lugar durante la deliberación dentro del tribunal, o la plasmada en el texto de la sentencia... ¿Cabe a pesar de ello pensar en un modelo común de análisis?

La lógica formal suministra un modelo (o más de uno) que, en muchos aspectos, resulta útil pero que, inevitablemente, es muy abstracto, esto es, no permite captar muchos aspectos relevantes de las argumentaciones; en seguida se verá esto con un poco más de detalle.

Tampoco parece que a partir de los elementos materiales de la argumentación pueda elaborarse un modelo de carácter general y que resulte útil: el análisis de una argumentación jurídica no puede consistir exclusivamente en identificar el tipo de razones esgrimidas (si se trata de razones formales, sustantivas, etc.) y su peso relativo que, por lo demás, es diferente según el tipo de argumentación y según el contexto.

Desde la perspectiva pragmática parece que se estaría en mejores condiciones para dar cuenta de todos los aspectos de la argumentación, pero sigue existiendo la dificultad de que, si es un modelo completamente general, entonces quizás no sea de gran utilidad, y si resulta útil (capta los elementos relevantes de la argumentación), entonces no es ya completamente general. Por ejemplo, el modelo de Perelman<sup>3</sup>, el de la retórica, que se basa en distinguir entre el orador, el discurso y el auditorio, sirve para todas las argumentaciones pero ello, por sí mismo, no da un gran poder de análisis. La riqueza analítica sólo se logra cuando se distinguen diversos géneros retóricos (deliberativo, judicial, epidíctico) y se proponen clasificaciones, distinciones, etc. para cada uno de esos géneros (por ejemplo, la teoría de los estados de la causa en relación con la argumentación judicial). Y el modelo de análisis de Toulmin (el de la lógica informal, el de la dialéctica)<sup>4</sup> es, sin duda, de un gran interés, pero quizás no sea completamente general. A diferencia de lo que ocurre con

3. Puede verse, esencialmente, Chaim Perelman y Lucie Olbrecht-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

4. Véase Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958; y Stephen E. T. Richard Rieke y Allan Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York, MacMillan, 1978.

los esquemas de la lógica formal estándar, los de Toulmin, como se sabe, pretenden captar la argumentación en cuanto a interacción humana, que tiene lugar entre un proponente y un oponente. Pero lo que reflejan los esquemas es, básicamente, la argumentación que ha llevado a cabo el proponente, esto es, no logra dar cuenta del todo del proceso dialéctico de una argumentación. Naturalmente, puede pensarse en (y se han elaborado) esquemas que corrigen ese déficit (o sea, que incorporan también la actividad del oponente), pero su utilidad analítica parece ser limitada: por un lado, porque las reglas de la argumentación (de la carga de la prueba, del juego de las presunciones, etc.) son muy distintos según el tipo de discurso de que se trate (discurso racional, estratégico, etc.); por otro lado porque, si se pretende por ejemplo analizar una sentencia judicial, entonces un esquema basado en la distinción entre los dos roles de proponente y de oponente no parece el más indicado.

La estrategia que yo seguiré aquí va a consistir en partir de un tipo característico de argumentación jurídica, la justificación judicial, y construir un modelo adecuado a la misma pero que pueda con cierta facilidad extenderse (con añadidos y con alguna modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas.

## 2. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS.-

Cada una de las tres concepciones o, mejor, perspectivas de la argumentación (formal, material y pragmática)

que se han distinguido lleva también a una manera distinta de analizar los argumentos, puesto que cada una de ellas comporta (o, por lo menos, pone el énfasis en) un determinado aspecto de la argumentación.

La concepción formal—como se ha dicho—se centra en los argumentos cuando se prescinde de lo que es su contenido y su contexto. Podría suministrar, entonces, un modelo abstracto (o la base de un modelo) que luego podría enriquecerse con otros elementos. Y el primer paso para el análisis parece que tendría que consistir en un método para representar los argumentos.

Como es obvio, la lógica formal estándar pone a disposición un método de representación que se ha usado con frecuencia en relación con las justificaciones judiciales y que es, por ejemplo, el que utilizan los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica. Así, Alexy<sup>5</sup> elabora un modelo general de justificación interna (de silogismo subsumitivo) cuya forma (simplificada) sería:

- (1) (x) (Tx ? Orx)
- (2) (x) (M1x ? Tx)
- (3) (x) (M2x ? M1x)

\* \* \* \* \*

- (4) (x) (Sx ? Mnx)
- (5) Sa
- (6) Ora (1)-(5)

5. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Un ejemplo de argumento que llenaría el anterior esquema sería:

- (1) Quien comete un asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.
- (2) Quien mata a otro alevosamente comete asesinato.
- (3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
- (4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
- (5) X mató a Y mientras este último dormía
- (6) Por lo tanto, a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

Y MacCormick<sup>6</sup> utilizó la lógica de proposiciones (pero lo mismo podría hacerse –para evitar ciertos problemas técnicos– con la lógica de predicados) para representar la justificación del tribunal en un caso famoso del common law: el caso *Daniels versus R. White and Sons and Tarbard*. Concretamente, la fundamentación aparecía representada como una serie de modus ponens, cuyo principio y final sería:

$p \rightarrow q$  (1) Si una persona transfiere la propiedad de sus mercancías a otra persona por una suma de dinero, entonces existe un contrato de venta de esas mercancías entre ambas partes, llamadas “vendedor” y “comprador” respectivamente.

$p$  (2) En este caso, una persona (la señora Tarbard) transfirió la propiedad de un bien (una botella de limonada a otra persona (el señor Daniels)) por una suma de dinero.

$\therefore q$  (3) En este caso, se efectuó un contrato de venta de esa mercancía (una botella de limonada) entre la parte vendedora (la señora Tarbard) y la compradora (el señor Daniels)

\* \* \* \* \*

$x \rightarrow y$  (15) Si un vendedor ha roto una condición de un contrato cuyo cumplimiento le fue requerido, entonces el comprador está autorizado para obtener del vendedor los daños y perjuicios equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor (el comprador tiene otros derechos que no vienen aquí al caso).

$x$  (16) En este caso, la parte vendedora ha roto una condición del contrato, cuyo cumplimiento le había sido requerido.

$y$  (17) En este caso, el comprador está legitimado para obtener del vendedor los daños equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor.

