

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

Victoria ITURRALDE *

ABSTRACT

The aim of this paper is to offer a general view of the development of the issue about judicial reasoning and argumentation in Europe. I start with a mention to the methodological problem in law, and after that I expose the main models about the so called "legal argumentation theories". Thirdly, I bring out some general thesis about judicial reasoning, and finally I propose some critical reflections about those theories.

El objeto de estas páginas es ofrecer una panorámica de las principales direcciones que ha tomado en los últimos años en Europa el problema del razonamiento y la argumentación jurídica. Comenzaré refiriendome brevemente al problema metodológico en el derecho, para continuar dando cuenta de las principales teorías que se engloban bajo la denominación genérica de "teoría(s) de la argumentación jurídica" (pero que podrían ser designadas de manera más comprensiva como "teorías del razonamiento y de la argumentación judicial"). En un tercer momento, señalaré algunas tesis generales sobre el razonamiento jurídico y, en último lugar, haré una breves consideraciones críticas sobre puntos débiles y lagunas que presentan dichas teorías.

1. EL PROBLEMA METODOLOGICO (DEL SIGLO XIX AL XX).

La historia de la metodología jurídica ha estado presidida por una alternancia de doctrinas que genéricamente suelen denominarse formalistas y antiformalistas (o legalistas y antilegalistas). Como superación a las doctrinas de derecho natural, desde principios del siglo XIX surgieron las tendencias formalistas en el terreno jurídico. Para estas tendencias el derecho constituye un sistema estático, completo y coherente, lo que en el campo metodológico se traduce en la aplicación de métodos científicos al análisis del derecho, y concretamente de métodos lógico-deductivos. Así se prima el análisis de las categorías lógicas, los conceptos, el elemento formal de las normas, etc.

Como respuesta a este enfoque, aparecerán diversas corrientes antiformalistas para las cuales el derecho reviste un carácter dinámico y abierto, se halla en trance de permanente recreación y sólo de modo imperfecto o aproximativo es posible hablar de sistema. En el aspecto metodológico se dará entrada a elementos sociológicos, teleológicos, políticos que se consideran

imprescindibles para el conocimiento del derecho. En este contexto, para las corrientes legalistas la aplicación del Derecho es ante todo un acto de conocimiento, basado en la aplicación de las reglas del método jurídico. Por el contrario, para las antilegalistas *"las reglas metódicas que se traten de fijar como guía para la obtención de las decisiones jurídicas, serán reglas de la razón práctica, orientaciones dirigidas a mostrar y/o reglamentar el uso que el jurista hace del margen de libertad que para la decisión le dejan ciertos caracteres estructurales del ordenamiento positivo, tales como la "textura abierta" de las normas, la existencia de lagunas, o contradicciones, etc. Estas (las reglas metódicas o argumentativas) serán reglas del razonar jurídico práctico, no, como en el caso anterior, reglas de conocimiento o del método científico"*.¹

Hasta los años cincuenta las posturas antilogicistas habían sido encarnadas por tendencias tan heterogéneas como la Escuela de Derecho Libre, el Realismo Jurídico escandinavo y americano, la Jurisprudencia de Intereses, etc. Sin embargo, en esa época surgirán los primeros apuntes de una orientación metodológica que situará en nuevas coordenadas el problema de la decisión jurídica. A esta orientación se la ha denominado "teoría de la argumentación jurídica" u "orientación argumentativa de la metodología jurídica"; aunque cabría hablar también de "teorías del razonamiento jurídico" o "teorías de la racionalidad jurídica" (según el enfoque dado al tema por los diferentes autores). Pues bien, si hubiera que circunscribir algunas notas esenciales a este enfoque común, podríamos cifrarlas en las dos siguientes: su formulación del problema metodológico central de la práctica jurídica: el de la racionalidad (en el sentido de que el objetivo final de la metodología jurídica consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad), y el campo donde pone el principal punto de mira para darle respuesta: en la argumentación, en el proceso discursivo de intercambio de razones.²

Normalmente se incluye dentro de la teoría de la argumentación jurídica a autores como Vieghweg, Perelman, Toulmin, MacCormick y Alexy³, Ahora bien, además de estos autores hay que recordar otros, olvidados quizá porque no denominan con esos términos su teoría. Así, sin pretensión alguna de exhaustividad, cabría citar los nombres de L. Recasens Siches (1956) y J. Esser (1961), G. Kalinowski (1973), G. Tarello (1980) y M. Taruffo (1975). A los que hay que sumar los nombres de autores americanos como E.H. Levi (1949), R.A. Wasserstrom (1961), R.S. Summers (1978), V.A. Wellman (1985) y R.J. Aldisert (1989) entre otros. Nombres que, no por no haber elaborado una teoría comprensiva de la argumentación y el razonamiento jurídico deben caer en el olvido.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

Como razones por las que la teoría de la argumentación y del razonamiento jurídico se ha convertido en uno de los objetos en la discusión internacional de la teoría y filosofía del derecho algunos de sus autores han dado las siguientes⁴.

La primera razón se refiere a la situación contemporánea de la teoría del derecho. La escuela analítica, el realismo jurídico, así como las teorías basadas en la hermenéutica general, y en el derecho natural, han sido posiciones separadas, unas de las cuales excluía las otras. Las deficiencias de cada una de estas posiciones ha resultado evidente y ninguna de ellas puede ser mantenida en su integridad.

Como segunda razón se refieren a la situación general en la filosofía de la ciencia, la filosofía y la sociología. La rehabilitación de la filosofía práctica, la debilidad de la división entre las posiciones analíticas y hermenéuticas, la inclusión de aspectos sociológicos e históricos en cuestiones relativas a la teoría de la ciencia, y el contacto entre filosofía analítica y teoría crítica. Todo esto libra a la teoría del razonamiento jurídico del peligro de que ha sido víctima en el pasado la teoría jurídica: el presentarse como mera aplicación al campo jurídico de una teoría filosófica o epistemología general, sin una adecuada justificación. La nueva situación en la filosofía hace más fácil para la teoría jurídica el uso de ideas de origen filosófico vario con un considerable grado de independencia.

La tercera razón se refiere a dos aspectos (teórico y práctico). Desde un punto de vista teórico la teoría del razonamiento jurídico provee un marco para el cumplimiento óptimo de los postulados de una teoría jurídica integral. En una teoría completa del razonamiento jurídico se responderán las siguientes preguntas: ¿Qué debe ser considerado derecho válido, y bajo qué condiciones? ¿Expresiones como "verdad", "válido" "justo", son aplicables a las proposiciones jurídicas, y si lo son, en qué condiciones pueden ser aplicadas? Esta es una de las principales ventajas de la teoría del razonamiento jurídico: que cuestiones como estas pueden ser consideradas como cuestiones especiales pertenecientes a una teoría más comprensiva. Esta ventaja teórica es acompañada por una ventaja práctica. Gran número de las cuestiones clásicas de la teoría jurídica raramente resultan relevantes en el trabajo diario del jurista. Este problema puede ser resuelto por la teoría del razonamiento jurídico que trata estas cuestiones como elementos naturales de una cuestión dirigida a puente entre teoría y práctica jurídicas: la metodología jurídica y la doctrina de las fuentes del derecho. El interés en estas cuestiones puede ser justificado no sólo por el deseo de mejorar sobre la toma de decisión judicial, sino también por el fin de repudiar, con razones profundas, cualquier ataque contra la legitimidad de resolver los conflictos sociales a través de decisiones de los tribunales basados en criterios jurídicos.

2. TEORIAS DE LA ARGUMENTACION Y DEL RAZONAMIENTO JURIDICO.

A continuación vamos a señalar las principales direcciones que ha tomado la teoría de la argumentación y del razonamiento jurídico en la teoría jurídica

contemporánea. No se trata de realizar una exposición detallada de las teorías de los autores que pueden englobarse en esta orientación metodológica, sino de indicar a grandes rasgos cuales son los diferentes modelos propugnados por aquellos.

2.1. Modelo Retórico.

Denominamos así a la teoría elaborada por Perelman, junto con Olbrecht-Tyteca en la obra *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, así como en otros trabajos del primero de los autores. Dicha teoría se presenta como un intento de completar la lógica formal con una teoría de la argumentación⁵, para lo cual van a partir de la retórica aristotélica convenientemente actualizada. Continuando y desarrollando la definición de Aristóteles -dice Perelman- la retórica "*tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento*"⁶. Y señala como precisiones a esta definición las siguientes: a) la retórica trata de persuadir por medio del discurso; b) la prueba demostrativa (que analiza la lógica formal) es convincente a condición de que se admita la veracidad de las premisas de las que parte; c) cuando se trata de valores, la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable, y d) lo que distingue la retórica de la lógica formal, y en general de las ciencias positivas es que no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión⁷.