Este método de representación tiene, sin embargo, una serie de inconvenientes, o de insuficiencias, ligados a la naturaleza de la lógica formal:

6. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

1) No da cuenta del flujo de la argumentación. Lo que se representa no es el proceso, la actividad de argumentar, sino el resultado de la argumentación: el conjunto de premisas y de conclusiones –parciales y finales– y de reglas que justifican el “paso” de las premisas a la conclusión. Eso quiere decir, por ejemplo, que el orden de las premisas es indiferente o, simplemente, que el orden en que son presentadas no coincide con el orden en el que aparecen en el proceso real de la argumentación. La idea de Toulmin de comenzar con la pretensión (con la conclusión) obedece precisamente a un propósito de captar el proceso real de la argumentación. Naturalmente, en el análisis de una argumentación jurídica hay muchos aspectos (por ejemplo, aspectos retóricos de la argumentación) que tienen que ver con ello, con el orden.

2) No da cuenta de la diferente fuerza que tienen cada una de las razones, de los argumentos. En la lógica formal estándar, todas las premisas (no superfluas) valen lo mismo, en el sentido de que cada una de ellas es condición necesaria (y el conjunto de las mismas, condición suficiente) para llegar a la conclusión. Pero cuando alguien trata de entender la argumentación contenida, por ejemplo, en una motivación judicial, es obvio que no todas las razones, todos los argumentos, que se contienen en la sentencia valen lo mismo. Una razón puede tener muy poco peso o, sencillamente, ser desplazada –derrotada– por otra más fuerte.

3) No da cuenta de la variedad de actos de lenguaje en que consiste argumentar. En la lógica formal estándar todas las premisas aparecen como aserciones; y en el caso

de la lógica jurídica utilizada por MacCormick y Alexy cabría decir que se combinan dos tipos de actos de lenguaje: las aserciones de que ha tenido lugar un hecho –la premisa fáctica–; y un juicio de adhesión normativo –la premisa normativa–, que no puede interpretarse como la aserción de que existe una norma, sino de que uno –el argumentador, el juez– adhiere a esa norma. Pero en la argumentación de una sentencia uno se encuentra también con otros actos de lenguaje, como suposiciones e interrogaciones.

4) La representación de los argumentos es, en la lógica formal estándard, por así decirlo, lineal: de ahí –recuérdese–, la vinculación de la argumentación deductiva con la metáfora de la cadena; pero las argumentaciones reales se asemejan más bien a la trama de un tejido (la metáfora es de Perlman) o a las patas de una silla (Wisdom): lo que da solidez a la conclusión es –naturalmente– un conjunto de argumentos, de razones, vinculados entre sí en forma muy variada.

La concepción material, como hemos visto, lleva a un análisis de la argumentación que se centra en las premisas, en las razones, y no en los elementos formales, en la estructura de la argumentación. En ese sentido, de cara a construir un método para la representación de los argumentos, dar cuenta de los elementos materiales de la argumentación supone reflejar de alguna manera la naturaleza y el peso de las premisas, de las razones. Pero, como es obvio, las razones (cada razón) ocupa(n) un lugar en el conjunto de la argumentación, en la estructura: el análisis material es compatible con –presupone– el de tipo formal.

Finalmente, la concepción pragmática pone el énfasis en los aspectos dinámicos de la argumentación, en la argumentación vista como una actividad, como un proceso. Muchos de estos elementos están, por así decirlo, suprimidos cuando se toma como ejemplo de argumentación (tal y como lo estamos haciendo aquí) la motivación judicial que se plasma en el texto de una sentencia (no la deliberación interna del tribunal). Pero no todos ellos. Un método para representar esa argumentación no tiene por qué—no debe—basarse en un esquema dialéctico en donde aparecen diferenciadas las actividades del proponente y del oponente, señaladas las cargas de la prueba, etc.<sup>7</sup> Es decir, no se trata de reflejar la discusión que haya podido tener lugar en el interior del tribunal o las diversas vías argumentativas (con las posibles contra-réplicas, etc.) que se le ofrecen, por ejemplo, al abogado que se plantea cómo construir una argumentación frente a un determinado caso (o tipo de caso). Pero sí debe reflejarse hasta cierto punto la actividad mental, discursiva, del redactor de la sentencia, y en la medida en que haya quedado plasmada en el texto: la argumentación parte de algún lugar (de algún problema) y trata de llegar a otro (a una solución); plantea los argumentos en un cierto orden; no sólo afirma, sino que interroga, hace suposiciones que en algún momento confirma o no, etc.

7. O sea, no debe sí, lo que se quiere, es plasmar la argumentación tal y como aparece reflejada en el texto de la sentencia. Pero los esquemas dialécticos pueden ser útiles para otros propósitos. Véase, por ejemplo, Henry Prakken y Giovanni Sartor, "The Role of Logic in Computational Models of Legal Argument: A Critical Survey", en *Computational Logic: Logic Programming and Beyond*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2002.

### 3. UN MÉTODO PARA REPRESENTAR ARGUMENTOS.—

Un método para representar argumentos jurídicos (en principio, la argumentación que lleva a cabo el juez cuando motiva una decisión) debería entonces dar cuenta de los elementos formales, materiales y pragmáticos indicados. No puede, por ello, ser sin más el método de la lógica formal, sino que debería aproximarse más bien a un esquema como el de Toulmin que, de alguna manera, recoge las anteriores exigencias o, al menos, buena parte de ellas. Ese es también el propósito que se encuentra en los libros de lógica informal<sup>8</sup>: una representación de las argumentaciones que se aproxima a cómo, de hecho, la gente argumenta.

En algunos trabajos de años pasados propuse un método de representación de los argumentos mediante diagramas de flechas<sup>9</sup>. La idea se me ocurrió leyendo un trabajo de Eike von Savigny sobre argumentación en la ciencia de la literatura (1976) y me pareció que, de alguna forma, lo que yo proponía podía verse como una extensión, o generalización, de los esquemas de Toulmin. Luego pude comprobar que el gran procesalista estadounidense Wigmore había propuesto y desarrollado, a partir de 1913, un método de análisis (el "chart method")<sup>10</sup>

8. Un libro interesante en este sentido, y que he tenido muy en cuenta en lo que sigue, es el de Huberto Marraud, *Metodología Argumentandi*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007.

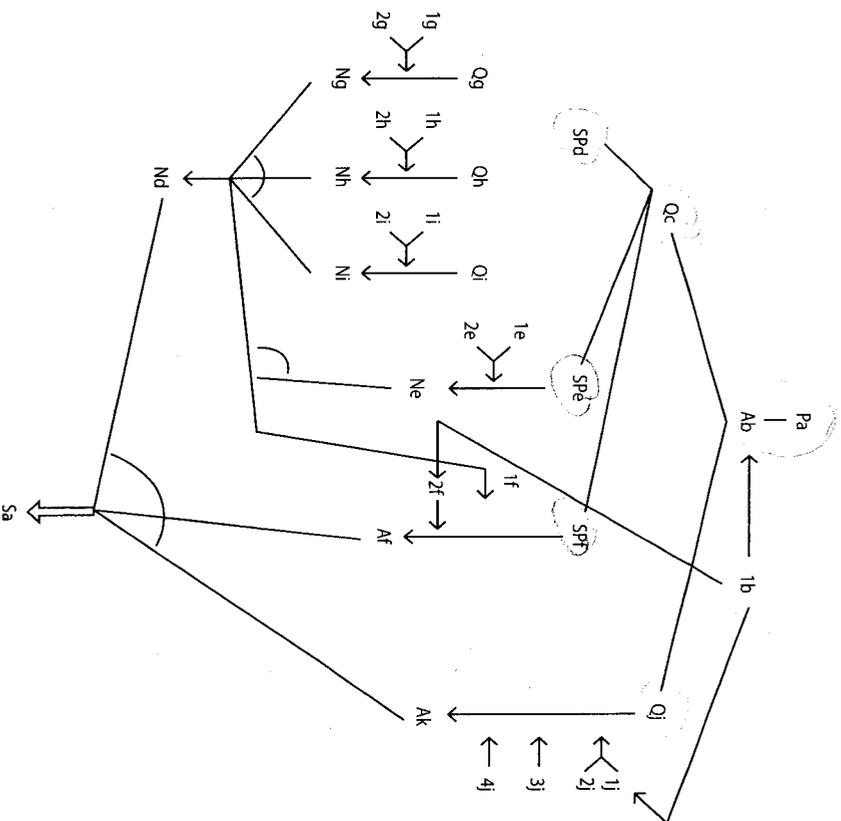
9. Véase Manuel Aienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (capítulo séptimo).

10. John H. Wigmore, *The Science of Judicial Proof*, Boston, Little Brown (3ª ed.), 1937. Véase también Terence Anderson y Williams Twining, *Analysis of Evidence. How to Do Things with Facts Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Northwestern University Press, 1991.

que tenía grandes similitudes con ello, aunque Wigmore lo había ideado como un instrumento específicamente para la argumentación en materia de hechos. La idea fundamental en mi modelo consistía en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento de un problema a la propuesta (argumentativa) de una solución. Las relaciones de inferencia se representaban mediante flechas (con diversas orientaciones y fuerzas) que conectaban enunciados que eran el contenido de diversos actos de lenguaje que se simbolizaban mediante figuras geométricas<sup>11</sup>: por ejemplo, un rectángulo para representar la afirmación de enunciados empíricos (universales o singulares), un rombo para una pregunta que se plantea en el curso de la argumentación y que puede tener una o más salidas, etc. Para hacerse una idea general reproduciré el esquema que representaba la argumentación de la Corte Constitucional colombiana en una sentencia (nº 221) del año 1994 en la que se declararon nulos (inexequibles) varios artículos de una ley de 1986 que tipificaba como delito el autoconsumo de estupefacientes. Para evitar el engorro de reproducir figuras geométricas, estas han sido sustituidas por letras mayúsculas<sup>12</sup>:

11. También Wigmore representaba con figuras geométricas los diversos "tipos de prueba": la aserción de un testigo afirmando un hecho, una prueba circunstancial, un hecho admitido por el juez, etc.

12. Manuel Ateiza, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, 1997.



En el diagrama, los vectores representan la relación de "ser un argumento en favor de"; cuando esa relación es deductiva -lo es en su tramo final-, se indica con una doble línea; igualmente, se señala con un arco el caso en que lo que funciona como argumento es el conjunto de los dos o más ramas que convergen ahí (si no existe ese arco, cada una de las ramas representa un argumento).

La combinación de una letra minúscula y una o más mayúsculas representan los diferentes pasos del proceso argumentativo. Sin entrar en muchos detalles, baste con decir que la minúscula representa un contenido proposicional y la mayúscula el tipo de acto de lenguaje efectuado (lo que deriva de ver la argumentación como un acto de lenguaje complejo); en el esquema, P representa la pregunta, el problema, con que se abre el proceso argumentativo; S, la respuesta, la solución final; Q, una cuestión que se formula en el transcurso de la argumentación; SP, una suposición; A una aserción; y N una negación. Los símbolos, pues, deben leerse así:

Pa: ¿son inconstitucionales los artículos de la ley de 1986 que establecen la punición del autoconsumo de drogas (con la excepción de la definición del autoconsumo)?;

Ab: el artículo 49 de la Constitución colombiana no puede entenderse en el sentido de que establece o justifica un deber consigo mismo;

Qc: ¿cómo han de interpretarse esos artículos de la ley y el artículo 49 de la Constitución?;

SPd: supongamos que se trata de un deber hacia con otros;

SPe: supongamos que se trata de un deber paternalista;

SPt: supongamos que (el art. 49 de la Constitución) no es una norma, sino un simple deseo;

Qg: ¿sería un deber hacia los próximos?;

Qh: ¿sería un deber para con la comunidad?;

Qi: ¿sería un deber que deriva del peligro potencial que existe para terceros?;

Ng: no es un deber hacia los próximos;

Nh: no es un deber para con la comunidad;

Ni: no es un deber que derive del peligro potencial que existe para terceros;

Nd: no es un deber hacia con los otros;

Ne: no es un deber paternalista;

Af: (el art. 49) es la plasmación de un deseo, no una norma;

Qj: ¿cómo debe interpretarse el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la Constitución)?

Ak: el art. 16 de la Constitución prohíbe castigar penalmente conductas que no supongan un daño para otro;

Sa: los artículos de la Ley de 1986 son inconstitucionales.