Una de las tesis fundamentales de Perelman es que existe la posibilidad de ofrecer argumentos y justificaciones racionales más allá de la deducción lógica y el control empírico. La posibilidad de este uso práctico de la razón -dice- puede mostrarse en una teoría general de la argumentación; teoría que se dirige a elaborar "una lógica de los juicios de valor" a partir de un examen detallado de la manera cómo los hombres razonan efectivamente sobre los valores.

Para Perelman el valor de un argumento está determinado por su capacidad de convencer al auditorio al que se dirige. Y a falta de técnicas admitidas para la solución de problemas jurídicos se impone el recurso a razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un *acuerdo* sobre los valores y su aplicación. Ahora bien, puesto que el orador dispone de un gran arsenal de recursos argumentativos, ¿cuándo será posible decir que la argumentación es racional o da lugar a un consenso entre el auditorio que pueda considerarse racional? Para responder a ésto distingue entre persuadir y convencer, e introduce la noción de auditorio universal.

El auditorio se define como "*el conjunto de aquellos sobre los que el orador quiere influir por su argumentación*"⁸. Ahora bien, las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes: las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública. De esta manera, "*la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica a que el derecho está muy acostumbrado y que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo, de orden*

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

*social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que los partidarios de las tesis en debate no dejarán de suministrar*⁹.

Ante esta variedad de auditorios (que según Perelman es casi infinita), es menester encontrar una técnica argumentativa que se imponga a todos los auditorios o al menos "a todos los auditorios compuestos de hombres competentes o razonables". La búsqueda de una objetividad, cualquiera que sea su naturaleza - dicen los autores-, corresponde a este interés a este deseo de trascender las particularidades históricas o locales de manera que las tesis defendidas puedan ser admitidas por todos. Es aquí donde se establece la necesidad de distinguir entre persuadir y convencer, otorgando sólo a la argumentación convincente el carácter de argumentación racional¹⁰. Los criterios por los cuales se puede separar convicción y persuasión están siempre fundados en una decisión que pretende aislar de un conjunto de procedimientos y de facultades, ciertos elementos que se consideran racionales. Así denominan *persuasiva* la argumentación que no pretende valer más que para un auditorio particular y *convincente* la que se considera obtendrá la adhesión de todo ser de razón¹¹.

Una argumentación que se dirija a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter obligatorio de las razones suministradas, de su evidencia, de su validez intertemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas¹². El *acuerdo del auditorio universal* -señala Perelman- no se trata de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa el orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal.

Esta apelación al auditorio universal está en consonancia con la concepción cognoscitivista de los juicios éticos que asume Perelman al afirmar, por ejemplo (haciendo suyas las palabras de C.J. Friedrich), que "*el acto más justo es el acto que es compatible con el mayor número de valores y creencias, teniendo en cuenta su intensidad*". Y añade que tales valores y creencias son los de la comunidad en la que, y en nombre de la cual, se ejerce el poder político de crear y aplicar las leyes¹³.

Perelman y Olbrecht-Tyteca realizan un examen de las diferentes técnicas argumentativas que clasifican en dos grupos, según se consideran como procedimientos de "enlace" o de "disociación". Los primeros se clasifican en argumentos cuasi-lógicos, argumentos basados en la estructura de lo real; argumentos que fundan la estructura de lo real tomando bien como fundamento el caso particular o bien la semejanza entre estructuras existentes entre elementos pertenecientes a dominios distintos¹⁴.

No vamos a realizar aquí una crítica detallada al teoría perelmaniana¹⁵, pero sí vamos a señalar una cuestión que nos parecen problemática: se trata de la noción de "auditorio universal".

En primer lugar, es un concepto ambiguo. Perelman lejos de establecer con claridad qué entiende por auditorio universal ofrece diversos conceptos no totalmente conciliables. En ocasiones parece referirlo a un hecho contingente (individuos concretos) cuando dice que el auditorio depende de las ideas de individuos particulares y diversas culturas¹⁶. Así por ejemplo, se refiere a "todos los hombres que son racionales y competentes respecto de las cuestiones que están siendo debatidas"; y señala que "Te debes conducir como si fueras un juez cuya *ratio decidenci* fuera a suministrar un principio válido para todos los hombres". De acuerdo con esto, cabría inferir que el acuerdo del auditorio universal es el acuerdo de todos¹⁷. Formulaciones como éstas parecen estar sugiriendo que el auditorio universal está formado por la totalidad de los seres humanos.

Ahora bien, con todo, parece que la idea de un auditorio universal en Perelman encaja más con una construcción. El acuerdo del auditorio universal se trata -dice- "*no de un hecho experimentalmente probado, sino de una universalidad y de una unanimidad que se representa el orador, de acuerdo con un auditorio que debería ser universal*"¹⁸. En este sentido dice que la audiencia universal es la "humanidad iluminada" que está compuesta por la gente en tanto que seres racionales¹⁹. El concepto de Perelman de auditorio universal se corresponde así al concepto habermasiano de "situación ideal de habla". El acuerdo de Perelman del auditorio universal es el consenso de Habermas al que se llega bajo condiciones ideales.

Pues bien, este carácter ideal del auditorio universal convierte a dicho concepto en un juicio valorativo que en Perelman se explica a través de una concepción cognoscitivista de los valores.

2.2. Consenso como criterio de racionalidad.

El consenso es el elemento clave de la teoría de Aarnio. A diferencia de Perelman, el análisis de Aarnio no tiene por objeto únicamente los diferentes procedimientos argumentativos (aunque también se hace eco de ellos), sino cuál es el criterio de racionalidad de las decisiones, criterio que va a radicar no en el procedimiento justificatorio, sino en la conclusión. Podríamos decir que la teoría de Aarnio no es tanto una teoría de la argumentación, como una teoría de la justificación jurídica.

Para Aarnio es el consenso de la comunidad jurídica el criterio que determina la preferencia entre alternativas contrapuestas. A diferencia de Alexy y Perelman por ejemplo, el acuerdo no se refiere al proceso de justificación o argumentación, sino que se trata de una propiedad de la conclusión, es decir, del resultado de la justificación jurídica; "*El concepto de aceptabilidad, está relacionado con la conclusión, en otras palabras, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo*"²⁰.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

Para Aarnio, las condiciones que debe cumplir un discurso racional son las siguientes: 1) las condiciones generales de racionalidad (que son las de consistencia, eficiencia, sinceridad, generalización y justificación (*support*); 2) las reglas sobre la carga de la prueba, y 3) el requisito de aceptabilidad, que implica: a) que las partes en el diálogo tengan una base común de concimiento, es decir, su evidencia sobre la realidad es igualmente amplia, y b) que ambas deben compartir los mismos valores. La acumulación de evidencias lleva a eliminar los desacuerdos en la medida en que eso es una cuestión de diferencias de conocimiento. Respecto de los valores no ocurre así²¹.

Centrándonos en el último de los elementos, hay que decir que lo que determina la preferibilidad de una determinada opción interpretativa no es el consenso fáctico, sino un consenso ideal. Para que el consenso pueda ser considerado criterio justificativo de una determinada interpretación, es preciso que el consenso se fundamente en la *aceptabilidad racional*; aceptabilidad que debe ser resultado de un *discurso racional*. El consenso -señala- es el criterio a través del cual es posible situar diferentes interpretaciones en un orden de preferencia en una comunidad jurídica²².

Discurso racional significa para Aarnio un tipo de situación *ideal*: una interpretación es aceptable sólo si presuponemos que los miembros de la comunidad jurídica alcanzan un consenso racionalmente fundamentado sobre la base de la aceptabilidad. Sobre estas bases Aarnio formula la siguiente definición: "*La interpretación con mayor aceptabilidad racional tiene la mayor relevancia social*". De esta definición se sigue que el principio regulativo de la dogmática jurídica no es la verdad, sino la máxima aceptabilidad racional. De modo que la dogmática jurídica ha de tratar de alcanzar una interpretación jurídica tal que pueda conseguir el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que discurra racionalmente²³. La aceptabilidad racional como principio regulativo de la dogmática jurídica, juega para Aarnio el mismo papel que la verdad en las ciencias empíricas. De la misma manera que las investigaciones empíricas intentan la verdad aproximada, el objeto de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional²⁴.

Racionalidad y aceptabilidad racional no son conceptos transcendentales en el sentido kantiano o conceptos comparables a las ideas básicas del derecho natural. Las reglas de la racionalidad-D (justificación externa) no son reglas eternas universalmente válidas que gobiernan el proceso de pensamiento humano. Es este aspecto, la aceptabilidad racional no presupone una interpretación metafísica, sino que es el resultado de un análisis cultural. El resultado -señala- puede ser aproximado o puede haber lagunas en el concepto, pero sin él es imposible comprender la idea de derecho y la idea de sistema jurídico. Sin embargo, es imposible dar una prueba directa para la interpretación del concepto de racionalidad. No tenemos -dice- ningún significado "empírico" para comprobar el resultado de nuestro análisis. Si nuestra propuesta está de acuerdo con el uso común

de la noción de racionalidad tenemos buenas razones para decir que la propuesta funciona en esta cultura. Ello hace explícito algo que es implícitamente aceptado como la base de la comunicación humana²⁵.

En aras a diferenciar su teoría de la de Perelman, Aarnio señala que la base de la aceptabilidad racional no está en el concepto de una audiencia universal, pero tampoco de una audiencia particular concreta, sino el de audiencia ideal; concretamente se refiere a una "audiencia particular e ideal". Como primera característica, los miembros de esta audiencia se obligan a compartir las reglas del discurso racional (y en ese aspecto es semejante a la "situación ideal de habla" de Habermas), y han adoptado valores comunes. Como segundo rasgo, sus miembros cumplen la condición de racionalidad, y ésto no se cumple en la sociedad real, es por ésto por lo que se trata de una audiencia ideal. Sin embargo, no es universal en el sentido de Perelman puesto que no hay una asunción de valores universales y objetivos; por el contrario, para Aarnio, la audiencia particular está social y culturalmente determinada²⁶.

La audiencia particular es la "comunidad jurídica". El consenso -señala Aarnio- es el criterio a través del cual es posible situar diferentes interpretaciones en un orden de preferencia en una comunidad jurídica, y que si la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, siguiendo la racionalidad-D, llegan a la conclusión de que es racional y aceptable aceptar el punto de vista presentado, entonces ese punto de vista tiene una relevancia social en la comunidad jurídica mayor que cualquier otro punto de vista correspondiente, y dicho punto de vista tiene la máxima legitimidad en esa sociedad²⁷.

Pues bien, como consideración crítica, diremos que la aceptabilidad racional a la que se refiere Aarnio puede ser objeto de algunas matizaciones, tanto por lo que se refiere a su carácter ideal como individual.

Respecto del primero de los aspectos, hay que señalar la limitación inherente al concepto de consenso racional, que consiste en la imposibilidad de comprobar cuando una decisión ha sido racionalmente aceptada. Aarnio excluye que la audiencia a que haya que referir la aceptabilidad racional sea un dato empírico, una audiencia concreta, ya universal (todos los hombres que viven el mundo en el momento "m", por ejemplo), ya particular (el grupo formado por aquellos que se han graduado en Derecho en Finlandia, p.ej.), y expone las críticas de que podría ser objeto cada una de estas opciones²⁸.

El mismo Aarnio señala que es imposible dar una evidencia directa de su concepto de racionalidad. No tenemos ningún medio "empírico" para testificar el resultado de nuestro análisis. El único test es indirecto como su naturaleza. La racionalidad no pretende -dice- describir nuestro uso lingüístico, ni se refiere a hechos empíricos²⁹.

En segundo lugar, es al menos cuestionable radicar en la "comunidad jurídica" de un determinado país (que está constituida -dice- por los miembros de

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

las profesiones jurídicas y por los agentes que ocupan posiciones jurídicamente relevantes, p. ej., en la legislación, administración, etc.) el ámbito adecuado en el que se produce el consenso racional, puesto que las decisiones por ellos tomadas no se limitan a los propios sujetos del consenso, sino que alcanzan, eventualmente, a todos los ciudadanos.

De otro lado, el criterio del consenso está ligado a dos condiciones incompatibles: a) la existencia, dentro de la comunidad jurídica de que se trate, de acuerdo entorno a los valores básicos (que hayan de orientar la sistematización e interpretación del Derecho), y b) la "teoría de los valores no cognoscitivista y relativista en un sentido moderado del término" que Aarnio hace suya, y que implica que la aceptación o no de un determinado cuadro de valores básicos no es asunto de argumentación racional, sino de persuasión. El consenso racional sólo podría operar pues, en comunidades jurídicas con un cierto grado de homogeneidad valorativa, pero no en aquellas otras cuyos integrantes se encuentren, a este respecto, en posiciones cuya distancia se encuentre más allá de las posibilidades de la discusión racional³⁰.

2.3. Teoría procedimental.

Alexy desarrolla en su obra *A Theory of Legal Argumentation* una teoría procedimental de la racionalidad, puesto que la clave de la misma reside no tanto en el carácter racional o no del contenido de la decisión, como en el mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a aquella.

Parte Alexy de que el concepto de razón práctica puede aclararse dentro del marco de una *teoría procesal*, y de que el paradigma de tal teoría es la teoría del discurso racional³¹.

El objeto de Alexy es elaborar un sistema de reglas de justificación de los juicios jurídicos y establecer un sistema de proposiciones de las cuales puedan ser deducidas las premisas necesarias para la justificación de una decisión. El problema fundamental en todo proceso justificativo -señala Alexy- consiste en evitar el regreso al infinito a que da lugar la justificación de un argumento por medio de otro, y ésto se consigue únicamente omitiendo la necesidad de una justificación ulterior, para lo cual se necesitan un conjunto de requisitos que gobiernen el proceso de justificación. Pues bien, para Alexy estos requisitos pueden formularse como reglas del discurso racional. Estas reglas no garantizan la certeza de la conclusión, sino únicamente su fundamentación en virtud de la racionalidad del procedimiento empleado para llegar a él³².

Partiendo de la consideración del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, procede en un primer momento a enumerar una serie de reglas del discurso práctico para, posteriormente, enumerar las reglas del discurso jurídico. "El razonamiento jurídico puede ser contemplado como una forma especial de razonamiento práctico general, requerido por razones prácticas generales, que

dependen en cuanto a su estructura de principios prácticos generales, y que necesita de la argumentación práctica general, y que tiene lugar en formas especiales, según reglas especiales, y bajo condiciones especiales y por tanto particularmente eficaces, y no reducible al razonamiento práctico general"³³. Es por esto, por lo que los problemas de una teoría procesal de la argumentación jurídica han de comenzar, para Alexy, con la teoría de la argumentación práctica general.

La teoría del discurso racional la cristaliza a través de una serie de veintidós reglas y seis formas del discurso práctico general y una serie de reglas y formas específicas del discurso jurídico. La teoría nuclear del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso -dice Alexy- y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados³⁴.

Esta teoría del discurso práctico está basada en un concepto de racionalidad que gira sobre seis principios: consistencia, eficiencia, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad³⁵.

Estas reglas son de diferentes tipos. Hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico y reglas que se refieren a otras formas de discurso; algunas requieren una observancia estricta, mientras que otras contienen requisitos que sólo pueden ser satisfechos aproximadamente, etc.³⁶.

Ahora bien, el discurso jurídico no se dirige a argumentar sin más la racionalidad de la decisión, sino a fundamentar racionalmente aquella dentro del ordenamiento jurídico. Es por esto, por lo que a las anteriores reglas es necesario añadir las específicas del discurso jurídico. Alexy, siguiendo a Wroblewski, distingue dos momentos en la justificación de un juicio jurídico: la justificación interna y la justificación externa. Ahora bien, cuando expone las reglas de la justificación jurídica, excluye de su tratamiento las normas de derecho positivo y las proposiciones empíricas.

Para Alexy, las reglas especiales del discurso jurídico no son más que aplicaciones de reglas y formas del discurso general práctico; así, por ejemplo, las reglas de la justificación interna son aplicaciones del principio de universalidad; el argumento teleológico y el argumento *ad absurdum* variantes del argumento basado en las consecuencias de una regla; la doctrina del precedente se basa en el principio de universalidad, etc.³⁷.

Las reglas y formas del discurso jurídico las divide en función de los aspectos (interno y externo) de la justificación. El primero está referido a la cuestión de si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas empleadas, y se analiza dentro del denominado silogismo jurídico. La segunda alude a la corrección de las premisas que figuran como punto de partida de la justificación interna; premisas que son de tres tipos: normas de derecho positivo, proposiciones empíricas y premisas que no entran en ninguna de las anteriores categorías³⁸.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

La teoría procedimental de Alexy tiene que hacer frente a dos problemas: el de su fundamentación o justificación, y el de su aplicación.

Respecto de la primera cuestión, el problema reside en saber si las veintidós reglas del discurso racional son susceptibles a su vez de una justificación, dada la diversidad de las mismas y sus diferentes inspiraciones filosóficas.