Finalmente, cada combinación de un número y una letra representa un argumento concreto que sustenta la realización de un paso argumentativo (o de lo afirmado, negado, etc. en el paso). Es decir:

1b: por razones ontológicas, el Derecho no puede regular tipos de conducta que no supongan algún grado de interferencia en la conducta ajena;

1g: quien no tiene allegados no podría cometer ese delito, lo que resulta absurdo;

2g: el castigo no serviría para otra cosa que para acrecentar el dolor de los allegados, lo que resulta igualmente absurdo;

1h: los ya marginados e irrecuperables socialmente no podrían cometer el delito, pues la sociedad no tendría nada que perder aquí, lo cual resulta obviamente absurdo;

2h: tendría que prohibirse también el consumo de sustancias nocivas como el tabaco, o las grasas que aumentan el colesterol y propician enfermedades coronarias, lo que no es el caso;

1i: la ley establecería una discriminación entre el consumo de drogas y el de alcohol, carente de fundamento;

2i: un sistema penal liberal y democrático no puede castigar penalmente conductas meramente peligrosas: "a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace";

1e: esa interpretación iría en contra de "la filosofía que informa la Carta Política del 91 [que] es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria";

2e: pretender que el Estado conoce mejor que los súbditos lo que conviene a sus propios intereses supondría "la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiere con la esfera de la libertad ajena";

1f: tanto la interpretación d (se trata de un deber hacia con otros) como e (se trata de un deber paternalista) son rechazables;

2f: aquí no cabría hablar de pretensor de ese deber pues, de acuerdo con la filosofía liberal que inspira la Constitución, "sólo las conductas que interfirieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles";

- 1j: el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene como límite (establecido en el art. 16) "los derechos de los demás y el orden jurídico"; pero, de acuerdo con el orden jurídico constitucional, "el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución";
- 2j: los artículos que sancionan el consumo de drogas van en contra del "espíritu" de la Constitución, porque se trata de una Constitución liberal que viene a recoger el primer principio de la justicia de Rawls, de manera que "es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad";
- 3j: considerar a la persona como autónoma (como hace la Constitución) implica que "los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos". Cada cual tiene derecho a elegir su propio plan de vida, aunque los demás no lo compartan: el gobernante no puede interferir en esa decisión "mientras esa forma de vida, *en concreto*, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro";
- 4j: "que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de los otros" forma parte del "interés común" de una concepción personalista de la sociedad como la que se contiene en la Constitución colombiana.

Pues bien, me parece que ese método de representación, precisado y ampliado de la manera que voy a exponer ahora, resulta un instrumento útil para el análisis de los argumentos, en cuanto permite dar cuenta de los diversos aspectos de la argumentación señalados en el apartado anterior, esto es, tanto de las inferencias o del flujo de la argumentación (del paso de unos enunciados a otros), como de los tipos de enunciados (de la naturaleza de las premisas y de su contenido proposicional) y de los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de esos pasos.

Antes de pasar a exponerlo con cierto detalle, es importante trazar una distinción entre argumentación, argumentos y líneas argumentativas, y que es como sigue.

Una argumentación es todo el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que tienen lugar entre el planteamiento de una pregunta inicial (un problema), con que se abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución –argumentativa– del problema), que significa el cierre de la argumentación. Básicamente consiste en un conjunto de argumentos y de líneas argumentativas. Pero todos los pasos de una argumentación no son argumentativos. No lo son aquellos que no requieren de ninguna razón para ser dados y que se representan mediante líneas (y no mediante flechas). Así, en el ejemplo que estamos manejando, es lo que ocurriría con el paso de Pa a Ab o de SPD a Qg, Qh y Qi.

Un argumento es una razón (formulada por medio de un enunciado) a favor o en contra de una determinada tesis (expresada esta última también en forma de un enunciado). Consta, por tanto, de tres elementos: la razón (la premisa), la tesis (la conclusión) y la vinculación—el ser una razón a favor o en contra—que se establece entre ambos (la inferencia). Las razones (los argumentos en sentido estricto) pueden ser más o menos completas. Quiero decir que puede tratarse de una razón que se expresa con un simple enunciado; por ejemplo, el argumento 1e del anterior esquema (“1a interpretación paternalista de las normas legales va en contra de la filosofía libertaria y no autoritaria que informa la Constitución colombiana”) es una razón para negar (en contra de) la tesis de que la ley incorpora un deber de carácter paternalista. O bien, puede tratarse de una razón compleja que da lugar a una serie de enunciados que, a su vez, pueden analizarse en términos de razones y de tesis, de premisas y de conclusiones; por ejemplo, el argumento 1h (“los ya marginados e irrecuperables socialmente no podrían cometer el delito, puesto que la sociedad no tendría nada que perder aquí; lo cual resulta obviamente absurdo”) es, en su conjunto, una razón para negar (en contra de) que el artículo de la ley deba interpretarse como un deber para la comunidad; pero que “los ya marginados e irrecuperables socialmente no podrían cometer el delito, puesto que la sociedad no tendría nada que perder aquí” es, a su vez, una razón para considerar que “esa interpretación de la norma es absurda”.

Finalmente, una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defen-

der una tesis o a atacarla. Por ejemplo, 1g, 2g, 1h, 2h, 1j y 2j constituyen una línea argumentativa a favor de Nd, o sea, de interpretar que la ley *no* establece un deber hacia los otros.

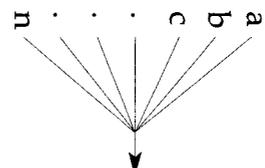
Además, debe tenerse en cuenta que la noción de razón o de argumento en sentido estricto tiene un carácter subjetivo, en cuanto que para ser considerado como tal basta con que cumpla la función característica de ser algo que el argumentador aduce a favor o en contra de una tesis, sin importar si es o no sincero o si se trata de buenas razones o bien de razones irrelevantes, engañosas o falsas. Lo que se pretende, recuérdese, es construir un método para analizar las argumentaciones. La crítica, la evaluación, debe venir (metodológicamente hablando) después.

Pues bien, un argumento simple se representa con una flecha que une dos enunciados: la razón (la premisa) y aquello a favor o en contra de lo cual es una razón (la conclusión, la tesis):

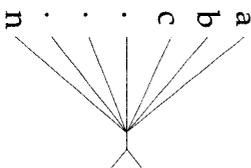
a → b se leerá como: a es una razón a favor de b; y

a ← b como: a es una razón en contra de b.

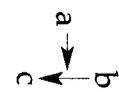
Pero los argumentos pueden adoptar muchas veces formas complejas, esto es, pueden combinarse entre sí de diversas maneras. Así:



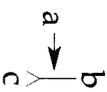
d, representa la relación en la que a, b, c...n constituyen razones que tienen alguna relación de dependencia entre sí a favor de d, y



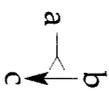
d, la misma relación anterior, pero en términos de razones en contra.



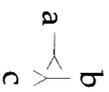
representa la relación en la que a es una razón para el paso de b a c, esto es, para fundamentar c con ayuda de b. Y



La relación en la que a es una razón para atacar c por medio de b.



a es una razón en contra de la fundamentación de c con la ayuda de b.



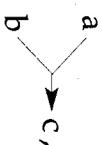
a es una razón contra el ataque de c con ayuda de b.