Alexy no da a esta cuestión una respuesta definitiva. Señala que las mismas son susceptibles de justificaciones diversas ninguna de las cuales es totalmente suficiente. Así, enumera algunos tipos de fundamentación: técnica (permiten la solución de conflictos sin recurrir a la fuerza), definitoria (definen un juego del lenguaje que se da de hecho o que es construido artificialmente), empírica (son reglas seguidas de hecho) y universal pragmática (su validez proviene de que las mismas constituyen condiciones de posibilidad de cualquier comunicación lingüística). Ahora bien, cada uno de estos métodos es insuficiente por sí solo y además, no agotan todos los tipos de justificación posible³⁹. En realidad, podíamos decir que la justificación de las diferentes reglas la encuentra Alexy en el argumento de autoridad filosófica, puesto que cada una de las reglas remite a una de las teorías (y a sus respectivos autores, entre los que hay que destacar a Habermas) de la razón práctica analizadas en la primera parte de su libro.

Sobre la segunda de las cuestiones, hay que señalar que -como el mismo Alexy indica- el cumplimiento de las reglas por él enumeradas no conduce a la certeza del resultado, sino que únicamente garantizan el carácter racional del razonamiento jurídico⁴⁰. La debilidad principal de la teoría del discurso -señala Alexy- consiste en que su sistema de reglas no ofrece un método que permita alcanzar siempre, en un número finito de operaciones exactamente a un único resultado⁴¹. De ésta manera se pronuncia en contra de la tesis dworkiniana de la única solución correcta, pero sin por ello negarle la virtualidad de idea regulativa. En todo caso -señala- está claro *"que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, ..., llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su estatus con más precisión ..."*; los participante en un discurso jurídico -señala- deben presuponer aquella como idea regulativa, *"La idea regulativa de la única respuesta correcta, no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta ..."*⁴².

Lo anterior es consecuencia del carácter mismo de las reglas que propone Alexy como reglas específicas del razonamiento jurídico, buena parte de las cuales no son más que las tradicionales reglas del método jurídico elaboradas por Savigny e incorporadas, en mayor o menor medida, a los ordenamientos positivos. Ésto conlleva, que buena parte de las críticas que se han realizado contra esos criterios interpretativos se pueden reproducir respecto de las reglas de Alexy. Por ejemplo,

la vaguedad de los diferentes métodos interpretativos, la falta de una jerarquía entre los mismos; la inconcreción que supone hablar en los actuales sistemas jurídicos de la voluntad del legislador y de los fines de éste, etc. Por otra parte, muchas de las referidas reglas no son otra cosa que inducciones a partir de normas jurídicas: las reglas sobre las fuentes del derecho, reglas de derecho procesal, etc. Ésto tiene como consecuencia que parte de la teoría, si bien con pretensiones normativas sea, al menos en parte, descriptiva⁴³. De otro lado, Alexy omite toda referencia al problema de las razones empíricas, con la importancia que el establecimiento de los hechos tiene en el proceso de toma de decisión judicial.

2.4. Justificación en base a razones como criterio de racionalidad.

Basándose en definiciones como las de Black, Toulmin, Riecke o Janik⁴⁴, el punto central de esta concepción de la racionalidad es la idea de justificación (*support*). Las conclusiones jurídicas son racionales si están justificadas por razones; pero no basta cualquier razón; para que una decisión sea racional tiene que estar justificada por "buenas" razones⁴⁵.

Ahora bien, si se quiere ir más allá de un juego de palabras (es decir, de la sustitución de "racionalidad" por "buenas razones"), habrá que indicar cuáles son las condiciones que determinan la bondad de las razones. Son diversos los análisis que centran su atención en el examen de las razones como elemento de racionalidad o elemento de justificación adecuada de una decisión. A continuación daremos cuenta de dos de ellas.

Peczenik, por ejemplo, señala que son buenas razones aquellas que cumplen el requisito de la consistencia lógica y a su vez están orientadas hacia dos ideas: las de coherencia y generalidad. Según la primera, uno tiene que ser capaz de producir una totalidad coherente de razones, en la que un número de proposiciones base un número de otras proposiciones en un sistema complejo. La generalidad indica que se tiene que ser capaz de expresar ambas, descripción y valoración, en términos generales⁴⁶.

Así, la decisión jurídica es racional -señala Peczenik- si cumple los requisitos de: a) consistencia lógica, b) generalidad y c) justificación⁴⁷.

El primero de estos requisitos suele reducirse a la vaga indicación de que la consistencia lógica significa que un conjunto de expresiones cumplen los requisitos de la lógica formal⁴⁸.

El segundo requisito significa que las razones que se aducen en favor de una conclusión tienen que ser coherentes. Decir que p justifica q significa que p es una buena razón para q . Cuando p justifica q se quiere decir que p y q son coherentes entre sí⁴⁹.

Según Peczenik el requisito de justificación en el razonamiento jurídico es vago y dual. Es vago puesto que decir que una razón justifica una determinada conclusión, significa que esa razón constituye una parte suficiente de un conjunto

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

no arbitrario de premisas de las cuales se sigue lógicamente la conclusión. Ahora bien, la condición de justificación es vaga como resultado de la vaguedad del requisito de suficiencia. Y es dual porque el razonamiento jurídico, que recibe justificación de las leyes y otras fuentes jurídicas de un lado, tiene también un importante fundamento en la moralidad, de otro⁵⁰.

Para clarificar la noción de justificación Peczenik da la siguiente definición: La razón p justifica la conclusión q si, y sólo si: 1) p pertenece a un conjunto de premisas S de las cuales se sigue lógicamente q ; 2) q no se sigue de este conjunto S si p ha sido eliminado de él, y 3) ningún miembro de este conjunto de premisas S es una proposición arbitraria⁵¹.

El requisito de la generalidad en el Derecho se expresa -para Peczenik- en las siguientes fuentes y normas de razonamiento: 1) las siguientes prescripciones sobre las fuentes: las normas que obligan a los tribunales emplear en la justificación de sus decisiones: las leyes, los precedentes y los trabajos preparatorios, la costumbre, la opinión doctrinal, etc.; 2) las siguientes prescripciones interpretativas: todo juicio jurídico concreto debe derivarse de una premisa universal; como regla general si una ley emplea términos diferentes en diversas partes del ordenamiento debe entenderse que se refiere a situaciones distintas; no se deben interpretar los mismos términos con significados diferentes, y si se ha establecido que un término tiene un significado técnico se debe interpretar en este sentido; 3) los siguientes argumentos: de analogía, *a contrario*, y *a fortiori*; 4) las normas de resolución de conflictos normativos; y 5) la regla de justicia según la cual las personas iguales deben ser tratadas igual⁵².

MacCormick, quien desarrolla una teoría una teoría que pretende ser a la vez normativa y empírica, señala como argumentos justificativos los siguientes: justificación deductiva, el argumento consecuencialista y los argumentos de consistencia y coherencia.

Según MacCormick a veces es posible justificar concluyentemente las decisiones jurídicas por medio de argumentos deductivos cuyas premisas son normas jurídicas válidas y proposiciones de hechos probados. A la vez que reconoce los límites de este tipo de justificación (que cifra en los siguientes: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación), señala que una decisión judicial puede ser justificada a través de un argumento puramente deductivo; demostrar que al menos en un caso una justificación concluyente de una decisión puede ser dada a través de un argumento puramente deductivo es mostrar concluyentemente que la justificación deductiva es posible y que a veces tiene lugar. La justificación deductiva consiste en la aplicación de "*la regla modus ponens o su equivalente, la forma Barbara del silogismo categórico*"⁵³.

Ahora bien, puede suceder que la justificación deductiva no sea suficiente; esto ocurre cuando las normas no son claras, cuando la clasificación de los hechos es discutida, o cuando existe discusión acerca de si hay o no un fundamento jurídico

para alguna pretensión o decisión jurídica. En estos casos, según MacCormick, la cuestión realmente interesante acerca de la argumentación jurídica es la siguiente: ¿cómo se puede proceder cuando en este sentido actuamos *run out of rules*? Para contestar a esta pregunta utiliza el concepto de "justificación de segundo orden". Este concepto implica dos elementos: en primer lugar se refiere a "lo que tiene sentido en el mundo" en cuanto esto implica argumentos consecuencialistas que son esencialmente valorativos y por lo tanto en algún grado subjetivos; en segundo lugar, la justificación de segundo orden concierne a "lo que tiene sentido en el sistema" (esto alude a las nociones de consistencia y coherencia)⁵⁴.

El argumento consecuencialista implica que los jueces tienen que considerar y valorar las consecuencias que conlleva la aplicación de diferentes normas jurídicas cuando hay problemas de relevancia, de interpretación o de clasificación. La idea de consistencia significa lo siguiente: aunque una determinada regla pueda ser deseable en base a argumentos consecuencialistas, no puede ser adoptada si es contradictoria con alguna norma válida y obligatoria del sistema⁵⁵.

Dentro del concepto general de coherencia distingue MacCormick las nociones de coherencia normativa y narrativa.

La idea de coherencia normativa se refiere a la posibilidad de subsunción de una o más normas bajo una serie de principios generales o valores que a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren -cuando se toman conjuntamente- una forma de vida satisfactoria. Ahora bien, esta idea de coherencia sólo suministra una exigencia negativa: ante un mismo caso, cabría articular dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre si contradictorias. En esta idea de coherencia se basan dos tipos de argumentos jurídicos: el argumento a partir de principios y el argumento de analogía.

La coherencia narrativa se refiere a un test de verdad o probabilidad sobre cuestiones de hecho acerca de las cuales no cabe la prueba directa por observación inmediata⁵⁶.

3. TESIS GENERALES SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL.

Seguidamente expondremos algunos puntos que pueden considerarse tesis generales sobre el razonamiento y la argumentación judicial, y que constituyen puntos de acuerdo de buena parte de las teorías que se engloban bajo la denominación de "teorías de la argumentación (y razonamiento) judicial. En el apartado siguiente, realizaremos algunas consideraciones críticas, subrayando algunos de los que a nuestro parecer son puntos débiles de dichas teorías.

1) El juez a la hora de tomar una decisión judicial se enfrenta en muchos casos a una "situación de elección" en la que debe optar por una solución de entre las varias posibles.

Entre las razones que motivan lo anterior pueden mencionarse: la indeterminación lenguaje legislativo; la posibilidad de que el ordenamiento jurídico

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

contenga ya un exceso de normas sobre una misma materia, dando lugar a antinomias normativas, ya un defecto de aquellas, con la aparición de lagunas; la limitada capacidad humana de prever todos los aspectos de un problema, con la consiguiente posibilidad de lagunas axiológicas⁵⁷.

Ahora bien, el hecho de que el sistema jurídico atribuya al juez un poder (más o menos amplio según los casos) de elección no significa que dicho poder pueda ser ejercitado de modo arbitrario. En otros términos, el ejercicio del poder de integración normativa por parte del juez debe ser justificado. Ello significa que, en el ejercicio del mismo, el juez debe dar una justificación de las diferentes opciones interpretativas por él efectuadas para llegar a la decisión final. La existencia de casos en los que conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica⁵⁸. Y, como señala Aarnio, son las teorías de la de la argumentación jurídica las que pretenden dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación jurídica: el relativo a *cómo justificar* la elección entre las alternativas jurídicamente posibles⁵⁹.

2) El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico en la medida en que el resultado del mismo (la toma de decisión judicial) es una proposición que expresa obligaciones, prohibiciones y/o permisos. Esto no significa que la argumentación jurídica pueda reducirse a la argumentación práctica general⁶⁰, pero sí que un análisis de la racionalidad jurídica debe tener presentes los instrumentos conceptuales de la racionalidad (teórica y práctica). Si consideramos el razonamiento jurídico como una actividad lingüística (discurso) relativa a la corrección de proposiciones normativas, vemos que ambos discursos, jurídico y práctico, comparten el hecho de referirse a problemas prácticos, es decir, a lo que se debe o está prohibido o permitido hacer. Así, si bien hay ciertas características especiales del razonamiento jurídico que o son únicas o tienen más relevancia que en contextos no jurídicos, también hay características que se encuentran a la vez en contextos jurídicos y no jurídicos. Así, por ejemplo, en ambos contextos "argumento válido" significa argumento permisible pero no necesariamente concluyente.

3) La particularidad del discurso jurídico (frente al discurso práctico en general) reside en que la argumentación y el razonamiento jurídico tienen lugar dentro de un contexto determinado). La singularidad de dicho razonamiento dentro del razonamiento práctico general viene dada por las normas sobre la constatación de los hechos, las relativas a la validez de las normas jurídicas, la cualificación jurídica de los comportamientos humanos, los requisitos procesales, etc.⁶¹. Esta forma específica de racionalidad jurídica es lo que Gottlieb ha denominado *rule-guided reasoning* o *reasoning with rules*.⁶²

Concretamente, la calificación del discurso jurídico como *caso especial* de discurso práctico se fundamenta en que: a) buena parte de los problemas jurídicos (tanto los relativos a la actividad judicial, de la administración, como legislativa) están relacionados con problemas prácticos, esto es, con problemas del tipo qué se debe o se puede hacer; b) esas cuestiones se plantean con una pretensión de corrección en el marco del sistema jurídico de que se trate y dentro de los límites impuestos por el mismo. En definitiva, la especialidad del discurso jurídico respecto del discurso práctico significa que la exigencia de corrección común a ambos discursos no se refiere en el discurso jurídico a una absoluta racionalidad de la decisión en cuestión, sino más bien a mostrar que la norma puede ser justificada dentro del marco del orden jurídico vigente; es decir que sea "racionalmente justificable". Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué hay que entender por "racionalmente justificable" dentro del orden jurídico válido⁶³.

4) Lo anterior implica que los ordenamientos jurídicos establecen ciertas condiciones y limitaciones en cuanto al tipo de razones y argumentos admisibles. Al dar razones los jueces tienen que apelar a ciertas proposiciones denominadas "normas jurídicas". Aunque la noción de norma jurídica es una cuestión controvertida, parece claro que en un estado de derecho las normas jurídicas deben figurar de manera significativa en la justificación judicial⁶⁴.

En el contexto jurídico se dan un tipo de razones (que podíamos denominar razones fuertes) que son necesarias (p.ej. la aplicación a un caso de una norma jurídica cuando no hay problemas acerca de su validez), y otras (razones débiles) que únicamente son más persuasivas que otras (p.ej. la preferencia de un principio general del derecho sobre otro, la aplicación de la analogía frente al argumento *a contrario*, ...).

5) A la hora de analizar el razonamiento judicial hay que tener en cuenta que además de un razonamiento "a partir de" las normas los jueces en ocasiones tienen que dar razones "acerca de" las normas. En algunos casos los tribunales deben razonar acerca de una nueva norma o sobre una nueva aplicación de una norma existente; puede aplicarse más de una norma y el juez debe decidir de entre las varias normas aplicables, cuál estará justificada. "*Estas formas de razonamiento acerca de normas indican que una adecuada teoría de la justificación no puede estar limitada sólo a la aplicación de normas a los casos particulares*"⁶⁵.

4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

1) A la hora de analizar el razonamiento judicial es necesario distinguir las diferentes perspectivas o puntos de vista desde las que puede ser abordado el tema (lo que no significa que las mismas constituyan compartimentos estancos). Así, puede hacerse un análisis *empírico* de los argumentos y tipos de razones que los jueces emplean de hecho para justificar las decisiones. En segundo lugar, puede efectuarse un análisis *prescriptivo* dirigido a establecer los requisitos que debe

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

cumplir una decisión judicial para que pueda calificarse de racional. Por último, puede llevarse a cabo un análisis *intencional* dirigido a establecer qué factores (de índole individual, sociales, etc.) han llevado al juez a tomar la decisión. Desde esta última perspectiva se trata de investigar el proceso real de toma de decisión, para lo cual se considera el razonamiento judicial en tanto que razonamiento práctico. A estos puntos de vista se le podría añadir otro que constituye un presupuesto de los anteriores: se trata de la perspectiva *teórica*, dirigida a establecer los conceptos fundamentales (razonamiento, argumento, inferencia,...) del razonamiento en general y del jurídico en particular.

En primer lugar hay que decir que estas tres perspectivas no tienen necesariamente que coincidir. Pues bien, parte de los estudios de la argumentación y razonamiento jurídico dan a sus teorías un alcance a la vez descriptivo y normativo. Así por ejemplo, MacCormick después de señalar que él da cuenta de ciertas características de la argumentación que son de hecho comunes en la práctica jurídica, y que deben ser características fundamentales de la argumentación jurídica, dice: "*Mis conclusiones por lo tanto presentan una doble cara: son a la vez por derecho propio normativas y con todo creo que describen normas actualmente operativas en los sistemas estudiados*"⁶⁶. En un sentido similar a este respecto Summers señala que "... la teoría de las razones sustantivas, dice, no es una invención personal, dejo fuera todo ideal utópico. Aunque mi esfuerzo no es exclusivamente descriptivo, en gran medida es así". Y seguidamente señala que su teoría de la justificación (él indica cuales son los tipos básicos de "buenas razones" en el *common law*) es un ejercicio de reconstrucción racional, en el sentido de establecer los criterios que deben seguir los jueces para producir mejores decisiones⁶⁷.