Además, la idea de ser un argumento a favor o en contra puede ser negada. Así:

a  $\rightarrow$  b: significa que a no es una razón a favor de b; lo cual es más débil que decir que a es una razón en contra de b, y

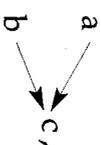
a  $\nrightarrow$  b: a no es una razón en contra de b; lo que, a su vez, es más débil que afirmar que a es una razón a favor de b.

Por otro lado, el conjunto de dos o más razones puede ser una razón a favor o en contra de algo, en dos sentidos distintos:



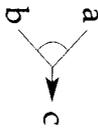
1) En el sentido en el que hasta ahora se ha usado, tanto a como b son razones a favor de c, pero no completamente independientes.

O sea, la anterior relación es distinta a:



que expresa que a y b son razones interdependientes entre sí.

2) Pero cabe un sentido distinto. Cuando lo que se quiere expresar es que la razón lo constituye el conjunto de a y b, pero no cada una de ellas por separado, y que puede representarse así:



Finalmente, dado que el peso de las razones puede ser muy distinto, eso puede representarse añadiendo signos de "más" (+) o de "menos" (-) sobre el segmento correspondiente. Así:

$a \rightarrow b$  expresará la relación en la que a es una razón a favor de b, cuyo peso no se especifica, pero

$a \rightarrow^+ b$  representa la relación en la que a es una razón de peso considerable (podrían incluirse más signos "+") para representar pesos superiores), y

$a \Rightarrow b$ , la relación en la que a es una razón a favor de b, pero que tiene (el argumentador le atribuye) escaso peso.

Etcétera.

Y, en fin, la noción de inferencia deductiva, de que algo es una razón a favor de otra cosa y que tiene tal peso que, si la razón en cuestión es válida (verdadera, correcta, etc.), entonces también lo es aquello a favor de lo cual es una razón (si se quiere decirlo de otra

manera: no es una razón derrotable) puede expresarse así:

$a \Rightarrow b$

Y cuando se trata de una razón en contra:

$a \Leftarrow b$ .

Esto último tiene interés, en cuanto permite representar adecuadamente el último paso de una justificación judicial (la idea de la justificación interna), que sería siempre un paso deductivo. Por lo demás, otros pasos de la argumentación que correspondería a lo que suele llamarse "justificación externa" pueden tener también carácter deductivo, aunque otros muchos no lo sean (sean argumentos derrotables). En todo caso, la distinción justificación interna-justificación externa no coincide del todo con argumentación deductiva (no derrotable) y no deductiva (derrotable).

Vayamos ahora a la representación del aspecto material de la argumentación, esto es, de los enunciados de que consta una argumentación. De ellos, algunos expresan razones, argumentos en sentido estricto, y otros no pues, como se ha visto, no todos los pasos de una argumentación son pasos argumentativos (son argumentativos los unidos por flechas). Así, en el ejemplo que se está manejando, Pa, Ab, Qc, SPd, etc., no son razones en sentido estricto, sino actos de lenguaje que representan momentos distintos de la argumentación (el paso de Pa a Ab está marcado mediante una línea, no una flecha) y en

Los que cabe distinguir el enunciado o contenido proposicional (representado por las letras minúsculas) y la fuerza ilocucionaria del mismo (representado con mayúsculas). Pero el conjunto SPd, Qg...Nd sería una razón compleja (en favor de Nd); y el conjunto SPd, Qg, 1g, 2g, una razón compleja a favor de Ng. O sea, una razón compleja tiene que contener algún enunciado de razón en sentido estricto, aunque también pueden figurar como componentes de la misma otros enunciados que no lo sean. Los enunciados de razón son únicamente aquellos que tienen el sentido (el sentido immediato) de apoyar o atacar una determinada tesis. Y lo que justifican las razones es bien el paso de un enunciado a otro (por ejemplo, 1g y 2g avalan el paso de Qg a Ng), o bien directamente un enunciado (como ocurre con 1b en relación con Ab).

En una argumentación jurídica pueden aparecer tipos muy distintos de enunciados: enunciados empíricos, normativos, teóricos, etc. En realidad, no hay ningún tipo de enunciado imaginable que no pueda llegar a integrar la premisa de una argumentación jurídica. Una distinción importante que, en todo caso, cabe hacer (que se hizo en *El Derecho como argumentación*)<sup>13</sup>, es entre enunciados (o razones) del sistema jurídico y enunciados extrasistemáticos, provenientes de la práctica jurídica. Los enunciados del sistema jurídico son, a su vez, muy variados. En *Las piezas del Derecho*, Juan Ruiz Manero y yo propusimos una clasificación que, en esencia, es la siguiente<sup>14</sup>:

13. Pp. 213 y ss.

14. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

- enunciados de carácter práctico:
  - normativos:
    - expresan normas:
      - deónicas o regulativas:
        - principios:
          - en sentido estricto
            - directrices
              - reglas
                - de acción
                  - de fin
                    - no deónicas o constitutivas:
                      - reglas que confieren poder
                        - reglas puramente constitutivas
                          - expresan el uso de poderes normativos:
                            - actos normativos
                              - valorativos
                                - de carácter no práctico: definiciones

Y, por lo que se refiere a los enunciados no pertenecientes al sistema jurídico, es probablemente imposible hacer una tipología completa, pero cinco tipos importantes de enunciados serían: los enunciados interpretativos, los enunciados teóricos, los enunciados jurisprudenciales, los enunciados empíricos y los enunciados valorativos. Por enunciados interpretativos puede entenderse los que aparecen en procesos de interpretación, o sea, cuando se trata de atribuir un significado a un texto dudoso. Y aquí cabría distinguir, a su vez, entre los enunciados propiamente interpretativos como " todos en el art. 15 de la CE significa todos los nacidos", que permite pasar de un enunciado del sistema (por ejemplo, el art. 15 de la CE