Pues bien, una distinción clara sobre el carácter normativo o empírico de la teoría de argumentación judicial puede servir para: a) evitar el peligro de incurrir en la falacia naturalista, al inferir de proposiciones de hecho acerca de los que los jueces hacen, lo que deberían hacer, y b) equiparar el alcance (diferente) de las dos perspectivas: el punto de vista empírico tiene un alcance limitado a las decisiones judiciales analizadas; mientras que la perspectiva normativa tendrá el alcance que se le quiera otorgar (bien general, bien limitada -a un país, a un sistema jurídico, etc.-).

2) Las teorías de la argumentación jurídica han dejado de lado el análisis del razonamiento judicial desde el punto de vista de la teoría de la acción. Una excepción a esto es el análisis que del razonamiento jurídico realiza Aarnio. El filósofo finés, siguiendo las ideas de von Wright, considera la decisión judicial como un acto intencional. El juez intenta alcanzar ciertos fines (estados de cosas deseables incluidos en el sistema de objetivos del juez) y dispone para ello de cierta información (el conocimiento de la realidad y la asunción de la existencia de una relación causal entre la toma de decisión y la producción de unas determinadas

consecuencias). Y explica la decisión judicial a través del silogismo práctico mediante una correlación medios/fines.

Sobre esto nos limitaremos a dejar indicadas algunas reflexiones. En primer lugar, hay que decir que Aarnio asume la estructura del denominado "silogismo práctico" como esquema del proceso de decisión judicial, y sostiene que los procesos de razonamiento judicial, tanto en un nivel descriptivo como en el nivel de justificación, tienen una forma lógica deductiva, el silogismo⁶⁸:

"A aims at E

A considers that he will not achieve E unless he does T

So: A undertakes to do T.

En segundo término, hay que tener en cuenta que la inferencia práctica no es el único modo de entender la racionalidad práctica. Además de este, hay otros esquemas de racionalidad práctica, como la teoría desarrollada por Fodor desde la perspectiva de la lingüística computacional, o el análisis del razonamiento práctico desde la *rational choice theory* que realiza Elster⁶⁹.

Por último, la consideración de la decisión judicial como silogismo práctico plantea entre otros, el siguiente problema: ¿tienen los jueces "competencia" para razonar silogísticamente? A este respecto conviene tener en cuenta investigaciones empíricas sobre el razonamiento deductivo. En este sentido, investigaciones psicológicas han puesto de relieve que las personas cometen errores al razonar con silogismos; errores que se derivan tanto de la forma de las premisas del razonamiento (el efecto atmosfera) como del contenido de las premisas (convicciones personales y actitudes). Se trata de una confirmación de la teoría de "Gestalt", esto es, que las premisas constituyen una configuración que determina la conclusión elegida, con independencia de la lógica⁷⁰. Si bien no se trata de conclusiones definitivas, sí que son elementos que hay que tener en cuenta a la hora de acudir al silogismo como forma de razonamiento. Y en el terreno jurídico Aldisert ha analizado (y encontrado) falacias lógicas, esto es, razonamientos que violan las reglas formales de inferencia (reglas silogísticas) en el razonamiento de los tribunales americanos⁷¹.

3) Como hemos señalado en páginas anteriores, las teorías de la argumentación jurídica surgen como alternativa metodológica a las corrientes desarrolladas a lo largo del siglo XIX y principios del XX; esto es, tanto respecto de tendencias formalistas como antiformalistas. Pues bien, uno de los puntos centrales de las tendencias formalistas es el carácter mecánico, silogístico de la decisión judicial; tesis que (si bien con más precisiones) siguen manteniendo las teorías de la argumentación jurídica. Los autores que hemos citado, siguen manteniendo el silogismo judicial como uno de los caracteres del razonamiento judicial y como requisito de racionalidad de la decisión judicial⁷².

Sobre esto diremos que la teoría del silogismo judicial sólo puede mantenerse, si al mismo tiempo se deja claramente indicado el alcance de la misma:

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

esto es, si se señala si se está haciendo una afirmación empírica acerca de la estructura de la motivación de las sentencias, o normativa ("las decisiones judiciales deberían respetar las reglas del silogismo"), o intencional ("el razonamiento judicial es silogístico"), etc.

Además, sostener la teoría del silogismo judicial (silogismo teórico) supone dar por resueltas otras cuestiones, entre ellas la de la aplicación de la lógica a las normas, problema que muchas veces se pasa por alto⁷³.

4) Las teorías de la argumentación jurídica surgen como crítica (y alternativa), no sólo a concepciones formalistas de la dogmática jurídica, sino también a teorías como la de la libre decisión y a tendencias extremas del realismo americano. Uno de los elementos que contribuye a que se mantengan posiciones del segundo tipo es el papel que desempeñan los juicios de valor en toda decisión judicial. Pues bien, el problema de los valores en la aplicación del derecho no puede ser resuelto, como lo hace Perelman por ejemplo, señalando que puesto que no hay una lógica de los valores, la justificación de los juicios de valor coincide con la argumentación retórica⁷⁴; o remitirlo (como Aarnio) a la teoría wittgensteiniana de "juego" o "forma de vida" y decir que *"Cada juicio de valor puede ser justificado en el marco de un juego - es el juego el que da las medidas de valoración- pero el juego mismo no puede ser justificado. En este sentido es imposible tener una justificación racional entre formas de vida. Ir de un forma de vida a otra -y por tanto de un sistema de valores a otro- es una cuestión de persuasión"*⁷⁵.

Asumir una postura no cognoscitivista sobre los juicios de valor, constituye más el punto de partida que el de llegada. Si consideramos que el no cognoscitivismo no conduce necesariamente a un irracionalismo o a un relativismo ético o (mejor cabría decir) metaético⁷⁶, la cuestión -como señala Alexy- es dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de estas con los métodos de interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones⁷⁷. A este respecto, podemos decir que si bien no existe "un" método para dirimir objetivamente las cuestiones éticas, sí hay elementos que coadyuvan a una discusión y a una justificación racional de las mismas. En la filosofía moral contemporánea se han ofrecido alternativas racionales, como las de Taylor o Brandt⁷⁸, que indican ciertos requisitos que deberían cumplir los juicios morales; requisitos que, sin pretender terminar con la discrepancia ética, representarían un cauce para la discusión racional acerca de aquellos.

5) Un elemento apenas tenido en cuenta en los análisis del razonamiento judicial es el papel que en aquél juegan los hechos.

Este tema tendría que enfocarse desde una perspectiva bifronte. De un lado, sería necesario tener presentes nociones generales de metodología y filosofía de la ciencia, referidas por ejemplo al carácter de las operaciones empíricas orientadas

al conocimiento de los hechos. En este sentido habría que recordar por ejemplo, que no hay observación pura, es decir sin objeto observado, del mismo modo que tampoco la hay sin observador; que la observación es siempre selectiva (en cuanto que tiene una finalidad) e interpretativa (porque está guiada de alguna manera por un conjunto de conocimientos); que sin negar la existencia de hechos objetivos (los hechos existen por sí mismos), para convertirlos en objeto de conocimiento hay que situarlos en el marco de una teoría o de una hipótesis de trabajo, etc. Asimismo habría que tener en cuenta el carácter de las inferencias inductivas (que tienen lugar tanto en el razonamiento común así como en el jurídico) por medio de las cuales se pasa de un conjunto de premisas a una conclusión, conclusión que no tiene el carácter de verdadera sino solamente de probable⁷⁹.

De otro lado, sería de interés analizar en qué medida y a través de qué elementos la verdad real o científica queda desplazada en el derecho por una "verdad jurídica". Como es sabido, la verdad jurídica se alcanza mediante un proceso de interpretación sometido a pautas normativas (normas acerca determinados materiales probatorios, plazos para la presentación de las pruebas, etc.); lo que da lugar a que determinados hechos reconocidos como verdaderos desde el punto de vista jurídico sean al mismo tiempo, desde el punto de vista de las ciencias empíricas, inciertos o incluso totalmente falsos. Pues bien, además de los ciertos aspectos generales, habría que analizar la regulación que los particulares ordenamientos hacen sobre los hechos, qué grado de disparidad existe entre la verdad real y la jurídica, cuáles son las razones que justifican dicha diferencia, etc.

* Dpto. de Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco

NOTAS

1 J.A. García Amado (1988), p. 293-294.

2 J.A. García Amado (1988), pp. 312-313 y 291.

3 Cfr. M. Atienza (1991), p.235.

4A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1981), pp. 134-135.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

- 5 Según éstos, la lógica formal moderna se constituye como el estudio de los medios de demostración utilizados en las ciencias matemáticas, y su dominio es limitado, puesto que todo lo que es ignorado por los matemáticos es extraño a la lógica formal. Los lógicos, por tanto, -señalan- deben completar la teoría de la demostración así obtenida por una teoría de la argumentación, Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), p. 13.
- 6 Ch. Perelman (1979 a), p. 139.
- 7 Ch. Perelman (1979 a), pp. 139-141.
- 8 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), p. 25.
- 9 Ch. Perelman (1979 a), p. 228.
- 10 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), pp. 35 y 34.
- 11 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), pp. 26 y 36.
- 12 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), p. 41.
- 13 Ch. Perelman (1972), p. 54.
- 14 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), pp. 249-251.
- 15 Cfr. M. Atienza (1991), pp. 86-101.
- 16 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), p. 43.
- 17 Ch. Perelman (1979 b), p. 48 y (1967), pp. 77 y 75.
- 18 Ch. Perelman y L. Olbrecht-Tyteca (1976), p. 41.
- 19 Ch. Perelman (1967), pp. 75 y 78.
- 20 A. Aarnio (1987), p. 190.
- 21 A. Aarnio (1987), pp. 203-204.
- 22 Aunque en ocasiones Aarnio ha radicado dicho consenso en el rendimiento respectivo de las teorías dogmático-jurídicas en competencia: A. Aarnio (1983 b), pp. 179 y 178, y (1983 c), pp. 209-221.

- 23 A. Aarnio (1983 b), p. 178 y (1983 a), p. 339.
- 24 A. Aarnio (1987), p. 227. En orden a clarificar cuáles son los *criterios de aceptabilidad* de una interpretación, Aarnio acude al ejemplo de un desacuerdo interpretativo entre dos sujetos, y señala que la condición que plantea un mayor problema de cara a dicha aceptabilidad es la relativa a los desacuerdos valorativos. Aarnio, que parte de una posición no-cognoscitivista, señala que puesto que los valores son algo más que cuestión de actitud o gusto, sólo es posible usarlos en la argumentación *hasta cierto límite*, un límite más allá del cual no puede darse ninguna justificación; y este límite lo describe como el límite de la forma de vida. El concepto de forma de vida, originalmente formulado por Wittgenstein, "*hace posible comprender por qué es posible llegar a un consenso sobre algo y por qué no es posible un acuerdo total sobre algo*". Para Aarnio, el concepto wittgensteiniano de forma de vida contiene los límites de la racionalidad. El discurso racional es posible -dice- sólo dentro de los límites fijados por la forma de vida. Por tanto, es posible que las reglas de la racionalidad sean observadas en dos formas de vida, y sin embargo pueden obtenerse diferentes conclusiones, como los mismos criterios básicos son diferentes en estas formas de vida. A. Aarnio (1983 b), pp. 181-182.
- 25 A. Aarnio (1987), pp. 194-195.
- 26 Cfr. A. Aarnio (1987), p. 225.
- 27 Cfr. A. Aarnio (1983 b), p. 178 y (1983 a), p. 399.
- 28 A. Aarnio (1987), pp. 222-224.
- 29 A. Aarnio (1987), pp. 193 y 195.
- 30 Cfr. J. Ruíz Manero (1985), p. 222.
- 31 R. Alexy (1988 a), p. 44.
- 32 R. Alexy (1989), pp. 177-178.
- 33 R. Alexy (1989), p. 292. Vd. también del mismo autor (1988 a), p. 44. Como respuesta a las críticas recibidas, defiende la tesis del caso especial; puede verse en el postfacio que aparece en la traducción al castellano, especialmente pp. 312-318.
- 34 R. Alexy (1988 b), p. 14.
- 35 A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1981), pp. 267-270.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

- 36 R. Alexy (1989), pp. 117-208.
- 37 R. Alexy (1989), pp. 289-291. Vd. también A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1981), pp. 257-279.
- 38 R. Alexy (1989), pp. 221-286.
- 39 R. Alexy (1989), pp. 180-187. Alexy argumenta frente a las críticas dirigidas a la validez universal de las reglas del discurso en el postfacio presente en la traducción al castellano, especialmente pp. 305-311, pero no se refiere a la fundamentación de las reglas específicas.
- 40 R. Alexy (1989), p. 293. Vd. también (1988 a), pp. 47- 50, y (1988 c), p. 28.
- 41 R. Alexy (1988 c), p. 28.
- 42 R. Alexy (1988 b), p. 15.
- 43 Cfr. L. Gianformaggio (1986), p. 80.
- 44 Cfr. M. Black (1977), pp. 67 y ss.; S. Toulmin, S. Riecke y A. Janik (1979), p. 13.
- 45 Es lo que A. Peczenik (1984), pp. 417, 419 y (1986), p. 77 denomina I-racionalidad.
- 46 Esta idea de generalidad se manifiesta -señala- en el uso de conceptos y teorías, y en la moralidad. Las teorías son a menudo generales, y la moralidad requiere universalidad de normas y valoraciones. Se puede mencionar aquí el imperativo categórico de Kant, la idea de universalidad de Hare, algunas concepciones de la justicia formal, etc. A. Peczenik (1986), p. 77.
- 47 La racionalidad mínima debe cumplir los requisitos de consistencia lógica y estar orientada hacia la combinación óptima de dos ideas regulativas: la idea de que uno debe ser capaz de expresar ambas, descripción y valoración, de manera general; y la idea de que ambas tienen que estar basadas en razones. A. Peczenik (1986), p. 84 y (1982), pp. 156-157.
- 48 A. Peczenik se refiere a la lógica formal como si ésta fuera una, y sin indicación alguna de las reglas que componen la misma. A. Peczenick (1986), p. 48 y (1982), pp. 156-157.
- 49 A. Peczenik (1983), pp. 88-92.
- 50 A. Peczenik (1984), pp. 418-419.

-
- 51 A. Peczenik (1984), pp. 419-419. Lo mismo en (1987), pp. 108-109. Respecto del carácter no arbitrario de las premisas (es decir, la justificación externa) Peczenick indica que no equivale a que éstas sean ciertas o evidentes, e indica diferentes tipos de premisas jurídicas.
- 52 A. Peczenik (1982), pp. 160, 143-151 y (1983), pp. 36-37, 55-60 y 63. Sobre el requisito de la generalidad de los conceptos y teorías de la moralidad cfr. del mismo autor (1983), pp. 87-88 y (1982), pp. 157-158.
- 53 N. MacCormick (1981), p. 108 y (1978), p. 29.
- 54 N. MacCormick (1978), pp. 100 y 106.
- 55 N. MacCormick (1978), pp. 129 y 106.
- 56 N. MacCormick (1984), pp. 238 y 245. M Atienza (1991), pp. 145-147.
- 57 Cfr. p.ej. R. Alexy (1989), p. 1.
- 58 A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1983), pp. 53-54, cit. en A. García Amado (1988), p. 314; M. Atienza (1991), p. 25.
- 59 A. Aarnio (1987), p. 216.
- 60 Cfr. A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1981), pp. 259-260; W. Twining y D. Miers (1982), pp. 250-251.
- 61 Cfr. R. Alexy (1989), pp. 14-16; Z. Ziembinski (1972), p. 131; N. MacCormick (1986), pp. 201 y 205.
- 62 G. Gottlieb (1968), pp. 11 y 14.
- 63 R. Alexy (1989), pp. 212-220 y 14-16. Cfr. A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik (1981), pp. 259-260.
- 64 V.A. Wellman (1985), p. 56.
- 65 V.A. Wellman (1985), p. 57.
- 66 N. MacCormick (1978), p. 13.
- 67 R.S. Summers (1978), pp. 712-713. Y, como señala M. Atienza (1991), p. 178, nota 3, hay una ambigüedad en el alcance que da Alexy a su teoría: en un caso señala que

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

se trata de una teoría normativa, en otro la define como una *normative-analytic theory*, y en otro incluye tres aspectos: normativa, analítica y empírica.