"todos tienen derecho a la vida") a un nuevo enunciado: "todos los nacidos tienen derecho a la vida"; los enunciados interpretados, o sea, el resultado de la interpretación: "todos los nacidos tienen derecho a la vida"; y las reglas o cánones de la interpretación (las razones para entender que "todos" debe entenderse aquí como "todos los nacidos"). Los enunciados teóricos son aquellos extraídos de la dogmática (de cada rama dogmática) o bien de la teoría general del Derecho (en el ejemplo que se viene manejando, 1b: "El Derecho no puede regular tipos de conducta que no supongan algún grado de interferencia en la conducta ajena"); muchos de ellos, como es obvio, cumplen la función de apoyar un canon o regla de interpretación. Por enunciados jurisprudenciales se entienden los elaborados por los jueces y tribunales en las fundamentaciones de sus decisiones: bien se trate de raciones decidendi (y valgan estas o no como precedentes) o de simples obiter dicta. Y dentro de los enunciados empíricos habría que distinguir, por ejemplo, entre los que representan el hecho principal que se pretende probar, los hechos probatorios (los hechos secundarios, que son relevantes para probar los principales) y las regularidades (leyes científicas, máximas de experiencia) que garantizan el paso de los hechos probatorios a los hechos probados<sup>15</sup>; a su vez, los hechos principales (los relevantes en base al supuesto de hecho de la

15. Por supuesto, en relación con todos estos tipos de enunciados, pueden hacerse análisis más finos, si el tipo de representación pretendida lo requiere. Los esquemas de Wigmore suministran un ejemplo de ello, en relación con los tipos de prueba (de "evidencia"). Un problema, de todas formas, es que el análisis se lleve tan lejos que el resultado del mismo resulte de difícil manejo. Twining ha sugerido reducir todas las categorías de Wigmore (que, en realidad, no lo son sólo de tipos de enunciados), a 8: aserción de un testigo; prueba circunstancial o proposiciones inferidas; explicación alternativa; corroboración de una prueba; el juez o *fact finder* lo percibe con sus sentidos; el tribunal lo acepta sin apoyo en pruebas; inferencia; generalización (vid. Anderson y Twining, ob. cit.).

norma de que se trate<sup>16</sup>) pueden subclasificarse en hechos constitutivos (del delito o de la demanda en un proceso civil) o excepciones (en los procesos civiles, hechos impenitentes o modificativos de la demanda; en el penal, los que servirían para rechazar la hipótesis acusatoria), etc. Finalmente, los enunciados valorativos son los (enunciados que no forman parte del sistema jurídico) que expresan aprobación o desaprobación hacia cualquier tipo de hecho, evento o estado de cosa; o dicho de otra manera, los que incluyen términos valorativos.

Si se quisiera representar en el esquema el tipo de enunciado cuyo contenido aparece con letras minúsculas y números se podría, a continuación del mismo (y entre paréntesis), incluir una letra mayúscula. Así, por ejemplo, 1b(ET) expresaría que 1b es un enunciado teórico; y Q(PR) que el enunciado que se cuestiona, j, es un enunciado de principio. Etcétera.

En cuanto a los aspectos pragmáticos de la argumentación, cabría decir lo siguiente. Una argumentación puede verse como un acto de lenguaje complejo en el que lo que se hace al decir o escribir determinadas oraciones (el aspecto ilocucionario) es dar razones a favor o en contra de alguna tesis; lo cual, a su vez, puede producir el efecto (aspecto perlocucionario) de justificar una decisión, persuadir a otro, provocar una cierta acción, etc. Lo que se representa en el esquema es el aspecto ilocucionario, puesto que, por ejemplo, aunque un juez argumenta para

16. Véase Michele Taruffo, "Elementi per un'analisi del giudizio di fatto", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLIX, fasc. 3, 1995, p. 794.

justificar una decisión, persuadir a un cierto auditorio, etc. (eso serían los efectos perlocucionarios), es posible que lo logre o no; y, naturalmente, el juez que no justifica (o no justifica bien) su decisión o que no logra persuadir a los otros miembros de un tribunal colegiado o a los de algún tribunal superior no ha dejado, por ello, de argumentar.

Ahora bien, el acto ilocucionario de argumentar requiere que el argumentador diga o escriba oraciones, cuya fuerza o intención no es siempre la misma; o sea, el acto ilocucionario complejo de argumentar consiste en una serie de actos ilocucionarios simples de tipos muy variados: en una argumentación se hacen afirmaciones, preguntas, suposiciones, etc. Ese aspecto de la argumentación (como aparece en el ejemplo que estamos utilizando) aparece señalado con una letra mayúscula que se antepone al enunciado correspondiente, en cada uno de los pasos en que consiste la argumentación. Los que aparecen en el esquema (y que probablemente puedan considerarse como los actos ilocucionarios—simples— más característicos de una argumentación) serían, entonces, los siguientes:

- El planteamiento de un problema con el que se abre la argumentación y que se representa con la mayúscula P. En la argumentación judicial, se trata siempre de un problema que se ha “simplificado” para traducirlo al código binario característico de la instancia de la aplicación del Derecho (sería muy distinto si se tratara de una argumentación legislativa). Así, el problema consistirá en determinar si alguien es culpable o inocente, si

una ley (como en el ejemplo) es constitucional o inconstitucional, si X es o no el propietario del bien Y, etc.

- La respuesta final, la solución al problema, que se representa con la mayúscula S, consiste en optar por uno de los dos miembros de la disyunción planteada. Como se ha dicho, el último paso de la argumentación tiene un carácter deductivo (aunque en algún caso pueda ser un razonamiento entimemático, esto es, es posible que alguna de las premisas—necesarias—de la deducción no estén expresadas). Ese último paso deductivo tiene siempre lugar en la argumentación judicial, incluso cuando la argumentación obedece fundamentalmente al esquema de la ponderación (entre principios o valores) o de la adecuación (razonamiento medio-fín). La explicación es que la ponderación judicial (como se detalló en *El Derecho como argumentación*<sup>17</sup>) es un procedimiento de justificación o de argumentación que requiere dos pasos: en el primero (que es el crucial) se produce el tránsito de los principios a la regla; luego se aplica la regla al caso. Y algo parecido ocurre con la adecuación: si se parte de que el juez, al decretar, por ejemplo, a quien corresponde la custodia de los hijos en un pleito de divorcio, debe resolver según el mejor interés del menor y se acepta que en el caso en cuestión (o de manera general) ese objetivo se satisface concediendo la custodia a la

17. P. 163 y ss.

madre, entonces la conclusión que se sigue necesariamente de las premisas es que se debe entregar la custodia a la madre.

- Entre el problema y la respuesta final, el argumentador se plantea una serie de cuestiones más precisas y de las cuales depende la solución final. Repárese en que estoy usando "problema" y "solución" para referirme a la pregunta inicial y a la respuesta final de una argumentación; el término "cuestión" lo reservo para ese tipo peculiar de pregunta que, como luego se verá, está en la base de la tipología de casos difíciles; y la expresión "pregunta" la uso en un sentido genérico, al igual que "respuesta" (puede ser la respuesta a un problema o la respuesta a una cuestión). En el ejemplo que se está viendo, no se hace ninguna diferenciación entre tipos de cuestiones (se representan todas con la Q mayúscula), pero quizás fuera útil distinguir entre:

1) Cuestiones orientadas o cerradas, esto es, aquellas que pueden concebirse como una disyunción de dos o más miembros y cuya respuesta, por lo tanto, consistirá en optar por uno de ellos. Por ejemplo, la pregunta sobre si el art. 49 de la Constitución colombiana debe interpretarse como un deber hacia los próximos (Qg), que sólo admite una respuesta: Si o No. O la pregunta sobre si el mismo art. 49 debe interpretarse como un deber hacia los próximos, un deber hacia la comunidad o un deber que deri-

va del peligro potencial que existe para terceros (Qc).

2) Cuestiones abiertas, esto es, aquellas en que la pregunta está formulada de tal manera que no está delimitado el número de respuestas posibles. Por ejemplo, la cuestión (Qj) de cómo debe interpretarse el principio del libre desarrollo de la personalidad (ar. 16 Constitución colombiana), cuya respuesta es que el artículo prohíbe castigar penalmente conductas que no supongan un daño para otro (Ak). Este tipo de cuestiones vienen a corresponderse con lo que Carnap<sup>18</sup> llamaba "w-questions", o sea, las introducidas por expresiones como "quién", "qué", "dónde", "cuál", "por qué", "cómo" <sup>18</sup>.

- Las suposiciones (SP) son actos de lenguaje que, en las argumentaciones, pueden cumplir diversas funciones. Pueden servir para introducir una forma indirecta de argumentar (reducción al absurdo). Para introducir de manera tentativa una tesis que luego resultará confirmada (SPf, en el esquema). Para señalar los posibles sentidos u orientaciones de una cuestión cerrada (SPd, SPe y SPf, en relación con Qc). Etcétera.

18. Vid., C. L. Hamblin, voz "Questions", en *The Encyclopedia of Philosophy* (ed. de P. Edwards), New York-London, MacMillan.

- Finalmente, afirmar (A) y negar (N) son actos de lenguaje en los cuales, el que los ejecuta (el argumentador) se compromete con la verdad o la falsedad o con la corrección o incorrección (si se trata de enunciados "prácticos", que tienen una dirección de ajuste no del lenguaje al mundo, sino del mundo al lenguaje) del contenido proposicional respectivo. Cuando se trata de enunciados normativos, se entiende que el que los enuncia está considerando las normas como juicios a los que adhiere; no está simplemente afirmando la existencia de una norma. Naturalmente, si fuera necesario, podría pensarse en utilizar mayúsculas específicas para la aceptación o no aceptación de normas, valores, etc. Las razones en sentido estricto (representadas en el esquema con letras minúsculas y números) son siempre afirmaciones o negaciones (y por eso no se ha antepuesto a los mismos ninguna mayúscula); o sea, se entiende que una razón en sentido estricto no puede consistir simplemente en una suposición o en una pregunta (aunque suposiciones y preguntas puedan formar parte de razones complejas).

Hay otros aspectos pragmáticos de la argumentación que en el esquema no quedan plasmados. No lo están, por ejemplo, los aspectos que podrían denominarse, en sentido estricto, dialécticos, simplemente porque la argumentación aparece como una sucesión de actos de lenguaje realizados por un argumentador y no como una interacción entre un proponente y un oponente. Ello es consecuencia, como se dijo en *El Derecho como argumentación*, de

que el texto publicado de una sentencia no tiene una forma dialógica: es (o puede ser) el resultado de una discusión, la deliberación que ha tenido lugar en el interior del tribunal, pero lo que se publica es la argumentación, la fundamentación elaborada por el ponente; y esto es lo que trata de representar el tipo de esquema del que se viene hablando. Pero ello no quiere decir, sin embargo, que dicho esquema no pudiera enriquecerse para dar cuenta, al menos, de algunos aspectos dialécticos de una argumentación judicial. Por ejemplo, nada impide poder construir, sobre un mismo caso, o sea, a partir de un mismo problema, argumentaciones diferentes: digamos, la de la mayoría del tribunal y la de los votos disidentes. Puede hacerse presentando un esquema distinto de cada argumentación, o bien tratando de integrarlas en un sólo esquema y utilizando, por ejemplo, colores distintos para dar cuenta de cada una de las argumentaciones. O utilizando signos especiales que representen la argumentación de una u otra parte en un proceso, como ocurre con los diagramas de Wigmore. Es importante, en todo caso, reparar en un aspecto que ha sido muy subrayado por Twining al comentar los esquemas de Wigmore: una argumentación puede interesar desde diversos puntos de vista y, por ello, debe aclararse cuál es, en cada caso, ese punto de vista. Según Twining y Anderson en el análisis que permite los esquemas de Wigmore, el punto de vista adoptado es el del historiador (el observador) que da cuenta de los diversos argumentos presentados por cada parte en un procedimiento contradictorio sobre cuestiones de hecho<sup>19</sup>. Naturalmente ese no es el punto de vista

19. Terence Anderson y William Twining, ob. cit., p. 125.

de un abogado que pretende prepararse para un juicio, una vez que se ha completado substancialmente la investigación sobre los hechos. Ni es tampoco el que caracteriza al modelo que estoy proponiendo: la argumentación que ha llevado a cabo un juez y desde la perspectiva de un juez.

En cuanto a los elementos retóricos, estos no aparecen tampoco recogidos en el esquema, aunque el mismo puede facilitar un análisis de ese tipo. El esquema no permite valorar si la sentencia está redactada en un estilo más o menos formalista, si ha usado un lenguaje neutral o uno con profusión de términos cargados valorativamente, etc. Pero sí permite hacerse cargo fácilmente de la ordenación y disposición de los argumentos o de cuáles son los temas o momentos argumentativos en los que el argumentador ha puesto un mayor o menor énfasis.

Por lo demás, debe quedar claro que un esquema, una representación de una argumentación, no equivale a un análisis de la misma, sino que es un recurso para facilitar el análisis. Y, precisamente por ello, no debe abusarse demasiado de ese recurso; esto es, quien pretenda analizar una argumentación judicial sirviéndose de los anteriores elementos no tiene que pensar que la esquematización será tanto mejor (y el análisis tanto más profundo) cuanto más símbolos de los propuestos utilice. Al contrario, yo diría que de lo que se trata es de dar cuenta de lo esencial de la argumentación con el menor número de elementos posible. En realidad, es posible que todo lo que necesitamos para hacer un esquema adecuado de todos o de la mayoría de los casos sea dar cuenta de la secuencia de

operaciones en que consiste una fundamentación judicial: la narración de un caso; el planteamiento de uno o varios problemas; las cuestiones y subcuestiones de las que depende la solución del problema; las respuestas a las cuestiones; las razones en que se basan esas cuestiones (procurando identificar la ratio o las rationes decidendi); y la solución del problema o de los problemas: la decisión.