- 68 A. Aarnio (1977), pp. 134-223 y (1988), p. 99. Cfr. F.J. Díez Ausín (1991), pp. 12-13.
- 69 Cfr. P. Casanovas (1989), p. 7.
- 70 Se trata de las investigaciones de Wilkins, R.S. Woodworth y S.B Sells, L.J. Chapman y J.P. Chapman, J. Ceraso y A. Provitera, J.R. Erickson. Cfr. buena parte de estos trabajos en el volumen J. Piaget, M. Wertheimer y otros (1977). El "efecto atmósfera" en el razonamiento silogístico consiste en una especie de sentimiento o de impresión global creada por los tipos de proposiciones utilizadas en las premisas. La atmósfera de las premisas puede ser afirmativa o negativa, particular o universal. Pues bien, en general, la conclusión tiende a ser una proposición del mismo tipo que las premisas.
- 71 R.J. Aldisert (1989), pp. 137-143, 145-167.
- 72 Cfr. N. MacCormick (1978), pp. 21-22, 24-25, 37; A. Aarnio (1990), pp. 8 y 25; R. Alexy (1989), pp. 221-222; J. Wroblewski (1986), p. 214.
- 73 Sobre el silogismo judicial cfr. mi trabajo V. Iturralde (1991).
- 74 Ch. Perelman (1980), pp. 148-162.
- 75 Cfr. A. Aarnio (1987), pp. 208, 211.
- 76 El relativismo metaético afirma que, más allá del hecho de la diversidad de la conflictividad moral, no puede hallarse un método de razonamiento práctico que permita superar las contradicciones, esto es, niega la posibilidad de elaborar una metodología que nos permita fundar objetivamente los juicios morales.
- 77 R. Alexy (1989), p. 7.
- 78 Cfr. R.B. Brandt (1982) y P.W. Taylor (1961).
- 79 Cfr. M Bunge (1975), Cap. XII.

BIBLIOGRAFIA:

- AARNIO, Aulis (1977): **On Legal Reasoning**, Annales Universitatis Turkuensis, Loimaa.
- (1983 a): "Argumentation Theory-And Beyond. Some Remarks on the Rationality of Legal Justification", en **Rechtstheorie**, nº 14-4, pp.383-400.
- (1983 b): "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatic", en **Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Acta Philosophica fennica**, vol. 36, pp.163-184.
- (1983 c): "Paradigm Articulation in Legal Research", en **Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Acta Philosophica fennica**, vol. 36, pp. 209-221.
- (1987): **The Rationality as Reasonable. A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo.
- (1988): "On Legal Reasoning as Practical Reasoning", en **THEORIA**, nº 7-8-9, pp.97-107.
- (1990): "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en **DOXA**, nº 8, pp.23-38.
- AARNIO, Aulis, ALEXY, Robert y PECZENIK, Alexander (1981): "The Foundations of Legal Reasoning", en **Rechtstheorie**, vol.12, pp.133-158, 257-259, 423-448.
- (1983): "Grundlagen der juristischen Argumentatio", en W. Krawietz (ed.) **Metatheorie juristischer Argumentation**, Dunker & Humboldt, Berlin, pp.9-87.
- ALDISERT, Ruggero J. (1989): **Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking**, Clark Boardman, New York.
- ALEXY, Robert (1988 a): "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. Garzón Valdés (comp.) **Derecho y Filosofía**, Alfa, Barcelona-Caracas (2ª ed.) pp.43-57.
- (1988 b): "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Ponencia presentada a las **IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informatica Jurídica**. San Sebastián, 20-24 de setiembre de 1988.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

(1988 c)): "Idée et structure d'un système du droit rational", en **Archives de Philosophie du Droit**, T. 33, pp.23-38.

(1989): **A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Clarendon Press, Oxford. (Hay traducción en español de M. Atienza e I. Espejo, **Teoría de la argumentación jurídica**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).

ATIENZA, Manuel (1991): **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BLACK, Max (1977): "Some Remarks about Rationality", en **Philosophic Exchange**, vol.2, pp.65-74.

BRANDT, Richard (1982): **Teoría ética**, Alianza, Madrid (trad. de E. Guisán)

BUNGE, Mario (1975): **La investigación científica**, Ariel, Barcelona (4ª ed.).

CASANOVAS, Pompeu (1989): "Un apunte sobre pragmática y razón práctica" (texto mecanografiado).

DIEZ AUSIN, F. José (1991): "Lógica de la acción y modelos de revisión de creencias (nomonótonos) para razonamientos en derecho" (texto mecanografiado).

ESSER, Joseph (1961): **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho**, Bosch, Barcelona (trad. de E. Valenti Fiol).

GARCIA AMADO, Juan Antonio (1988): **Teorías de la Topica Jurídica**, Cívitas, Madrid.

Victoria ITURRALDE

- GIANFORMAGGIO, Letizia (1986): "Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argumentazione giuridica", en AA.VV. **Studi sulla giustificazione giuridica**, Giappichelli, Torino, pp.59-88.
- GOLDING, Martin P. (1984): **Legal Reasoning**, Alfred A. Knopf, New York.
- GOTTLIEB, Gidon (1968): **The Logic of Choice. An Investigation of the Concept of Rule and Rationality**, George & Allen Unwin, London.
- ITURRALDE, Victoria (1991): "Sobre el silogismo judicial", en **Anuario de Filosofía del Derecho**, vol.VIII, pp.239-272.
- KALINOWSKI, Georges (1973): **Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica**, Eudeba, Buenos Aires (trad. de J.L. Verma).
- LEVI, Edward H. (1949): **An Introduction to Reasoning**, The University of Chicago Press, Chicago.
- MacCORMICK, Neil (1978): **Legal Reasoning and Legal Theory**, Clarendon Press, Oxford.
- (1981): "The Artificial Reason and Judgement of Law", en **Rechtstheorie**, nº 2, pp. 105-120.
- (1984): "Coherence in Legal Justification", en A. Peczenik, L. Lindahl y B. von Roermund (eds.) **Theory of Legal Science**, D. Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster, pp.235-251.
- (1986): "The Limits of Rationality in Legal Reasoning", en N. MacCormick y O. Weinberger, **An Institutional Theory of Law**, D. Reidel, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, pp.189-207.
- PECZENIK, Aleksander (1982): "Rationality of Legal Justification", en **Archiv für Rechts und-Sozialphilosophie**, nº 2, pp.137-163.
- (1983): **The Basis of Legal Justification**, Lund, s. ed.

ARGUMENTACION Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

(1984): "Legal Rationality and its Limits", en **Rechtstheorie**, nº 15, pp. 415-422.

(1986): "A Model of Legal Reasoning", en **Rechtstheorie**, nº 10, pp. 67-87.

(1987): "Why should Value Statements be Rational?", en AA. VV., **Reason in Law**. Vol. I. Proceedings of the Conference Held in Bologna. 12-15 December 1984, Giuffrè, Milano, pp. 107-129.

PERELMAN, Chaïm (1967): **Justice**, New York.

(1972): **Droit, morale et philosophie**, LGDJ, Paris (2ª ed.).

(1979 a)): **La lógica jurídica y la nueva retórica**, Cívitas, Madrid (trad. de L. Díez-Picazo).

(1979 b): **The Rhethoric and the Humanities**, D. Reidel, Dordrecht-Boston-London.

(1980): **Justice, Law and Argument**, D. Reidel, Dordrecht-Boston-London.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, L. (1976): **Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique**, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles (3ª ed.).

PIAGET, Jean; WERTHEIMER, Max; HENLE, Mary; WOODWORTH, Robert S. y otros (1977): **Investigaciones sobre lógica y psicología**, Alianza, Madrid.

RECASENS SICHES, Luis (1956): **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**, Dianoia, México.

RUIZ MANERO, Juan (1985): "Consenso y rendimiento como criterio de evaluación en la dogmática jurídica (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)", en **DOXA**, nº 2, pp.209-222.

SUMMERS, Robert N. (1978): "Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification", en **Cornell Law Review**, Vol. 63, nº 5, pp.707-788.

Victoria ITURRALDE

- TARELLO, Giovanni (1970): **L'interpretazione della legge**, Giuffrè, Milano.
- TARUFFO, Michele (1975): **La motivazione della sentenza civile**, Cedam, Padova.
- TAYLOR, Paul W. (1961): **Normative Discourse**, Englewood Cliffs, Prentice Hall.
- TOULMIN, Stephen, RIEKE, Richard y JANICK, Allan (1979): **An Introduction to Reasoning**, MacMillan Publ., New York.
- TWINING, William y MIERS David (1982): **How to do Things whit Rules**, Weidenfeld and Nicolson, London (2ª ed.)
- WASSERSTROM, Richard A. (1961): **The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification**, Stanford Univ. Pres, Stanford (California).
- WELLMAN, Vicent A. (1985): "Practical Reason and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory", en **University of Colorado Law Review**, vol.57, pp.45-115.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1986): "Livelli di giustificazioni delle decisioni giuridiche", en L. Gianformaggio - E. Lecaldano (a cura di) **Etica e diritto**, Gius Laterza & Fligi, Roma-Bari, pp.203-226.
- ZIEMBINSKI, Zygmund (1972): "La place du raisonnement juridique par rapport au raisonnement théorique et pratique", en **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, nº7, pp.125-143.