Como ejemplo de esto último puede servir la reciente sentencia de la Corte Suprema mexicana a propósito del aborto.

El caso era el siguiente: La Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República promovieron acción de inconstitucionalidad (146/2007 y 147/2007) contra varios artículos del Código penal para el Distrito Federal y otros de la Ley de Salud para el Distrito Federal, por entender que violaban diversos preceptos de la Constitución Mexicana. Esencialmente, se trataba de la despenalización del aborto durante las primeras 12 semanas del embarazo. La reforma modificaba los artículos 144 a 147, que pasaban a estar redactados así:

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Por lo que se refiere a los artículos de la Ley de Salud para el Distrito Federal, las novedades consistieron en establecer la obligación para las autoridades sanitarias de

atender las solicitudes de interrupción del embarazo (en los supuestos permitidos de acuerdo con el nuevo Código) y practicar las interrupciones requeridas en un plazo breve (5 días).

Durante el proceso hubo numerosos informes tanto por parte de los órganos que habían dictado las normas en discusión como de expertos en muy diversas materias; se celebraron también seis audiencias en las que participaron políticos, médicos, juristas, filósofos... La ponencia se encargó al ministro de la Corte Aguirre Anguiano, el cual elaboró un largo texto en el que proponía, esencialmente, declarar la invalidez de la reforma en lo que se refería a la despenalización del aborto durante las primeras 12 semanas y, en consecuencia, una nueva redacción de dos de los artículos (el 145 y el 146) impugnados. Ocho de los once ministros de la Corte votaron sin embargo en contra de esa propuesta y sostuvieron la constitucionalidad de la reforma. El ministro Cossío (uno de los que formaron la mayoría del tribunal) fue el encargado del "engrose".

Pues bien, sobre esta base, la argumentación llevada a cabo por la Corte parece estar estructurada así:

1. El problema que tuvo que resolver la Corte es, en consecuencia, el de si los artículos impugnados son o no inconstitucionales. Para ello comienza haciendo una distinción entre:

- 2.1. El art. 148 del CP del Distrito Federal, el art. 16 Bis 7 de la Ley de Salud del Distrito Federal y el art. tercero transitorio del Decreto de

Reformas. En relación con ellos, decide sobreseer, por considerar que la acción de inconstitucionalidad es improcedente: respecto de los dos primeros artículos, porque no habían sido objeto de reforma por el Decreto de 2007; y en relación con el tercero, porque el precepto –transitorio– ya había cumplido el objetivo para el que había sido emitido.

2.2. Los arts. 144, 145, 146 y 147 del CP del Distrito Federal, el art. 16 Bis 6 tercer párrafo y el art. 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal. Respecto de ellos, la Corte entiende que su constitucionalidad o no depende de las tres siguientes cuestiones (que agrupan el conjunto de argumentos vertidos por quienes habían promovido la acción).

2.2.1. De si la Asamblea Legislativa del Distrito Federal carecía de competencias por razón de la materia para efectuar la reforma. La respuesta a la cuestión es que el órgano tenía competencia, pero siempre y cuando la misma se hubiera ejercido dentro de los límites establecidos por la Ley General de Sanidad. A partir de aquí, se plantea una nueva cuestión: si la definición de “embarazo” (del art. 144) transgrede ese límite. La respuesta es que no, básicamente por las siguientes razones:

2.2.1.1. No hay ninguna definición de embarazo en la Ley General de Sanidad.

2.2.1.2. La definición que aparece en el Reglamento de esa Ley sólo es aplicable a efectos de investigación; pero no es una definición de carácter general.

2.2.1.3. Aun cuando el legislador federal hubiera establecido en la Ley General de Salud una definición de embarazo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contaría con *autonomía calificada* en materias de su competencia (como es el caso de la materia penal).

2.2.1.4. El precedente del “caso Nayarit” (sobre armonización de conceptos) no es aquí aplicable.

2.2.2. De si la nueva regulación atenta contra el derecho a la vida. Aquí, a su vez, se efectúa una subdivisión entre las dos cuestiones siguientes:

2.2.2.1. Si la Constitución Mexicana reconoce un derecho a la vida y cómo debe entenderse el valor o el bien vida. La respuesta de la Corte es que la Constitución mexicana *no* reconoce un derecho a la vida “en sentido normativo”, pero una vez dada la condición

de vida "existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones..."; el derecho a la vida establecido en el Derecho internacional no tiene un carácter absoluto, y México no está obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción.

2.2.2.2. Si las disposiciones impugnadas violan el principio de igualdad. Aquí, a su vez hay que distinguir dos nuevas cuestiones:

2.2.2.2.1. Si discriminan a los varones involucrados en el embarazo, a quienes se niega la capacidad de decidir. La respuesta de la Corte es que no, fundamentalmente por la singularidad de la posición de la mujer, que justifica que sea ella quien decida.

2.2.2.2.2. Si discrimina a la mujer menor de edad, al no haber previsto la ley la obligatoriedad de recabar el consentimiento del padre, madre o tutor. La respuesta es también negativa, por entender que no hay motivos para pensar que las reglas sobre consentimiento informado aplicables de manera general no

sean adecuadas para estos casos; lo que importa no es "la edad biológica", sino "el contexto de condiciones en las que...el ordenamiento...sitúa el ejercicio de su autonomía".

2.2.3. De si las disposiciones impugnadas violan principios fundamentales del Derecho penal. Ello depende, a su vez, de dos cuestiones:

2.2.3.1. Si se contraviene el principio de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley penal. La respuesta de la Corte es que no, esencialmente porque considera que los nuevos artículos son suficientemente claros y precisos.

2.2.3.2. Si las penas establecidas son desproporcionadas (por insignificantes). La respuesta aquí es también negativa: el único cambio al respecto (y que la Corte estima razonable) es la atenuación de la pena a la mujer que se practique o consienta que se practique su aborto después de las 12 semanas.

3. En consecuencia, la Corte declara la constitucionalidad (la validez) de los mencionados artículos.

De manera que el esquema de la argumentación (en el que, para facilitar su comprensión, se ha prescindido en muchos casos de utilizar los símbolos antes introducidos) podría ser éste:

